

## APLICACIÓN DE LA REGLA “*COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*” EN LOS SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE LA CHANCE DE AYUDA ECONÓMICA FUTURA

MARTÍN ALDAX\*

**Resumen:** El trabajo demuestra que para determinar la indemnización material por el fallecimiento de un hijo, debe descontarse a la suma otorgada en concepto de pérdida de la chance de ayuda económica futura, las erogaciones dejadas de realizar por los progenitores en beneficio del menor como consecuencia de la muerte.

Se encuentra dividido en dos capítulos y una conclusión.

En el primer capítulo comprende una breve reseña histórica de la institución, ubica la cuestión dentro de la teoría general del Derecho de daños. Se define la *compensatio lucri cum damno* y cada uno de los conceptos que la componen, estudiando las generalidades de la institución.

En el segundo capítulo se estudia el supuesto específico de compensación en el caso de pérdida de ayuda económica futura del hijo fallecido hacia sus padres, con los gastos y erogaciones dejadas de realizar en beneficio del menor y de las personas por nacer, realizando un análisis de los conceptos, verificando los beneficios computables y sus requisitos.

Por último en la conclusión con la que se demuestra la hipótesis de trabajo planteada.

**Palabras clave:** Compensación del daño con el lucro – Compensación de beneficios – Pérdida de la chance – Daño – Daño material – Muerte del menor de edad – Pérdida de la chance de ayuda económica futura – Muerte de la persona por nacer – *Compensatio lucri cum damno*.

**Abstract:** This work shows that in order to establish the money damages resulting from the death of a child, the expenditures that the parents will not incur in the benefit of the minor –as a consequence of the latter’s death– must be deducted from the lost-expectation damages related to future economic help.

There are two chapters and a conclusion.

The first chapter, which includes a brief historical review of the legal notion, explains the topic in connection with the general theory of Law of Torts. *Compensatio lucri cum damno* is defined, as well as all the notions included therein, by analyzing the general aspects of the legal notion.

\*Abogado (UM), especialista en Derecho de Daños (UBA).

The second chapter considers the specific case of damages in the event of loss of future economic help from the dead child to the parents, as well as the expenditures that the parents will not need to incur in favor of the minor or unborn child. These notions are analyzed, and the computable benefits and their requirements are determined.

Lastly, the thesis of the work is proved in the conclusion.

**Key words:** Compensation of damage and profits – compensation of benefits – lost-expectation damages – damage – monetary damage – death of minor – lost expectation of future economic help – death of unborn child – *compensatio lucri cum damno*.

*“Justicia es ánimo constante de dar a cada uno lo que le pertenece por el derecho civil. Injusticia es quitar a alguno con pretexto de derecho aquello que le corresponde, según la verdadera interpretación de las leyes”*

SPINOZA BARUCH, Tratado Teológico - Político.<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN:

Este trabajo tiene por objeto demostrar que para determinar la indemnización material por el fallecimiento de un hijo, debe descontarse a la suma otorgada en concepto de pérdida de la chance de ayuda económica futura, las erogaciones dejadas de realizar por los progenitores en beneficio del menor como consecuencia de la muerte.

El Dr. Zannoni, en una nota de su obra *El daño en la responsabilidad civil*, efectúa el siguiente planteo: “¿Y qué ocurriría si el demandado, es decir el responsable por el hecho ilícito que produjo la muerte del niño, a la reclamación por el daño consistente en la pérdida de chances, opusiera como defensa la *compensatio lucri cum damno* a realizarse por la circunstancia de que los padres, a partir de la muerte de su hijo, se verán liberados de realizar los gastos que, en caso de vivir él, deberían haber continuado solventando?”<sup>2</sup>

1. SPINOZA, Baruch, *Tractatus Theologico - Politicus*, s.l., s.f. (Traducción: GALVAN, Enrique Tierno, *Tratado Teológico - Político*, Res Pública Clásicos del Pensamiento Político Social, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1966, p. 64).

2. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987, p. 151, nota 51.

Esperamos a lo largo de este trabajo responder satisfactoriamente este interrogante, y con tal finalidad, formulamos la hipótesis de trabajo que a continuación exponemos:

“Los gastos dejados de realizar por los padres como consecuencia del fallecimiento del hijo menor de edad, deben ser compensados con el daño patrimonial generado por pérdida de la chance de ayuda económica futura del menor hacia sus progenitores”.

Habitualmente leemos en revistas de jurisprudencia fallos en los cuales se otorgan indemnizaciones por pérdida de la chance de ayuda económica futura del hijo fallecido hacia sus padres y en raras ocasiones se aplica sobre esta indemnización la regla de la *compensatio lucri cum damno*, pese a que a nuestro entender más allá de la razonable pérdida de los progenitores, existe un “*lucro*”, configurado en forma de evitación de gastos.

Cabe que realicemos una aclaración, debido a que trataremos indemnizaciones generadas a partir del fallecimiento de menores de edad, cuestión extremadamente delicada. Por ello cuando nos referimos a enriquecimiento lo hacemos en el sentido patrimonial, ya que indudablemente el dolor de los padres por el deceso de su hijo es el mayor que una persona puede sufrir; sin embargo, para compensar ese dolor existe la reparación específica del daño moral. Ahora bien, para reparar el perjuicio material debemos dejar de lado ese dolor y estudiar solo cuál fue el menoscabo económico efectivamente sufrido. Pues no podemos agregar ingredientes morales o sancionatorios contra el victimario, ya que estaríamos generando indudablemente un enriquecimiento sin causa, situación repudiada por nuestro Derecho.

A fin de demostrar la hipótesis planteada, dividiremos el trabajo en dos capítulos, más la conclusión final.

En el primer capítulo haremos una reseña histórica de la institución, ubicando la cuestión dentro de la teoría general del Derecho de daños. Definiremos de manera sucinta los conceptos utilizados, estudiaremos las generalidades de la *compensatio lucri cum damno*. También analizaremos las opiniones doctrinarias; finalmente examinaremos los efectos generados con la inclusión del “daño punitivo” en el Derecho nacional, sobre la regla investigada.

En el segundo capítulo estudiaremos el supuesto específico de compensación en el caso de pérdida de ayuda económica futura del hijo fallecido hacia sus padres, con los gastos y erogaciones dejadas de realizar en beneficio del menor y de las personas por nacer, realizando un necesario análisis de los conceptos, verificando cuáles beneficios serían computables y sus requisitos. Luego estudiaremos los elementos de valoración para la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno*, las reglas procesales.

Por último expondremos las conclusiones, y en caso que corresponda, demostraremos la hipótesis planteada.

Advertimos que a lo largo de este trabajo utilizaremos las expresiones *compensatio lucri cum damno*, compensación de beneficios y compensación del daño con el lucro, como sinónimos.

## CAPÍTULO PRIMERO:

### Reseña Histórica

La mayoría de los autores señala como la fuente de mayor importancia de la “*compensatio lucri cum damno*” al autor Hans Fischer,<sup>3</sup> quien tuvo como pilar de sus estudios diferentes monografías de otros autores alemanes como Eichoff, Oertmann, Walsmann.

Sin embargo, si bien el doctrinario alemán estudió profundamente la cuestión, la institución tuvo su génesis bastante más atrás en el tiempo, aunque de modo tangencial fue tratada por el Derecho Romano.

Así pues, Pomponio expuso que “*Si administraras los negocios de un ausente, y este lo ignorase, debes responder por culpa y por dolo. Pero Próculo dice, que a veces debes responder también del caso fortuito, por ejemplo, si a nombre del ausente hicieras un negocio nuevo que él no hubiere acostumbrado a hacer, como comprando esclavos novicios, o emprendiendo alguna negociación. Porque si de esto hubiera resultado una pérdida, será de tu cuenta, pero la ganancia para el ausente, mas si en unas cosas se hubiere realizado ganancia, y en otras pérdida, el ausente debe compensar el beneficio con el daño*”.<sup>4</sup>

3. FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B. Vol. V, Traducido por W. Roses, 1928. En esta obra el autor dedica un capítulo al estudio de la compensación de beneficios, donde analiza con profundidad la cuestión, su utilidad y aplicación de la institución en el derecho vigente de la época.

4. POMPONIO, Digesto, Libro 3, Título 5, Ley 11, “*Si negocia absentis et ignoratis geras, et culpan, et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine Rius geras, veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineudo. Nam si quid damnun ex ea re seciti, fiero. Te sequetur lucrum vero absentem, quod si in quibusdam lucrum Factum fuerit, in quibusdam damnun, absens pesare lucrum cum damno debet*”. JUSTINIANO, Cuerpo Del derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino. Barcelona, Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra, Jaime Molinas, Editor, Consejo de Ciento, N° 287, 1889.

Pese a que el ejemplo de Pomponio resulta discutible, comprobamos que no escapaba del conocimiento de los juristas romanos, si bien de un modo embrionario, lo que hoy denominamos *compensatio lucri cum damno*.

En el párrafo anterior mencionábamos que el ejemplo resultaba discutible, ello toda vez que no existe una real coincidencia entre el hecho generador del daño y el de la ganancia. En los capítulos venideros analizaremos con mayor rigor los requisitos de esta regla; para adelantarnos digamos que es esencial que las consecuencias del hecho ilícito sean simultáneamente beneficiosas y perjudiciales, extremo que no se cumple en el ejemplo dado por el jurista romano.

Nótese que Pomponio parte de una gestión de negocios, cuya finalidad es obtener ganancias para el ausente. A su vez, si el gestor actúa con negligencia debe responder por las consecuencias perjudiciales generadas por su accionar. En el ejemplo en análisis ante una gestión negligente se genera un daño, pero no un beneficio, razón por la cual no existe relación de causalidad entre el hecho y la ganancia. Esta última nace a partir de otros negocios realizados por el gerente y por tal motivo no puede ser compensada con el daño. También Ulpiano se expresó sobre esta cuestión: “... si un socio hubiese hecho con negligencia algunas cosas en la sociedad, pero en las más hubiese fomentado la sociedad, no se compensa el beneficio con la negligencia, como escribió Marcelo en el libro sexto del digesto”.<sup>5</sup>

Sobre este particular Fischer explica, avalando la opinión brindada por Ulpiano, que la conducta general del socio produce beneficios o daños, pero si este actúa negligentemente “La aplicación de las normas sobre indemnización no puede colocar al causante del daño en situación más favorable a la que, según el primer texto, ocuparía un socius, si no incurriese en una conducta general que le obliga a indemnizar los daños inferidos”.<sup>6</sup>

Dicho de otro modo, aquí tampoco existe relación de causalidad entre el actuar negligente y el beneficio generado, imposibilitando así la utilización de la *compensatio lucri cum damno*.

