

---

# LA PRIVACIÓN DE BIENES Y EL DAÑO MORAL

*Un aporte desde la Economía de la Conducta y Derecho*

## MATERIAL LOSSES AND MORAL DAMAGES

*A contribution from behavioral law and economics*

INÉS LABAT\*

### SUMARIO

¿Qué razones hay para otorgar una reparación por daño moral en casos de privación de bienes? La jurisprudencia y la doctrina han elaborado argumentos a favor de este otorgamiento principalmente a partir de la idea de reparación integral como finalidad de la responsabilidad civil.

En algunos ordenamientos la reparación del daño moral por pérdidas materiales ha sido recogida de forma expresa por el sistema jurídico. En otros la jurisprudencia, aún sin una norma específica que lo regule, ha otorgado estas indemnizaciones, fundamentando los fallos a partir de conceptos que aparecen insertos en normas que originalmente regulan otras situaciones o en principios generales.

De todas formas tanto la jurisprudencia como la doctrina avanzan con mucha cautela en esta materia, en ambos casos por temor a que una admisión generalizada del resarcimiento de perjuicios morales pueda crear más consecuencias negativas que positivas en el sistema jurídico.

Este trabajo busca agregar un elemento más en el análisis, proveniente de la corriente de estudios conocida como Economía de la Conducta y Derecho. La finalidad es mostrar un aporte desde una disciplina relativamente novedosa y no demasiado desarrollada en estas latitudes. Este aporte, si bien muy pequeño, sugiere la conveniencia de considerar los avances de otras disciplinas en la resolución de los problemas que se plantean al jurista.

### ABSTRACT

What are the reasons to provide compensation for moral damages in cases of deprivation of property? Jurisprudence and doctrine have argued in favor of this provision mainly from the idea of the full compensation aim of civil liability.

In some jurisdictions, moral damage repair for material losses has been provided expressly by the legal system. In other cases, even without a specific legal norm, this

---

\* Universidad de Buenos Aires – Abril 2016

form of compensation has been awarded basing judgments from concepts that appear in standards that originally regulate other situations, or in general principles.

However, both judges and jurists proceed very cautiously in this area, both for a fear that widespread acceptance of compensation for moral damages can create more negative than positive consequences in the legal system.

This paper seeks to add one element in the analysis, from the theory known as Behavioral Law and Economics. The purpose is to show a contribution from a relatively new discipline that is not widespread in this latitudes. This contribution, although very small, suggests the desirability of considering the progress of other disciplines in solving the problems that arise to the jurist.

*Palabras clave:* Privación de bienes, daño moral, Economía de la Conducta y Derecho

*Keywords:* Material losses, moral damages, Behavioral Law and Economics.

## INTRODUCCIÓN

*“No hace muchos años se luchaba por el reconocimiento del daño moral como tal; ahora, obtenida la conquista, terminado el alimento del ideal lejano y la indulgencia de la lucha, ha llegado el tiempo de construir. Es la hora del diseño, del rigor, de la delimitación”.<sup>1</sup>*

El objetivo del presente trabajo es proponer un elemento adicional a los actualmente utilizados para determinar la pertinencia de las indemnizaciones por daño moral derivadas de la pérdida de bienes materiales. Este elemento deriva de estudios empíricos realizados en una disciplina distinta a la legal, la Economía de la Conducta y Derecho (Behavioral Law and Economics es su nombre en inglés), que estudia el comportamiento esperado de los individuos en distintos escenarios. Algunos de los resultados obtenidos en esta disciplina tienen trascendencia en la toma de decisiones jurisprudenciales, como ocurre en este caso.

Iniciaré el análisis a partir del marco teórico jurídico que aborda el tema del daño moral, reseñando sus principales controversias en la doctrina y en la jurisprudencia, a fin de delimitar las definiciones y los presupuestos sobre los que se basará el desarrollo posterior de este trabajo.