En Argentina, diversos autores han trabajado sobre el tema. Cabe mencionar entre ellos a Orgaz, quien le dedica un capítulo de su obra *El daño resarcible*;<sup>7</sup> Aguiar, que lo trata en su obra *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*;<sup>8</sup> Zavala de González, quien también analiza la cuestión en un capítulo de su obra

5. “It ideo, si socius quaedam negligenter in societate egrisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, ut marcellus libro sexto digestrorum scripsit”. ULPIANO, Digesto, Libro 17, Título II, Ley 26, JUSTINIANO, Cuerpo Del derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino. Barcelona, Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra. Jaime Molinas, Editor, Consejo de Ciento, N° 287, 1889.

6. FISCHER, *op. cit.*, p. 197.

7. ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (actos ilícitos)*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992.

8. AGUILAR, Enoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1990.

*Resarcimiento de daños*,<sup>9</sup> López Herrera, que estudió el tema en su *Teoría general de la responsabilidad civil*;<sup>10</sup> y por último Tale, autor de un extenso y completo artículo.<sup>11</sup>

## Concepto

Definiremos a la *compensatio lucri cum damno*, como la regla que indica que al momento de realizar la valuación del daño patrimonial, debe descontarse de las consecuencias perjudiciales, las consecuencias beneficiosas, y así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio de la reparación integral<sup>12</sup>.

Orgaz expresaba que *“La apreciación del daño en cada caso concreto (...) exige la determinación atenta, no solo de las consecuencias perjudiciales que han derivado del acto ilícito, sino, también, de las beneficiosas que eventualmente hayan podido surgir del mismo acto. Esta confrontación de unas con otras y de la cual ha de surgir, como residuo, el daño efectivo o la ausencia de daño, se designa habitualmente con el nombre de “compensación de beneficios”*”.<sup>13</sup>

Como se puede apreciar en nuestra definición, colocamos a la compensación de beneficios, dentro de la misma valuación del daño, a diferencia de Fischer y Tale, quienes ubican a la cuestión en la teoría del daño, específicamente dentro de los requisitos del daño resarcible.<sup>14</sup>

9. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B.

10. LOPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. Lexis Nº 7004/002162.

11. TALE, Camilo, “La regla “compensatio damni cum lucro” en la responsabilidad civil, otros supuestos de daño no subsistente (total o parcialmente) y los casos de reparación con saldo beneficioso para la víctima”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-2, Eximentes de responsabilidad - II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 19/09/2006.

12. Se falló que: *“La apreciación del daño en cada caso exige la determinación prolija, no solo de las consecuencias perjudiciales, sino también de las beneficiosas que eventualmente hayan podido surgir del mismo acto (incumplimiento o acto ilícito), de cuya confrontación, habitualmente designada compensatio lucri cum damno, habrá de resultar la existencia de daño efectivo, o incluso, la ausencia de daño”*. CNAC, sala A, 11/11/1994, La Cañada S. A. c. Marathon Petroleum Argentina Ltda.

*“Conforme con la doctrina de la “compensatio lucro cum damno” el beneficio derivado del mismo hecho que causa el daño debe descontarse o compensarse con la indemnización que cupiere, pues el damnificado no debe lucrar a expensas del responsable”*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 21/02/1985, Forte, M. D. y otra c. Lucasa Construcciones, S. A., La Ley 1985-B, 475.

13. ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (actos ilícitos)*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992. p. 186.

14. Anteriormente ya hemos citado que Fischer expresaba sobre esta cuestión que *“No puede decirse que existe daño, sino cuando la suma de las consecuencias perjudiciales derivadas de un hecho supera*

A los efectos prácticos, la diferencia de ubicar la cuestión en uno u otro lugar, es básicamente la posibilidad de los jueces de aplicar esta regla de oficio.

Si la *compensatio lucri cum damno* es tratada como un capítulo de los requisitos del daño resarcible, los jueces deberían aplicarla de oficio, sin importar si fue pedida por alguna de las partes, ya que el magistrado es el encargado de verificar que el daño cumple todos los requisitos necesarios para ser indemnizado.

Tal como más adelante explicaremos, nos enrolamos en la postura que mantiene que la *compensatio lucri cum damno* debe ser aplicada a pedido de parte, ya que al igual que el daño debe ser expresamente peticionado, y el juez no puede condenar al autor del hecho ilícito a resarcir un daño no pedido por la víctima, tampoco puede ordenar descuentos sobre el monto del daño, imputando beneficios que no fueron opuestos como defensa y probados en juicio.

De modo que una vez que se peticionó y se probó la existencia del beneficio, el juez deberá realizar la valuación del daño descontando los beneficios generados en el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho, pudiendo recurrir en su caso a las amplias facultades que habitualmente los Códigos procesales le otorgan a los magistrados (vgr. artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

### **Razón de ser de la *compensatio lucri cum damno*.**

Hecha la definición debemos ahora indagar sobre los fundamentos de esta regla. En este aspecto recurrimos a uno de los principios rectores en materia de Derecho de daños continental, el principio de la reparación integral, el cual indica que se debe colocar a la víctima en la situación idéntica o al menos lo más similar posible, a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso.<sup>15</sup>

Al indemnizar a la víctima no se la debe ni empobrecer, ni enriquecer. Es por ello, que cuando a partir de un hecho se generen de modo simultáneo beneficios y perjuicios, y estos cumplan con los requisitos de causalidad que estudiaremos, deben ser *compensados* a fin de lograr una reparación justa.

En este sentido existe entre los autores una opinión concordante y generalizada: “... *No puede decirse que existe daño, sino cuando la suma de las consecuencias*

---

*aritméticamente a la totalidad de los beneficios que produce” FISCHER, Hans, op. cit., p. 185. A su vez TALE, manifiesta que “... el tema que estudiamos en el presente artículo se ubica, dentro de la sistemática de la responsabilidad civil, en la teoría del daño, y más precisamente, en el capítulo acerca de los requisitos del daño resarcible”, TALE, Camilo, op. cit., p. 294.*

15. Código Civil Argentino, artículo 1083: *El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior; excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.*

*perjudiciales derivadas de un hecho supera aritméticamente a la totalidad de los beneficios que produce. ...” “... La compensación de beneficios propiense impedir que aquél (el acreedor) se lucre indebidamente...”*<sup>16</sup>

De modo que la razón de ser de esta regla, y consecuentemente su importancia, es evitar que la víctima se enriquezca sin causa y dar así efectivo cumplimiento a la manda del principio de la reparación integral.

### **Definición de los elementos que integran la compensatio lucri cum damno:**

A continuación definiremos, uno a uno, los conceptos clave englobados en la definición dada:

#### *Daño:*

En primer lugar, siguiendo a Zannoni definimos al daño como el menoscabo sufrido por un persona como consecuencia de un determinado evento, en cualquiera de sus esferas, aún cuando la lesión haya recaído sobre un interés simple.<sup>17</sup>

Aclaremos que los daños compensables deben ser patrimoniales, o sea cualquier menoscabo, lesión o agravio al patrimonio, entendido como el conjunto de bienes de una persona.

Un determinado hecho podría generar distintas consecuencias de índole moral dependiendo de la persona; suponemos que un acto ilícito no podría generar consecuencias antagónicas en la faz sentimental de un mismo individuo.<sup>18</sup>

Podría un determinado hecho generar consecuencias distintas en diferentes personas a nivel moral o extrapatrimonial, pero en estos casos habrá mayor o menor daño, y no consecuencias beneficiosas y perjudiciales posibles de confrontar. Esto

16. FISCHER, Hans, *op. cit.*, p. 185.

17. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987, pp. 1-57.

18. Para ampliar compulsar MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, “La “compensatio lucri cum damno”: la denominada teoría del descuento”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 10-JUL-06, Vol. 2005, pp. 149-160. Quienes expresan que: “Atendiendo a la naturaleza de las consecuencias perjudiciales compensables, la computación solo puede tener lugar, pues, en el ámbito de la compensación perfecta. Esto es, cuando se trata de consecuencias de índole estrictamente patrimonial, cuya reparación se sujeta al principio de la equivalencia, entrando en juego el principio del non bis in ídem. Pero, en cambio, cuando se trata de las consecuencias dañosas de índoles estrictamente personal, es decir, de los daños morales, no sujetos al principio de equivalencia, sino al de la compensación imperfecta, que implica una reparación (económica) que no se corresponde con un daño estrictamente mensurable, debe negarse la computación de beneficios”.



lo decimos independientemente de la existencia de una matriz objetiva, más allá de las diferentes interpretaciones y de las múltiples subjetividades humanas.

### **Beneficio:**

Definiremos al beneficio, como cualquier ventaja material lícita obtenida por la víctima a causa del hecho que puso en funcionamiento la maquinaria de la responsabilidad civil.

Las ventajas pueden verse traducidas tanto en ingresos directos de dinero o bien en una evitación de gastos.

Los beneficios deben ser ciertos, no eventuales ni conjeturales, y tal como explicaremos luego, deben encontrarse en relación adecuada de causalidad con el mismo hecho que produjo los daños.

### *Compensación:*

No debemos entender la compensación como el “*Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras...*”.<sup>19</sup>

Ni tampoco como es regulada por el artículo 818 y siguientes del Código Civil<sup>20</sup>, dado que en ninguno de los ejemplos que analizaremos veremos obligaciones recíprocas entre acreedor y deudor. Si estas existieran no podríamos hablar de la *compensatio lucri cum damno*, sino de una verdadera compensación en el sentido estrictamente técnico obligacional.