A continuación describiré brevemente los principales lineamientos de la Economía de la Conducta y Derecho, crítica del Análisis Económico del Derecho, la que observa las desviaciones en el comportamiento esperado de los individuos con respecto a un modelo de racionalidad tradicional propuesto por esta última. Referiré especialmente a uno de los sesgos del comportamiento humano que se ha encontrado con regularidad en distintos experimentos, conocido como “efecto dotación” o “*endowment effect*”: los individuos valoran más los objetos que poseen y son renuentes a desprenderse de ellos, incluso aunque no los hubieran deseado particularmente antes de poseerlos.

<sup>1</sup> Lorenzetti, Ricardo L. “Daño moral contractual derivado de la privación de bienes”, LA LEY Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo 1, 1998, pg. 389.

Posteriormente reseñaré los resultados de una exploración de la base de jurisprudencia del Poder Judicial de Uruguay de los últimos nueve años. Describiré las características salientes de las sentencias que resuelven pretensiones indemnizatorias de este tipo, a fin de evaluar el estado de situación del problema a nivel jurisdiccional uruguayo. En particular estudiaré dos sentencias, una de la Suprema Corte de Justicia y otra de un Tribunal de Apelaciones en lo Civil, que toman el concepto de “valor de afección” como uno de los factores determinantes de la indemnización por daño moral derivado de la pérdida de bienes.

En Uruguay, la referencia expresa de la Ley al “valor de afección” de ciertos objetos ha sido tomada en cuenta por la dogmática, aunque con mucha cautela, como un argumento a favor de que no sólo las pérdidas materiales son relevantes en el cálculo de las indemnizaciones que pueden otorgarse por la pérdida o daño de bienes materiales, si la finalidad del sistema es proporcionar una reparación integral.

A su vez analizaré otros elementos que surgen en esas sentencias, relativos a condiciones intrínsecas de los bienes dañados, y que están directamente relacionados con las ideas propuestas por la Economía de la Conducta y Derecho.

Finalmente intentaré fundamentar por qué razones sería conveniente incorporar en la evaluación de los elementos determinantes de las reparaciones de daño moral por pérdida de bienes, algunos criterios más objetivos que los utilizados actualmente por la jurisprudencia.

## 1. EL DAÑO MORAL

En este capítulo se expondrán las nociones básicas relativas al daño moral manejadas por la teoría jurídica. El concepto de daño moral no está libre de controversias, así como tampoco lo está la prueba requerida para demostrar su ocurrencia, la cuantificación de la indemnización, la conveniencia de su reparación en los casos de pérdidas exclusivamente materiales, entre otras cuestiones.

La posibilidad de reparar un daño moral derivado de la pérdida o deterioro de bienes depende de la posición que se adopte sobre estos asuntos. No es el objetivo del trabajo profundizar el estudio de las virtudes o deficiencias de cada posición, sino únicamente analizar ese tipo de reparación en sede de responsabilidad civil.

Por lo tanto no se hará un análisis de su conveniencia sino que su existencia en el actual panorama jurídico se tomará como un dato de la realidad. Esta existencia, como se verá en los siguientes numerales, es consecuencia de observar en primer lugar cuáles son las posiciones mayoritarias en doctrina acerca de dos cuestiones cardinales: el concepto de daño extra-patrimonial y los fundamentos de la responsabilidad civil. En segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia uruguaya mostrará la aceptación de estas indemnizaciones en el ámbito judicial.

### 1.1 Diferencia entre el concepto de daño patrimonial y el de daño extra-patrimonial o moral

La primera controversia notoria entre los distintos autores que se ocupan del tema es la relativa a cuándo estamos frente a un daño patrimonial y cuándo frente a uno extra-patrimonial.

Para parte de la doctrina, hoy minoritaria, la calificación del daño como patrimonial o extra-patrimonial depende directamente de la naturaleza del objeto o bien dañado. Si el bien es un objeto material el daño será patrimonial. Cuando el bien es extra-patrimonial (como el honor, la integridad física, la salud), el daño será moral.

Contra esta concepción se ha manifestado la que actualmente es doctrina mayoritaria. Ésta sostiene que se deben tener en cuenta los efectos o consecuencias del hecho lesivo; si estas recaen sobre el patrimonio de una persona estaremos frente a un daño patrimonial, si no, hablamos de daño moral.

Esto es, independientemente de que se haya lesionado un bien material o un derecho de la personalidad, para determinar si estamos ante un daño patrimonial o moral habrá de observarse dónde recaen las consecuencias de esa lesión.

Así entonces es aceptado, por ejemplo, que frente a lesiones corporales concurren indemnizaciones de carácter patrimonial, por gastos médicos o lucro cesante, y también de carácter moral, por las consecuencias emocionales de esas lesiones.

Del mismo modo se reconoce que frente a un daño al honor puede corresponder indemnizar las consecuencias emocionales que sufra la persona afectada, pero también las materiales que puedan concurrir. También se admite cada vez más la posibilidad de indemnizar a la víctima por pérdida de bienes materiales, no solamente en cuanto a su valor de reposición, los que serían daños patrimoniales, sino por las consecuencias emocionales de esa pérdida, los daños morales.

Esto es, con independencia de que el detrimento ocurra sobre bienes jurídicos patrimoniales o extra-patrimoniales, el daño reparable podrá ser tanto material como moral, e incluso pueden corresponder ambos simultáneamente.

Por otra parte, tradicionalmente se ha identificado el daño moral con el sufrimiento o dolor que padece la víctima. Actualmente las hipótesis de daño moral se han ampliado. Diversos autores como Gamarra<sup>2</sup>, Mariño<sup>3</sup>, Zannoni<sup>4</sup>, Zavala<sup>5</sup>, entienden que todo daño no patrimonial es indemnizable, sin requerir el dolor o sufrimiento.

2 Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

3 Mariño López, Andrés, "La exigencia jurisprudencial de una entidad mínima para la resarcibilidad del daño moral", Revista Crítica de Derecho Privado No. 6, 2009, pp. 531-552

4 Zannoni, Eduardo A, "Acercas de la actividad dañosa y el daño moral", La Ley, 2014, pp. 863

5 Zavala de González, Matilde, "Daño moral por lesión de bienes patrimoniales", La Ley, 2014, 341

De este modo quedan amparadas situaciones que con el enfoque clásico eran descartadas, por ejemplo los daños ocurridos a sujetos que pueden no tener consciencia del dolor (víctimas en estado de coma, alienados, menores de muy corta edad).

También se encuentra en esta posición De Cupis<sup>6</sup>, quien sostiene:

El daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial. (...) Verdaderamente al distinguir el daño privado en patrimonial y no patrimonial, su esfera de actuación se divide en dos zonas que cubren, en su conjunto, el íntegro ámbito del daño privado; y los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre. Por consiguiente, si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa, no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirlos de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo, en el de los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa.

*El primer punto del que se parte entonces es una concepción amplia de daño moral o extra-patrimonial como todo aquel que no es patrimonial.*

### **1.2 Justificación: reparación integral**

No es posible profundizar tampoco aquí en la evolución ocurrida en sede de responsabilidad civil con respecto a sus fundamentos, pero es preciso señalar que esa evolución ha derivado en un proceso de gradual expansión de las situaciones que merecen una reparación.

A grandes rasgos, se ha transitado desde concepciones que entendían que la finalidad de la responsabilidad civil era punitiva o sancionatoria y por lo tanto tenía un corte subjetivo, requiriendo la culpa del infractor, hacia concepciones que colocan a la víctima en el centro de análisis y por tanto lo que pretenden es su reparación integral, procurando colocarla en lo posible en la misma situación en la que se encontraba antes de que ocurriera el daño. Se incorporan así gradualmente hipótesis de responsabilidad objetiva, o daños que antes no se consideraban reparables como el extra-patrimonial o moral.