Lo que llamamos *compensatio lucri cum damno*, es en realidad la forma de obtener una la valuación exacta del daño efectivamente sufrido. Orgaz hablaba de una “*designación algo equívoca y que suele determinar desinteligencias, pero que, bien entendida, ofrece las ventajas de ser expresiva y tradicional*”.<sup>21</sup>

Tengamos en cuenta que, aunque resulta obvio, si el acreedor no reclamase la reparación de los perjuicios sufridos, el deudor tampoco podría reclamar por el enriquecimiento obtenido por el acreedor como consecuencia de los beneficios generados a partir del hecho ilícito.

19. Definición del la Vigésimo segunda edición del diccionario de la Real Academia Española versión digital obtenida de [www.rae.es](http://www.rae.es).

20. Art. 818 Código Civil: La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir.

21. ORGAZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 186.

No hay dos acciones distintas y diferenciadas, existe solo una en la que se debe valorar adecuadamente el daño efectivamente sufrido.

Con el mismo fundamento, la víctima no tendría que indemnizar al autor del hecho ilícito en el supuesto de que los lucros sean mayores que el perjuicio sufrido, en este caso simplemente no habrá daño sufrido porque su valuación sería equivalente a cero, o bien negativa.<sup>22</sup>

#### *Relación de Causalidad:*

Otro concepto que surge de la definición como un requisito tácito y a la vez fundamental es la relación de causalidad.

Bustamante Alsina, entiende que se trata del “*vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa*”, de modo que “*el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción*”.<sup>23</sup>

En primer lugar, tal como anticipábamos, aclaremos que tanto los beneficios como los perjuicios deben ser causados por el mismo hecho ilícito.<sup>24</sup>

Luego, ese hecho ilícito debe ser la causa tanto de los beneficios como de los perjuicios y no una mera condición u ocasión para que estos se produzcan. Por ello nuestra crítica se dirige a quienes ubican el nacimiento del lucro dentro del mismo daño.<sup>25</sup>

Zavala de González enseña que “*el hecho fuente de la responsabilidad ha de ser causa tanto de los desmedros como de las ventajas computables. Cuando estas no reconocen en el suceso su verdadero factor eficiente, sino que él ha representado*

22. De manera coincidente se dijo que: “*La compensación puede implicar que el daño neto se reduzca y hasta que desaparezca, pero atinadamente se niega que la víctima del daño deba indemnizar al autor en el caso de que el lucro haya resultado superior al perjuicio*”. ALTERINI, Jorge Horacio, “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, Academia Nacional De Derecho, 2008 (octubre), La Ley, 29/07/2009, p. 1.

23. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Lexis N° 1.123/002124.

24. Así han resuelto nuestros tribunales al fallar: “*Para que sea admisible la compensatio lucri cum damno se requiere que el perjuicio provenga del mismo acto ilícito que causó el perjuicio*”. Cám. 1° Apelaciones Bahía Blanca, 4/11/1969, en LL, pp. 137-610.

25. Nos parece erróneo ubicar el nacimiento del beneficio en el daño y no en el hecho mismo, sin embargo se dijo que: “*El daño puede ser causa de beneficios o lucros, los cuales se derivan del perjuicio...*” VICENTE DOMINGO, Elena “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, en LLAMAS POMBO Eugenio (coord.), *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, España, La Ley Actualidad, 2006, pp. 931-932. Creemos que si tomásemos como correcto el concepto realizado por el autor en cita, se tendrían que incluir, dentro de los beneficios *compensables*, lucros eventuales, que no guardan una adecuada relación de causalidad con el hecho ilícito.

*solo una condición o antecedente ocasional, la víctima tiene derecho a conservar esos beneficios y a que no se deduzcan del monto indemnizatorio*".<sup>26</sup>

Sentado esto, concluimos que el beneficio y el daño, a fin de ser confrontados, deben encontrarse en idéntica relación de causalidad.

En cuanto a las consecuencias que deben ser computadas, entendemos que el criterio correcto es darle idéntico tratamiento al que se efectúa con el daño,<sup>27</sup> computando solamente las consecuencias beneficiosas que cumplan los requisitos establecidos por la ley para el daño. Siguiendo los lineamientos de nuestro Código Civil, deben ser descontados solo hasta los beneficios que resultaron consecuencias mediatas del hecho cuando se trate de responsabilidad aquiliana, e inmediatas en los casos de responsabilidad contractual, sin perjuicio de que esta diferencia en la práctica tiende a desaparecer.<sup>28</sup>

En este aspecto, De Cupis expresaba: "*No hay razón para que se fije un límite a la relevancia jurídica de la causa respecto del daño y no se fije también un límite con relación al lucro, ya que lo equitativo es precisamente lo contrario, que el mismo límite subsista para ambos*".<sup>29</sup>

## Intentos legislativos

Existió un intento de legislar expresamente la regla *compensatio lucri cum damno*. El artículo 1641 del proyecto del código civil de 1998 disponía que: "*Atenuación de la responsabilidad. El tribunal solo tiene atribuciones para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad: ...; b) Si el hecho dañoso fue causa de ventajas para el acreedor; ...*".<sup>30</sup>

26. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *op. cit.*, p. 490.

27. Orgaz, enseñaba que: "*En términos más breves, la conexión causal que debe existir entre el acto ilícito y el daño indemnizable debe asimismo existir entre aquél y el beneficio a compensar*". ORGAZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 188.

28. Artículos 520, 521, 903, 904, 905 y 906 del Código Civil.

29. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª Edición Italiana y estudio preliminar por MARTÍNEZ SARRIÓN, ÁNGEL, Barcelona, Bosch Casa Editoria S.A., 1975.

30. Artículo 1641.- Atenuación de la responsabilidad. El tribunal solo tiene atribuciones para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad:

a) Si el deudor obró sin dolo y su responsabilidad no está comprendida en los artículos 1662, 1663 y 1665. A tal efecto debe atender a su situación patrimonial y, en su caso, a la circunstancia de que el damnificado haya percibido la indemnización proveniente de un seguro personal.

b) Si el hecho dañoso fue causa de ventajas para el acreedor.

c) En la responsabilidad por hechos involuntarios.

d) En los demás casos en que lo dispone la ley.

Sin duda, la redacción del artículo proyectado es errónea y así lo expresó la Dra. Zavala de González: “*Estimamos que dicha expresión es técnicamente equivocada: la responsabilidad existe o no; lo que puede atenuarse es su extensión, como cuando se reduce el alcance de la indemnización dineraria de modo que resulte inferior a la entidad del daño causado adecuadamente*”.<sup>31</sup>

Estamos de acuerdo con Zavala de González, si del hecho ilícito se generan además de perjuicios, beneficios en favor de la víctima, no resulta motivo suficiente para atenuar la responsabilidad del autor; en su caso deberá tener que pagar un resarcimiento menor, pero su responsabilidad en la causación del hecho seguirá siendo la misma.

Más allá de la observación realizada por la autora en cita, la norma otorga la posibilidad de que los jueces, por razones de equidad, puedan aplicar o no la regla en análisis. El fundamento de esta institución es el principio de la reparación integral, por lo que no puede ser optativo para los magistrados el descuento de los beneficios. Si a pedido de parte se prueba que además de los daños existieron ventajas para la víctima, si esas ventajas cumplen con los requisitos ya estudiados deben ser compensadas con los perjuicios.<sup>32</sup>

En este sentido agregamos que tampoco es optativo para los jueces conceder o no un daño a la víctima si esta prueba su existencia, y los requisitos para ser indemnizable.

Por otra parte, consideramos que no hay necesidad de darle un tratamiento legal explícito a la compensación de beneficios ya que siempre tendrá su basamento en el principio de la reparación integral.<sup>33</sup> Pese a ello, creemos que si fuese legislada expresamente, su redacción podría ser más feliz.

### **Nuevos elementos de debate a partir de la inclusión del “daño punitivo” en el Sistema Legal Argentino.**

El Dr. Tale en su artículo “*La regla “Compensatio Damni cum Lucro” en la responsabilidad civil*”, realiza la siguiente aclaración: “...*analizaremos los diversos*

31. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998. En materia de responsabilidad”, Buenos Aires, La Ley 1999-C, p. 877.

32. En igual sentido se expide Tale al escribir: “*La norma se expresa de modo facultativo, o así puede interpretarse, mientras que la compensatio lucri cum damno, cuando es procedente, es de aplicación obligatoria*”, TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 296.

33. “*Esto explica que el Código no tenga, ni necesite, en realidad, tener precepto general alguno que autorice esta compensación o deducción: como se ha dicho exactamente, la compensatio lucri cum damno, en sentido estricto, puede derivarse, y se ha derivado siempre, del concepto de daño, sin necesidad de precepto positivo especial*”, ORGAZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 187, quien a su vez cita a FISCHER, *op. cit.*, p. 186.

*supuestos dentro del marco de la doctrina que concibe que la responsabilidad civil tiene fin exclusivamente resarcitorio del daño, que es la concepción predominante desde hace tiempo (aunque no es unánime) entre los juristas y tribunales del país. Diferentes serían algunas de las conclusiones si se admitiera una naturaleza mixta de las condenas de reparación civil, esto es, si reconocieran para la institución al mismo tiempo la finalidad indemnizatoria (...) y una finalidad punitiva”*.<sup>34</sup>

A partir de este *disparador* surgen dos interrogantes ¿En la actualidad se podría admitir una naturaleza mixta en las condenas de reparación civil? ¿Se vería afectada la *compensatio lucri cum damno* si se incluye el llamado daño punitivo en la legislación nacional?

El autor en cita agrega tres supuestos en los que considera que la finalidad exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad civil parece insuficiente para fundar todas las situaciones que comprende la institución. Entre ellos menciona los casos en los cuales sería adecuado que la ley argentina instituyera los *punitive damages*.

En cuanto al primer interrogante adelantamos que a nuestro entender el único fin de la responsabilidad civil es la reparación de los daños causados. Esto lo decimos so pena de que posiblemente el deber de reparar acarree otras consecuencias, como la prevención general del daño, pero esta generación de reacciones distintas a la reparación del daño en nada cambian su finalidad.

No podemos admitir que exista una *naturaleza mixta* (resarcitoria y punitiva) en la reparación civil, principalmente porque el monto indemnizatorio no se determina por la gravedad del hecho y/o por la intención o conducta del autor, sino por el daño efectivamente sufrido por la víctima.

En esta línea argumentativa se expresaron la mayoría de los autores,<sup>35</sup> entre ellos el Dr. Llamas Pombo con la claridad que lo caracteriza: “*Sin embargo, frente a todas esas pretendidas funciones que exceden a la meramente reparadora o resarcitoria en general, y particularmente en contra de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil, se oponen serias objeciones, basadas en poderosos argumentos. El fundamental, que la indemnización no se gradúa en función de la gravedad de la conducta dañadora ni, eventualmente, de la reprochabilidad de la misma, sino con arreglo a la entidad del daño*”. Agregando luego que “*No se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto efecto*

34. TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 289.

35. PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados “daños punitivos””, Buenos Aires, La Ley 2007-F, 1154, manifiesta que: “*Queda claro, pues, que poco o nada hay de sancionatorio en nuestro derecho de daños. Por el contrario, sabido es que rige en él una regla de oro que resulta ser exactamente contraria a los principios que informan los punitive damages: el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero solo el perjuicio causado. La indemnización debe poner a la víctima en la situación anterior al hecho ilícito; cualquier desembolso efectuado por encima de ese límite constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado*”.

*preventivo o disuasorio; incluso un sentido de reproche o punición en el condenado como responsable; ni siquiera que, en algunos casos, pueda conseguir un efecto redistribuidor de riqueza (en otros sucede justamente lo contrario; basta que el perjudicado sea “rico por su casa”). Pero eso no son más que efectos secundarios del principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil”.*<sup>36</sup>

Asimismo se argumentó que “*Es verdad que la función punitiva estuvo en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que en la actualidad es por completo ajena a ellas... En los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador*”.<sup>37</sup>

El Dr. Bustamante Alsina, entre otros,<sup>38</sup> también desecha la posibilidad de que el daño moral tenga funciones punitivas, al expresar que: “*Tratándose del daño moral, la mayoría de la doctrina afirma que la reparación del daño extrapatrimonial no difiere de la reparación del daño material y que aquél como este no son sino especies del daño. La sanción en ambos casos cumple una función resarcitoria y no constituye una sanción ejemplar o represiva. Reparar el daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones o compensaciones equivalentes a las que ella ha perdido. El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función de equivalencia que en los daños materiales, pero en modo alguno es una pena privada*”.<sup>39</sup>

De modo que descartamos de plano una doble naturaleza de la responsabilidad civil.

Ahora bien, zanjada esta cuestión, queda pendiente analizar si la inclusión del daño punitivo en la legislación nacional, y sobre todo a partir de la incorporación

36. LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, Vol. 2002, p. 186.

37. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 1999, p. 44.

38. El maestro MOSSET ITURRASPE, deja en claro su punto de vista al expresar “*Nos resistimos a admitir que la reparación del daño moral (arts. 522 y 1078) constituya una sanción represiva; pensamos que, no obstante la particularidad del deber jurídico infringido, la indemnización en dinero responde a una idea de equivalencia y que la sanción es, por tanto, resarcitoria por analogía*” MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, Parte General*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 02-06-1998, t. 1, p. 359.

En este sentido también se expidió la Dra. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Buenos Aires, Hammurabi, 1994, t. 2-B.

39. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, Buenos Aires, La Ley 1994-B, 860, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. III, p. 267.

del artículo 52 bis en Ley 24.240 reformada por la Ley 26.361, podría generar una modificación en la regla de la compensación de beneficios.

Y adelantamos nuevamente que la respuesta será negativa.

Sin la intención de estudiar en profundidad la institución del daño punitivo, diremos que esta sanción excede la reparación del daño. Se trata de una pena impuesta al autor de un ilícito, y que no necesariamente debe guardar relación con el perjuicio infringido a la víctima, con independencia de que posiblemente sea esta quien reciba las sumas de dinero a las cuales fue condenado a pagar el *dañador* en tal concepto.<sup>40</sup>

Estamos en presencia de una verdadera sanción, completamente distinta de las indemnizaciones cuya finalidad es reparar el daño causado y nada más. En el supuesto de la multa civil ni siquiera se busca reparar el daño, sino castigar al autor del ilícito para así desalentar que cometa hechos de similares características en el futuro.

De modo que son dos sistemas con fines bien diferenciados, por un lado el sistema que se rige por el principio de la reparación integral y por el otro lado un sistema punitivo que busca castigar, y así prevenir determinados hechos en un futuro.

Estos sistemas pueden convivir, ello lo decimos independientemente de las objeciones que tenemos contra la instauración del daño punitivo en el Derecho nacional<sup>41</sup>. Incluir un sistema punitivo en nuestro ámbito no significa que el principio de la reparación integral quede obsoleto. Este se mantendrá vigente siempre y cuando se trate de indemnizaciones cuyo objeto sea volver las cosas al estado en el que se encuentran con anterioridad al hecho ilícito.

Por lo dicho, y aún en el supuesto de que se incorpore a nivel general en la legislación nacional el daño punitivo, siempre coexistirá con el sistema de la reparación integral, y los jueces civiles tendrán entonces una doble función: por un lado colocar en un estado de indemnidad a la víctima y por el otro sancionar al autor del ilícito.

La Ley 24.240 ha incorporado esta institución en el Derecho nacional, a través del artículo 52 bis incorporado por la Ley 26.361, que dispone: “*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del*

40. Así se falló que: “*Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado*”. CAp. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala II, 27/05/2009, Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina, La Ley 08/06/2009, 08/06/2009, 11, La Ley 2009-C, 647.

41. En este sentido coincidimos con Picasso, quien reflexiona que “*Los “daños punitivos” parten, entonces de una base extraña, y hasta opuesta, a la que sustenta actualmente el sistema argentino de reparación de daños*”. PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados “daños punitivos”, Buenos Aires, La Ley 2007-F, 1154.

*consumidor; la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor; sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.*<sup>42</sup>

En lo que aquí nos importa, ya el mismo artículo dispone que más allá de la aplicación de la multa civil existirán otras indemnizaciones, dejando en claro que la condena sancionatoria es una indemnización distinta a las que se rigen por el principio de la reparación integral.

Entonces queda claro que se tratan de dos sistemas distintos, que conviven en un mismo orden jurídico. En consecuencia, y en lo que a la *compensatio lucri cum damno* respecta, su aplicación no variará en relación a la reparación específica del daño concierne.

Por tales motivos, las conclusiones a las que arribamos respecto de la regla en análisis en nada se modificarán en lo referente a la reparación. Claro está que sería ilógico aplicar esta regla sobre una multa civil, porque su finalidad no es restablecer las cosas al estado anterior, sino todo lo contrario, castigar para poder en un futuro modificar conductas, y así de un particular e indirecto modo prevenir los ilícitos.

42. Artículo 52bis, Ley 24.240 reformada por la Ley 26.361.



## CAPITULO SEGUNDO:

**Definiciones:**

Iniciaremos este capítulo con la definición del concepto “pérdida de la chance”, primero de modo general, luego en la especie aquí estudiada, para finalmente analizar la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* sobre el mencionado rubro indemnizatorio.

*Pérdida de la chance:*

Sobre la pérdida de la chance se expresó que: “*Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento [...] habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades*”.<sup>43</sup>

Por su parte Zannoni afirma que “*Las chances, en cambio, traducen la pérdida de la posibilidad o esperanza de que gozaba el damnificado de emplazarse en la situación jurídica apta para producir una ganancia. Lo frustrado en este segundo supuesto es la posibilidad o probabilidad de acceder a una situación que permitiría obtener un beneficio futuro. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser más o menos dificultoso estimar su medida porque lo perdido, lo frustrado, es en realidad la probabilidad, la posibilidad, y no el beneficio esperado, como tal*”.<sup>44</sup>

De modo que estamos frente a una reparación no de la pérdida de una ganancia concreta, sino de la frustración de la posibilidad de obtener en el futuro un beneficio.

43. CASEAUX, Pedro Néstor, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de Chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, La Plata, 1981, p. 23 y ss., N° 10.

44. ZANNONI, Eduardo A., “El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro)”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 06/2008, p. 92.

El quid de la cuestión radica en desentrañar cuáles eran las posibilidades de que la ganancia esperada se concrete, o dicho de otro modo habrá que evaluar los pro y los contras de concreción del potencial beneficio.<sup>45</sup>

En los casos de pérdida de la chance desconocemos el resultado final, ya que un determinado hecho suspendió el curso de los acontecimientos, siendo imposible en consecuencia saber a ciencia cierta si, ante la ausencia del hecho dañador, la ganancia esperada se hubiera efectivizado, ya que si tuviésemos ese conocimiento no tendríamos que hablar de chances, sino de lucro cesante, o daño emergente según el caso.

Por otra parte, tenemos conocimiento de la existencia de una posibilidad más o menos cierta y sería de que el beneficio esperado se hiciera efectivo, y en torno a ese grado de conocimiento corresponderá otorgar esta indemnización.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el cálculo de este daño resultará harto complicado. Ya que en base al monto de la ganancia esperada, se indemnizará no por el total, sino de acuerdo a las posibilidades de que la ganancia, de no ser por el hecho ilícito, se hubiese efectivizado.

### **Pérdida de la chance de ayuda económica futura.**

Mayoritariamente tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la vida humana carece de un valor por sí misma.

Pues bien, siendo que la vida humana no posee un valor en sí misma ¿cuál es la pérdida material que sufren los padres como consecuencia de la muerte de un hijo menor de edad?, sobre todo considerando que se trata de una persona económicamente improductiva.

Y aquí es donde entra en juego la frustración de las posibilidades de que los progenitores reciban en un futuro una ayuda económica por parte del hijo, como daño reparable.

La SCBA falló que “*En caso de muerte de un hijo menor lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia modesta la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito; esa indemnización cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor hubiera representado una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que puede calificarse de cierto y no eventual*”.<sup>46</sup>

45. TRIGO REPRESAS, Félix A., “La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 06/2008, p. 63.

46. SCBA Ac. 36773, Ac. 52947, Ac. 83961.

Resulta completamente legítimo y lógico que los padres tengan la esperanza de que en un futuro, cuando arriben a la vejez, reciban la colaboración de sus hijos, tanto en las tareas cotidianas (ayuda en la realización de tareas hogareñas, realización de trámites, ser acompañados al hospital),<sup>47</sup> como también ayuda económica de forma directa.

Y ante el fallecimiento del hijo esa esperanza se desvanece, es por ello que la frustración de la posibilidad de recibir ayuda debe ser saneada, ya que se trata de un daño cierto y con posibilidades serias y no conjeturales de concreción en un futuro.

Claro que no podrá ser reparada como una ganancia concreta, sino en base a las chances de obtener ese beneficio.

Si bien para la mayoría de los casos es complicado calcular este perjuicio, en los casos de pérdida de la chance de ayuda económica futura por el fallecimiento de hijos menores de edad, la dificultad se potencia. Ello debido a que el hecho que puso fin a la vida del menor, y el momento en que se esperaba recibir el beneficio, pueden estar separados por décadas, lo que ocasiona infinidad de incertidumbres, debido a las muchas variables involucradas (edad del menor; desarrollo sano y saludable; crecimiento económico, profesional, social; problemas familiares que lo alejen definitivamente de sus padres; posibilidades de otros accidentes que le hubieran impedido llegar a la edad suficiente para ayudar a sus progenitores; etc.). Todas estas variables finalmente determinarían las probabilidades de obtención de la ayuda.

A ello debe agregarse que tampoco tenemos conocimiento exacto de cuál hubiese sido el beneficio material. De lo único que estamos bastante seguros es que si los progenitores llegaban a la vejez, y su hijo aún seguía con vida, muy probablemente los hubiese ayudado económicamente de forma directa e indirecta.

Y en base a este conocimiento generalmente se ordena el resarcimiento del daño por pérdida de la chance de ayuda económica futura.

Independientemente de la bondad que pudiera esperarse del hijo, también existe una obligación legal con base en el artículo 266 del Código Civil que regula: *“Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios. Tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes”*.

47. En este sentido ZAVALA DE GONZÁLEZ expresa que: *“...la asistencia material que a su turno pueden brindar los hijos a quienes les dieron la vida, se ciñe a erogaciones efectivas; al contrario, se expresa también y fundamentalmente a través de tiempo y dedicación en innumerables actos cotidianos (compañía en la enfermedad, vigilancia del bienestar; pago de impuestos u otras cuestiones...)... En suma, los padres tiene la expectativa de “acompañamiento” por los hijos, desde luego afectivo, pero también en orden a la seguridad económica e integral”*. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 254.

De modo que la esperanza de los padres de recibir ayuda por parte de sus hijos en la ancianidad es más que un simple interés, tiene su base en un interés legítimo. En caso de necesidad de los progenitores, el hijo estaría obligado por ley a colaborar con ellos.

Debido al alto grado de probabilidad, y ante la dificultad probatoria, consideramos, con fundamento en la estadística y la experiencia que este tipo de daños deben ser presumidos. Ello independientemente de los elementos de prueba dirigidos a acreditar la mayor cuantía del perjuicio, ya que este “*es tanto más serio cuando el hijo ya había demostrado excelentes aptitudes y cualidades, inclusive en su cabal integración dentro del grupo familiar*”,<sup>48</sup> o bien su menor cuantía vgr. que el menor fallecido tenga hermanos que puedan ayudar a sus padres;<sup>49</sup> tenga deficiencias intelectuales o físicas; o la posibilidad de compensar los gastos dejados de realizar por los progenitores como consecuencia de la muerte.

Similar pérdida de oportunidades se genera a partir de la muerte del hijo concebido. Considerando que la existencia humana comienza a partir de la concepción en el seno materno, el aborto causará las mismas consecuencias que el fallecimiento de un menor de corta edad,<sup>50</sup> aunque en este aspecto la doctrina no es unánime.<sup>51</sup>

48. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 272.

49. En este sentido se resolvió que: “*En autos la determinación del quantum resarcitorio (arts. 1083, 1085, CCiv. y art. 165, CPCC. Bs. As.) queda conformado no solo por la escasa edad del menor, lo cual aleja temporariamente la probabilidad del menoscabo, a la condición socio-económica de sus padres y la existencia de otros hijos, familia de condición humilde –demanda a fs.13 vta.–...*” CCiv. Com. y Garantías Penal Zárate-Campana, 13/03/2007, Benítez, Jerónimo y otro v. Clínica San Carlos S.A., del voto del Dr. Victorio, Abeledo Perrot online - Lexis N° 70042342.

50. Se falló que: “*La muerte de una persona por nacer, resulta indemnizable dentro del concepto del daño material, como frustración de la “chance” de ayuda futura que podría representar para sus padres*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 20/03/2009, N. d. M. S. C. y otro c. Solidez S.R.L. y otros, La Ley Online; “*La circunstancia de que la víctima del accidente –en el caso, cayó al asfalto cuando el chofer del colectivo reinició intempestivamente la marcha– no presente incapacidad alguna no es óbice para otorgarle una reparación en concepto de daño material consistente en la pérdida de la “chance” de sostén económico futuro y ayuda por parte de su hijo, derivada de la pérdida de su embarazo, valorando para ello que tenía tres meses de gestación al momento del hecho y que posee otros hijos, quienes seguramente contribuirán con ella en su vejez con su asistencia moral y material*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 30/12/2008, Z., V. G. c. Transporte Automotor La Plata S.A, La Ley Online; “*La muerte del hijo por nacer es indemnizable como daño material, a título de frustración de la “chance” de ayuda futura que los padres podían legítimamente esperar*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 19/03/1999, B., E. A. c. Sanatorio Morano, La Ley Online.

51. En contra se expresó que: “*También en el caso del aborto accidental habría un daño patrimonial expresado en la pérdida de chances: la eventual ayuda que, alguna vez, ese ser, nacido y adulto, podría prestar a sus progenitores. No hace falta, creemos, un análisis detenido para advertir que esa expectativa (si la hay), no constituye una auténtica probabilidad cierta, objetiva*”. ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987, p. 154.

En este último supuesto, las probabilidades de que la ayuda futura se concrete disminuye y lo mismo sucede con el monto del resarcimiento.<sup>52</sup>

### **Compensación de la pérdida de la chance de ayuda económica futura con los gastos dejados de realizar a raíz del fallecimiento de un menor.**

Como ya hemos anticipado en la introducción, el objeto de este trabajo es comprobar que para realizar una correcta valuación del daño material sufrido por los padres como consecuencia de la muerte del hijo menor de edad, debemos descontar de la indemnización por la pérdida de la chance de ayuda económica futura, los gastos dejados de realizar por los progenitores en beneficio del menor.

En el punto anterior expusimos cuáles serían los beneficios perdidos por los padres, pues entonces de modo preliminar tendremos que determinar cuáles son las erogaciones dejadas de realizar por estos, para luego verificar si cumplen los requisitos para la aplicación de la *compensatio lucri cum damno*.

En este aspecto diremos que, al igual que los padres esperan en su ancianidad el cuidado, ayuda, sostenimiento y apoyo de sus hijos ya mayores, los hijos en su minoridad deben ser cuidados, mantenidos y ayudados por los padres.

Claro está que, independientemente de las obligaciones legales, tanto los padres como los hijos por lo general se ayudan mutuamente de manera voluntaria, la cual suele generar alegría y satisfacción en el seno familiar. Sin embargo, ya hemos visto en el título anterior, que la frustración de la ayuda material a causa de la muerte debe ser resarcida a título de pérdida de la chance. Consecuentemente resulta razonable descontar del perjuicio económico sufrido las erogaciones que los padres gustosamente realizaban y que como causa de la muerte de su pequeño dejaron de efectuar. Porque lo que se debe indemnizar es el daño **material** efectivamente sufrido por los padres, evitando modificar injustificadamente la situación patrimonial de las víctimas.

No caben dudas de que ningún padre cambiaría el dinero que dejó de gastar y todo el dinero que alguna vez pudiera tener, por salvar la vida de su hijo, pero sabido es que la muerte es irreversible, y sobre lo que aquí estamos trabajando es sobre un daño material, que no tiene relación alguna con el dolor sufrido, sino solamente con el dinero que se perdió como causa del hecho ilícito.

Ahora bien, ¿Cuáles son los gastos ahorrados por los padres?

52. Para ampliar esta cuestión ver: PÉREZ, Alicia Bibiana, “Daño Resarcible por la vida del “naciturus”, Buenos Aires, La Ley, 1994-B-368, Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales, t. II, p. 1199, y ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 294 en adelante.

Interminable es la lista de los gastos que los padres habitualmente realizan en beneficio de sus hijos, y que como consecuencia de su muerte repentinamente dejan de efectuar. A continuación daremos algunos ejemplos de distintas cuestiones sobre las que realizan erogaciones:

- Alimentación.
- Vestimenta.
- Educación formal (lo que incluirá también los gastos escolares).
- Transporte.
- Trámites realizados en beneficio del menor.
- Acompañamiento a citas médicas.
- Pago de obra social, o sistema de medicina prepaga.

Más adelante veremos cuáles deben ser los requisitos que tienen que cumplirse para que esos gastos puedan ser descontados, ya que no podríamos computar gastos eventuales, por ello hacemos hincapié en que las erogaciones deben ser habituales.

En la doctrina nacional se levantaron voces a favor y en contra de la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* sobre la pérdida de la chance de ayuda económica futura.

En este aspecto Tale manifestó que: “...lo justo es deducir, de acuerdo con la edad del hijo al momento de su deceso, y otras circunstancias, los gastos que la continuación de su existencia habría causado todavía a sus padres... el daño futuro, y de la especie de la pérdida de “chance” que es para los progenitores la pérdida de la probable ayuda económica que el hijo les daría durante la vejez de aquéllos, se compensa con aquel ahorro real. Y ello es tanto más procedente cuanto que los gastos eran actuales y con certeza iban a continuar en el futuro próximo, mientras que las subvenciones del hijo solo son probables y sujetas a diversas circunstancias imponderables en el presente”.<sup>53</sup>

En contra, Zavala de González expresó: “Si bien es cierto que con la muerte del hijo los padres quedan liberados de una carga económica, no lo es menos la pérdida de la “chance” de ayuda futura” “Por tanto, aquel ahorro de gastos no es compensable con el daño representado por la pérdida de esta “chance”, ni cabe la exclusión o disminución del monto indemnizatorio por aquel motivo”... “De aceptarse que la liberación del deber alimentario hacia el hijo obsta o restringe la indemnización por la “chance” frustrada de los padres, se llegaría al absurdo de que, a raíz del homicidio, el responsable vendría a lucrar con los gastos de crianza

53. TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 377.

y educación que hubieran tenido que efectuarse en el futuro de no haber fallecido la víctima”.<sup>54</sup>

No compartimos la opinión emitida por la prestigiosa autora. En primer lugar porque reconoce la existencia de los gastos dejados de realizar, luego siendo un daño patrimonial el que se intenta indemnizar es lógico que esas erogaciones sean compensadas con las pérdidas sufridas, salvo claro está que no cuenten con los requisitos necesarios para que este descuento pueda efectuarse.

La Dra. Zavala de González, no hace mención alguna a la falta de requisitos para que se produzca la compensación, solamente expresa que el responsable de la muerte del menor vendría a lucrar con los gastos de crianza y educación. Y realmente a primera vista coincidiríamos con esa reflexión; sin dudas estamos ante un supuesto de daño extremadamente delicado, se trata de reparar el perjuicio sufrido como consecuencia de la muerte de un hijo, y parecería injusto realizar el descuento de los gastos dejados de efectuar.

Pero profundizando la cuestión concluimos que se trata de un daño material, y en este caso solamente importará cuál es la merma patrimonial que han sufrido efectivamente los padres. Agregamos que, basándonos en el fundamento expuesto por la autora en cita resultaría inaplicable la regla *compensatio lucri cum damno*, ya que siempre el responsable lucraría beneficios adquiridos por las víctimas (o con gastos dejados de realizar, como en el supuesto de estudio), independientemente de la gravedad del hecho que haya cometido.

En estos casos la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* se asemeja a la teoría de la diferencia, consistente en la comparación del patrimonio de la víctima antes del hecho ilícito, y con posterioridad a este, estimando así el daño en base a la disminución del patrimonio. Decimos esto sin perjuicio de la imposibilidad de aplicar esta teoría en nuestro Derecho, ya que no se cumplirían los requisitos necesarios, sobre todo en lo que a la relación de causalidad respecta, situación sí contemplada en la regla aquí estudiada.<sup>55</sup>

Por otra parte, reforzando nuestra opinión, destacamos que tanto la pérdida de la chance de ayuda económica futura, como la evitación de gastos como causa de la muerte, son derechos subjetivos, ya que tanto los padres en la ancianidad, como los hijos en la minoridad los podrían haber exigido judicialmente, debido a que ambas obligaciones emanan de los artículos 265 y 266 del Código Civil. De modo que nos encontramos frente a derechos de similares características y tratamiento legal.

Agreguemos en este aspecto que la muerte del menor se encuentra en adecuada relación de causalidad con las erogaciones dejadas de realizar, ya que desde el

54. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2-B, p. 264.

55. Para profundizar esta cuestión ver MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, *op. cit.*

mismo momento del fallecimiento desaparecen los gastos que la existencia del niño demandaba, y es entonces que a partir de ese doloroso instante los padres *quedan liberados de la carga de su manutención*.<sup>56</sup>

Asimismo, tal como afirmaba Tale, las erogaciones dejadas de realizar por los padres a la época del hecho ilícito ya se estaban efectuando, pudiendo consecuentemente determinar de una manera más exacta cuál es su monto, mientras que en el caso de la pérdida de la chance, estamos hablando de probables beneficios a recibir, y en un futuro lejano, lo que nos impide tener la certeza absoluta tanto de su existencia, como de su contenido económico.

Resumiendo, mientras que las erogaciones dejadas de realizar son consecuencias cercanas temporalmente, la pérdida de la posibilidad de obtener los beneficios es más lejana, lo que genera indudablemente una menor certeza sobre su concreción.

### **Requisitos necesarios de las erogaciones dejadas de realizar para la aplicación de la compensatio lucri cum damno:**

Como primer aspecto, los gastos dejados de realizar, tal como expusimos en el capítulo I, deben provenir del mismo hecho, o sea deben ser causados por la muerte del menor. Bajo ningún punto de vista podrían computarse gastos que sean consecuencias de hechos distintos.

Asimismo, los gastos deben ser ciertos, no eventuales ni conjeturales. Por ejemplo, no podrían ser computados obsequios o donaciones que los progenitores tenían pensado entregarle al menor. Y solo podrían compensarse gastos cotidianos, que de acuerdo al estándar de vida familiar, se hubieran realizado en beneficio del menor hasta que este hubiera adquirido la mayoría de edad. Ya que pasado ese tiempo no estarían obligados a efectuar gasto alguno, salvo estado de necesidad, y en este caso no correspondería la compensación por la falta absoluta de certeza.

Con la finalidad de determinar qué gastos podrían ser computados, proponemos como regla que solo sean compensadas aquellas erogaciones provenientes de la obligación estipulada por el artículo 267 del Código Civil,<sup>57</sup> o sea la satisfacción de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad; y solamente por el término al que hace referencia el artículo 265 del mismo cuerpo, hasta la mayoría de edad.

56. Desde ya que es un hecho aberrante y que genera el más profundo de los dolores, pero también es una realidad.

57. Artículo 267 del Código Civil: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”.



Creemos que este marco legal le otorga mayor exactitud a la cuestión, y el legislador nos da una pauta concreta a la cual podemos recurrir para efectuar la pretendida compensación.

### **Elementos de valoración:**

Distintos elementos y circunstancias deben valorarse a fin de realizar la *compensación* de la manera más exacta posible.

#### *Edad del menor al momento del fallecimiento:*

El primero de los elementos a tener en cuenta es la edad del menor al momento del fallecimiento.

Mientras más cerca de la mayoría de edad se encuentre menores serán los gastos que podrán ser computados, y también mayores serán las posibilidades de que los padres, de no ser por el hecho ilícito, hubieran recibido la ayuda económica deseada.<sup>58</sup> Resultando más elevado el monto de la indemnización.

Asimismo, a mayor edad del hijo, superior será el aporte por él efectuado al hogar familiar, e inferiores los gastos realizados por los progenitores en su beneficio. Cuando hablamos de aporte por parte del hijo, no lo hacemos solamente en el sentido de ingresos económicos directos que podría generar un menor adulto, sino también a la ayuda en las tareas hogareñas, que de no ser por el socorro del menor se tendría que recurrir al auxilio de un tercero distinto a la familia, con la correspondiente carga de onerosidad.<sup>59</sup>

Por el contrario, a menor edad al momento del fallecimiento, mayores serán las erogaciones a realizar por los padres, más prolongadas en el tiempo, e inferior el aporte prestado por parte del hijo. También, como ya hemos anticipado, disminuyen las probabilidades de que el hijo pueda ayudar en un futuro económicamente a sus ascendientes. Todas estas circunstancias nos llevan a concluir que la indemnización

58. Así se decidió que: “*atendiendo a la escasa edad del fallecido, las erogaciones que hubieran tenido que afrontar los padres para criarlo hasta su madurez hubieran ascendido a una suma considerable -lo que ahora no deben afrontar- y como todavía falta mucho tiempo para que se concrete la eventual ayuda económica y, que también el hijo probablemente hubiera formado su propio hogar, estimo que es prudente la indemnización otorgada por el a quo en el presente rubro (conf. causa “Parra”, de este tribunal de fecha 23/6/1998)”* C. Civ. Com. y Garantías Penal Zárate-Campana, 13/03/2007, Benítez, Jerónimo y otro v. Clínica San Carlos S.A., Abeledo Perrot online - Lexis N° 70042342.

59. Pueden tratarse de tareas de limpieza, o mantenimiento del hogar familiar, que en caso de que no sean realizadas por el menor se tendría que recurrir a una empleada doméstica, o un plomero. También puede tratarse de simples mandados o diligencias, que insumirían tiempo de los adultos.

por la pérdida de la chance de ayuda económica futura en estos casos será reducida, o bien nula, ya que podría ocurrir que la valuación sea equivalente a cero.

### **Situación económica de la familia:**

Influirá considerablemente en el descuento de las erogaciones a realizarse, la situación económica de la familia al momento de deceso del infante.

Lo expresado tiene su fundamento en distintas razones, a saber:

Como primer aspecto, destacamos que si se trata del fallecimiento de un menor proveniente de una familia cuyos ingresos materiales son holgados, resulta lógico suponer que su costo de vida es mayor, y naturalmente más elevados los desembolsos efectuados en beneficio del menor, resultando así que los *lucros a compensarse* sean superiores.

Un menor que proviene de una familia de ingresos altos, habitualmente realiza actividades mucho más costosas que las de un niño de una familia de clase baja u obrera. Asimismo, es posible que la persona que mejor se encuentra de fortuna asista a establecimientos educativos privados, se encuentre beneficiado con un sistema de medicina prepaga, entre otras cosas, que obviamente generan un gasto cotidiano superior al de un infante que asiste a una escuela y hospitales públicos.

También en estos casos suele ser más reducida la ayuda económica que en un futuro debiera prestar el menor, debido a que generalmente las familias de elevados ingresos pueden generar ahorros suficientes para lograr un porvenir más seguro en términos económicos, y así poder solventarse sin la ayuda de los descendientes.

Todo esto genera como resultado que el monto de la indemnización por pérdida de la chance de ayuda económica futura sea inferior. Ello no solamente en razón de los mayores gastos que deben solventar los adultos durante la niñez, sino también debido a la probabilidad de que reciban una ayuda económica inferior en el futuro, el juego de estas circunstancias genera como consecuencia una indemnización considerablemente menor.

Por el contrario, cuando se trata de menores provenientes de familias de escasos recursos la indemnización por pérdida de la chance debe ser mayor, ya que en primer lugar los padres generalmente realizan menores erogaciones en la crianza, educación, alimentación y salud del menor, entre otras cosas, ya que muchas de estos gastos corren en algunas ocasiones por cuenta del Estado (educación, salud pública, y esparcimiento).

Como segundo aspecto, se debe considerar que en las familias humildes, desde pequeños los niños ayudan a sus ascendientes, es más en muchas ocasiones salen a trabajar junto a los padres, y en otras realizan tareas en el hogar.

Por estas razones, los gastos realizados en su beneficio son inferiores.

Asimismo, también resultará mayor el aporte económico que en un futuro hubiera podido hacer el hijo en ayuda de sus padres. En este sentido existe coincidencia

a nivel jurisprudencial, así se resolvió que: “*También la sala ha entendido que corresponde admitir el resarcimiento por el daño material consistente en la pérdida de la asistencia económica de la víctima a sus progenitores para lo cual debe tenerse en cuenta la frustración de la ayuda en su vejez, de indudable gravitación en familias de escasos recursos...*”.<sup>60</sup>

Y no solamente pueden ser mayores los aportes, sino también que pueden ser más tempranos en el tiempo, en este sentido se decidió que “*Precisamente ante la escasez de recursos, tales situaciones llevan ordinariamente a que la contribución de los hijos en el mantenimiento del hogar aparezca más tempranamente, porque se ven obligados antes a trabajar a fin de alcanzar ingresos mínimos para la subsistencia del grupo familiar, y colaborar así con los progenitores (CNCiv., sala C, abril 24/1997, “Morra de Lujan, Sandra Mabel y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros s/daños y perjuicios”)*”.<sup>61</sup>

## Reglas procesales:

### *Aplicación de oficio o a pedido de parte.*

En el primer capítulo explicábamos que la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* debía ser dispuesta por el juez, siempre y cuando medie pedido de parte. Resulta incorrecta su aplicación de oficio, ya que dentro de la teoría general del Derecho de daños la regla se encuentra ubicada en el capítulo de la valuación del daño, y no dentro de sus requisitos.

No caben dudas de que si la cuestión estuviese dentro de los requisitos del daño, los magistrados deberían aplicar la regla de oficio,<sup>62</sup> ya que el juzgador

60. CNCiv., sala C, marzo 22/1990, ED, 25/07/90, fallo 42.521; id. sala C, noviembre 2/1993, “Millicay Josefá Mercedes c. Leotta Alfredo Osvaldo y otro s/daños y perjuicios”, L. 133.126. En este mismo sentido se falló que “*La menor edad del fallecido no permite excluir la posibilidad de otorgar una indemnización a sus padres, pues es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del C. Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde*”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/04/1999, Villalba, Julio Martín y otra c. Provincia de Santiago del Estero y otro, La Ley Online; Fallos Corte: 322:621.

61. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 14/03/2003, R., R. O. y otro c. N., R. L. y otro, La Ley 2003-D, 831.

62. Así se expuso que: “*Dado que está implícita en el concepto mismo de daño la necesaria deducción del beneficio cuando este ha resultado del mismo hecho que ha causado aquél, entonces los jueces deben hacer dicha resta de oficio*”. TALE, Camilo, *op. cit.*, p. 303. También Fischer concluye “*Más aún: como el 287 Cód. Proc. Civ. deja a las partes el cuidado de probar los daños producidos, el juez –si así*

tiene el deber de verificar y determinar si el daño cuenta con todas las condiciones necesarias para ser indemnizado. Mas la situación toma un giro copernicano si cambiamos su ubicación, colocándola en el capítulo correspondiente a la valuación del daño, ya que en este caso el juez podrá valorar el perjuicio en base a las peticiones y argumentos de las partes, y los elementos de prueba aportados, limitándose a ellos, evitando así violar el principio de congruencia.

Por otra parte, si admitiéramos la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* de oficio, se estaría colocando en una mejor condición al deudor, ya que por un lado se exige que la víctima realice el reclamo de cada uno de los daños por los que desea ser resarcido, debido a que jamás un magistrado ordenaría la reparación de un daño no pedido. Ergo, si se permite el descuento de un beneficio recibido por la víctima, sin la debida imputación por parte del responsable del hecho ilícito, este último estaría aventajando a su contrario, ya que sin su intervención se disminuiría el monto de condena por el cual debiera responder.

*Modo de oponer y probar los gastos dejados de realizar por los progenitores:*

Creemos que el modo correcto de requerir la computación de los beneficios, es oponer la compensación del lucro con el daño como defensa de fondo en la contestación de demanda, más precisamente inserta dentro de la impugnación de la liquidación de daños reclamados por la víctima, tratando de precisar con la mayor exactitud posible qué gastos dejados de realizar deben ser los compensados, y procurando acreditar que dichos *lucros* se encuentran en relación causal adecuada con el hecho ilícito.

Claro está que ante la dificultad de obtención de pruebas concretas el Juez podrá recurrir a las facultades otorgadas por los Códigos Procesales, para determinar el monto de los *lucros* obtenidos por las víctimas. Sin embargo el demandado deberá aportar todos los medios probatorios que se encuentren a su alcance.

En cuanto a este último aspecto, mucha de la prueba podrá ser obtenida del beneficio de litigar sin gastos si lo hubiere, extrayendo de allí situación económica familiar, y así deducir de los ingresos, las erogaciones realizadas en provecho del menor fallecido.

Cuando no se haya iniciado beneficio de litigar sin gastos junto con la demanda, habrá que requerir como documentación en poder de la contraria los recibos de haberes de los padres, o bien solicitar pruebas periciales dirigidas a determinar los ingresos familiares.

---

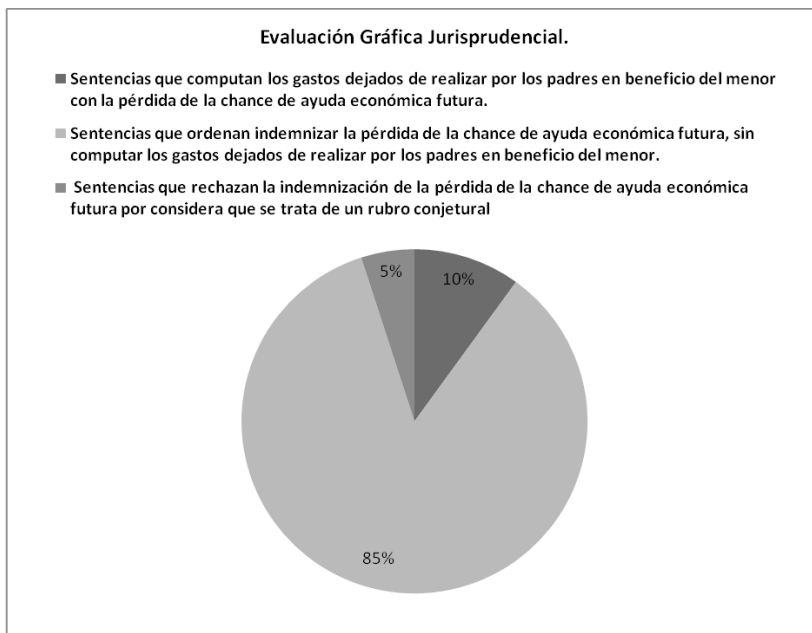
lo exigen las circunstancias del caso concreto— deberá indagar de oficio la existencia y cuantía de los lucra”. FISCHER, Hans, *op. cit.*, p. 192.

También se podrá aportar como prueba pedidos de informes a organismos oficiales buscando acreditar el estado patrimonial de los demandantes y toda la prueba tendiente a conocer su situación económico-patrimonial.

### **Análisis de jurisprudencia:**

Del análisis de un total de 40 fallos dictados en materia de indemnizaciones otorgadas en favor de los padres por pérdida de la chance de ayuda económica futura del hijo menor fallecido, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Solo el 10% de las sentencias compulsadas reconoce la posibilidad de compensación entre los gastos dejados de efectuar por los padres y el daño generado por la pérdida de la chance. Un 5% rechaza el rubro de pérdida de la chance por razones distintas a las aquí estudiadas, y el 85% restante otorga el daño por pérdida de la chance de ayuda económica futura sin computar los gastos dejados de realizar por los padres.



En la inmensa mayoría de los precedentes jurisprudenciales no se dispuso la aplicación de la *compensatio lucri cum damno*. De ello se desprende que abogamos

por una interpretación considerablemente minoritaria a nivel jurisprudencial. Independientemente del análisis individual de sentencias que consideramos de mayor relevancia, adelantamos que en las conclusiones exponaremos los motivos por los cuales creemos que nuestra posición es minoritaria.

#### CONCLUSIONES:

Hemos intentado a lo largo de este trabajo demostrar que a la indemnización por pérdida de la chance de ayuda económica futura debe descontarse los gastos ahorrados por los padres como consecuencia de la muerte del hijo. Para ello partimos del estudio general de la compensación de beneficios, donde analizamos su historia, concepto, elementos que la componen, fundamento, características, los intentos legislativos y finalizando el primer capítulo comprobamos la vigencia de la regla pese a la inclusión del daño punitivo.

De la primera parte del trabajo destacamos:

- La ubicación en la que colocamos a la compensación del daño con el lucro en la teoría general del Derecho de daños, y las variantes generadas a partir de esa ubicación.
- En efecto, si la regla es tratada dentro de los requisitos del daño, los jueces podrían aplicarla de oficio, sin importar la petición realizada por la parte. En cambio, al situar la cuestión dentro de la valuación del daño, esa posibilidad se desvanece, siendo entonces necesario que medie pedido de parte.
- Consideramos atinadas las conclusiones arribadas en cuanto a la no modificación de la regla con la inclusión del daño punitivo en la legislación patria. Incluimos en este sentido la posición tomada respecto de la finalidad de la reparación civil y la imposibilidad de contemplar modificaciones en la compensación de beneficios en base a su finalidad únicamente resarcitoria.
- También, y coincidiendo con la doctrina mayoritaria, concluimos que el fundamento de la *compensatio lucri cum damno*, es el principio de la reparación integral. Las consecuencias que de ello se derivan, entre ellas la falta de necesidad de otorgarle un tratamiento legislativo expreso.
- En base fundamentalmente a este último punto, nos planteamos la posibilidad de aplicar la regla sobre la indemnización de la pérdida de la chance tratada, y a esa empresa destinamos el segundo capítulo de la investigación, cuyas conclusiones a continuación serán expuestas.

Con la anuncia del lector, reiteramos que las cuestiones tratadas en el segundo capítulo resultan delicadísimas. No hace falta realizar una investigación para

concluir que la muerte de un hijo menor de edad es el hecho más grave que una persona puede sufrir. Por ello constantemente repetimos que trabajaríamos solamente sobre el daño patrimonial que ese deceso genera, porque no caben dudas que el dolor por la muerte de un hijo es inconsolable, y como tal no sería susceptible de compensación alguna.

Teniendo en cuenta entonces que trabajamos sobre un daño patrimonial, jamás podría ser tratado como un complemento del daño moral, fundamentalmente porque para ello existen las reparaciones específicamente extrapatrimoniales.

En base a ese aspecto, y en consideración de que el principio de la reparación integral manda colocar al damnificado en la misma situación a la que se encontraba con anterioridad al hecho ilícito, comenzamos a plantearnos la posibilidad de descontar del daño sufrido las erogaciones dejadas de realizar en beneficio del menor como consecuencia de su muerte.

Por ello, definimos qué gastos ahorrados podían ser computados, y propusimos como regla la aplicación de los artículos 265 y 267 del Código Civil Argentino, siempre basándonos en que debe haber certeza sobre la existencia del gasto que se propone descontar, el que además debe ser serio, normal y habitual.

A lo largo de toda la investigación no encontramos objeciones serias en contra de realizar el referido descuento de los gastos, siempre fundándolo en el principio de la reparación integral.

Cuando se efectúa la valuación del daño sin confrontar los perjuicios (pérdida de la chance) con los beneficios (erogaciones dejadas de efectuar), se genera un enriquecimiento sin causa en favor de las víctimas, ya que su situación patrimonial es modificada favorablemente como consecuencia del hecho ilícito. Nuevamente reiteramos que este descuento debe ser solicitado por las partes.

En este aspecto el principio de la reparación integral nos otorga el fundamento adecuado, resarcir el daño sufrido colocando a la víctima en la misma situación a la que se encontraba con anterioridad al hecho, o sea no empobrecerla, pero tampoco enriquecerla.

También nos planteábamos los motivos por los cuales la compensación propuesta no se veía reflejada mayoritariamente en la jurisprudencia, ya que solo el 10% de los fallos analizados contemplaba esta posibilidad. Creemos que esta situación es producto de la falta de planteo de la defensa aquí estudiada por parte de los operadores jurídicos, lo que refuerza el fundamento de que la *compensatio lucri cum damno* debe ser planteada por las partes.

En rarísimas ocasiones, se oponen este tipo de defensa en las contestaciones de demanda, este motivo es una de las causales por las cuales los Tribunales no ordenan el descuento. Y en cierta forma coincide con nuestra posición en cuanto a que la regla de la *compensatio lucri cum damno* no podría ser aplicada de oficio.

Aclaremos, que consideramos que la pérdida de la chance de ayuda económica futura como daño patrimonial es indemnizable, pero creemos que al momento

de realizar la valuación deben contemplarse los gastos dejados de realizar, a fin de arribar al monto real del perjuicio económico sufrido, y así dar cumplimiento al principio de la reparación integral.

Por último, cabe que agreguemos nuestro completo desacuerdo con los montos otorgados en concepto de daño moral por la muerte de un hijo. En la gran mayoría de los precedentes judiciales aquí estudiados estas soluciones se repitieron, las indemnizaciones otorgadas por tal concepto resultan reducidas.

Así, como consideramos que al momento de valuar la pérdida de la chance de ayuda económica futura debe descontarse los gastos dejados de realizar por los padres, creemos necesario que las indemnizaciones por daño moral por la muerte de hijos menores de edad sean más elevadas.

Finalmente, en base a todos los fundamentos expuestos consideramos demostrada nuestra hipótesis de trabajo planteada inicialmente.

#### BIBLIOGRAFÍA:

##### **Técnica:**

ECO, Umberto, *Come si fu una tesi di laurea*, Tascabili Bompiani, 1977 (Versión castellana de BARANDA, Lucía y CLAVERÍA IBÁÑEZ, Alberto, Edición 22, Barcelona, España, Editorial Gedisa S.A., 1998).

PÉREZ ÁLVAREZ, Sergio, “*Metodología para la elaboración de monografías y tesis*”, SF, Buenos Aires, EUDABA – CEA.

##### **Temática:**

##### **Obras consultadas:**

AGUILAR, Enoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1990.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997. Lexis N° 1123/002124.

DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª Edición Italiana y estudio preliminar por MARTÍNEZ SARRION, Barcelona, Ángel, Bosch Casa Editoria S.A., 1975.



- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 1999.
- FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B. Vol. V, Traducido por W. Roses, 1928.
- JUSTINIANO, *Cuerpo Del derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino. S.I., Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra. Barcelona, Jaime Molinas Editor, Consejo de Ciento, N° 287, 1889.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, Lexis N° 7004/002162.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 02-06-1998.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni S.C.C. Editores, 16-05-1986, Segunda Edición Actualizada.
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, S.d., 1992.
- SPINOZA, Baruch, *Tractatus Theologico - Politicus*, s.l., s.f. (Traducción: GALVAN, Enrique Tierno, *Tratado Teológico* - Editorial Tecnos S.A., 1966, p. 64)
- ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 10/1987.
- ZAVALA DE GÓNZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

### Artículos consultados:

- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Sobre algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad”, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI*, 1501, Buenos Aires, La Ley 1999-D, 1059.
- ALTERINI, Jorge Horacio, “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, Academia Nacional De Derecho, 2008 (octubre), La Ley 29/07/2009, 1.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley 1994-B, 860, t. III, p. 267.
- CASEAUX, Pedro Néstor, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de Chance”, en AA. VV., *Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Plata, Platense, 1981, p. 23ss., N° 10.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El daño resarcible y la pérdida de la chance”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2004-I-217. Comentario a Fallo.

- CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, “Seguro. Resarcimiento por hurto del automotor e inejecución contractual sobreviviente”, Buenos Aires, 1997, La Ley 1997-C, 209. Comentario a fallo.
- GALDÓS, Jorge Mario, “Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2005-3, Determinación judicial del daño - II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 28/02/2006.
- GUARNIERI, Ruth. H., “Algunas consideraciones sobre la cuantificación del daño”, La Plata, UNLP, 2008-38, 39.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, Vol.: 2002, pp. 181-196.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo”, Buenos Aires, La Ley, 1979-C, p. 852.
- LOVECE, Graciela, “La pérdida de chance confrontada con la relación adecuada de causalidad”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 27/06/2008.
- MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, “La “compensatio lucri cum damno”: la denominada teoría del descuento”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 10-JUL-06, Vol. 2005, pp. 149-160
- MÜLLER, Enrique, “La frustración de la chance de ayuda económica promovida por los padres ante la muerte de un hijo, personas por nacer, menor impúber, menor adulto” en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 27/06/2008.
- PÉREZ, Alicia Bibiana, “Daño Resarcible por la vida del “naciturus”, Buenos Aires, La Ley, 1994-B-368, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales*, t. II, p. 1199.
- PIEDECASAS, Miguel A., “La pérdida de chance en la CSJN”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 27/06/2008.
- PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados “daños punitivos””, Buenos Aires, 2007, La Ley 2007-f, p. 1154.
- “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Buenos Aires, 2008, La Ley, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123.
- TALE, Camilo, “La regla “compensatio damni cum lucro” en la responsabilidad civil, otros supuestos de daño no subsistente (total o parcialmente) y los casos de reparación con saldo beneficioso para la víctima”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-2, Eximentes de responsabilidad - II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 19/09/2006.
- TAVANO, María Josefina, “La indemnización del daño material y moral cuando se trata de la vida de un menor”, Buenos Aires, Doctrina Judicial, 15/11/2006, 787. Comentario a fallo.

- TRIGO REPRESAS, Félix A., “La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 06/2008.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por la muerte de un hijo de pocos meses”, Buenos Aires, La Ley 1997-F, 914. Comentario a fallo.
- VICENTE DOMINGO, Elena, “La reparación integral y la compensación de lucros y daños”, en AA. VV., *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Coord. por LLAMAS POMBO, Eugenio, Vol. 2, España, La Ley Actualidad, 2006, pp. 931-939.
- VISINTINI, Giovanna, “Daño a la persona”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires 2005, 223, Buenos Aires, La Ley.
- ZANNONI, Eduardo A., “El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligro de daño futuro)”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2008-1, Chances, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 06/2008.
- ZAVALA GONZÁLEZ, Matilde, “Algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998. En materia de responsabilidad”, Buenos Aires, La Ley 1999-C, p. 877.

#### **Otras fuentes de información consultadas:**

La Ley Online, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

Abeledo Perrot Online, [www.abeledoperrot.com.ar](http://www.abeledoperrot.com.ar)

Microjuris, [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar)

Dialnet, Universidad de La Rioja, España, [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es)