*En segundo término entonces aceptaremos como finalidad de la responsabilidad civil la reparación integral de la víctima.*

### **1.3 Cuantificación del daño moral**

Un aspecto que presenta muchas dificultades es cómo debe cuantificarse el daño moral. Históricamente uno de los argumentos que esgrimían quienes se negaban directamente a su reparación era éste: no es posible medir en dinero el dolor.

6 De Cupis, Adriano, "El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil", Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

Actualmente se entiende que si bien el dinero no es un equivalente en cantidad y calidad del bien perdido o lesionado, “sí es un medio apropiado para procurar el alivio del dolor injustamente provocado”.

La determinación de los montos indemnizatorios va a ser siempre tarea judicial. Algunos autores sugieren pautas que entienden deben seguir los jueces para determinar el monto de la indemnización. Un ejemplo conocido es el de Mosset Iturraspe<sup>7</sup>, quien propone diez reglas para determinar la cuantificación del daño moral:

1. No a la indemnización simbólica.
2. No al enriquecimiento injusto.
3. No a la tarificación con “piso” o “techo”
4. No a un porcentaje del daño patrimonial.
5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.
6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño.
7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.
8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.
9. Sí a los placeres compensatorios.
10. Sí a las sumas que pueden pagarse, dentro del contexto económico del país y del estándar general de vida. En general se entiende necesario mantener criterios jurisprudenciales similares para lesiones similares ya que es muy difícil, si no imposible, estimar con precisión la medida en que una lesión afecta a una persona en particular.

*En tercer lugar se puede afirmar que tanto doctrina como jurisprudencia entienden que existe una necesidad de armonizar las indemnizaciones para casos semejantes.*

#### **1.4 El daño moral por privación de bienes**

Como parte de la mencionada evolución desde concepciones de la responsabilidad civil que apuntaban a castigar al infractor hacia concepciones que tienen como objetivo la reparación integral de la víctima, se ha incluido dentro de las hipótesis que ameritan indemnización la del daño moral derivado de la privación o deterioro de bienes.

Para ello se habla de “valor de afección”, o “interés de afección”, como aquel que se agrega al valor económico de las cosas por su propietario, por motivos sentimentales o afectivos.

<sup>7</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas para la cuantificación del daño moral”, La Ley, 1994-A-728, 1994.

De Cupis por ejemplo<sup>8</sup>, confronta las posturas que consideran irrelevante el interés de afección del siguiente modo:

(...) no se puede negar que existan hipótesis (como las indicadas) en las que negar relevancia al interés de afección significaría desposeer de la tutela jurídica a un interés humano apreciable y digno de respeto. Si un bien patrimonial, aparte de la utilidad económica que intrínsecamente proporcione, constituye la fuente, para una específica persona de profundas satisfacciones morales, ligadas a un recuerdo sentimental, al prestigio de unas tradiciones, a la calma y serenidad del espíritu, no se alcanza el por qué tales valores deban quedar extraños a la consideración del derecho.

De todas formas, incluso los autores que aceptan la pertinencia de estas indemnizaciones, advierten sobre los riesgos de otorgarlas sin restricciones o límites reducidos y precisos.

Un caso es el de Gamarra<sup>9</sup>, quien sostiene que se debe adoptar un criterio restrictivo dado que el valor de afección, que en la normativa uruguaya tiene su origen en el proyecto de Código Civil español como se verá más adelante, es “siempre excepcional”. A su vez advierte sobre la necesidad de evitar consecuencias excesivas que puedan afectar la función de la responsabilidad civil.

Lorenzetti<sup>10</sup> también reconoce que el sistema jurídico tiene límites y no es posible atender todas las situaciones que se presentan en la vida diaria. Dentro de los límites que señala se encuentra el de los sufrimientos pequeños, los derivados del proyecto social que encarna el sistema jurídico, o de la necesidad de los actores sociales de poder estimar de antemano el alcance de su responsabilidad al desarrollar una actividad económica.

*En cuarto lugar se acepta la posibilidad de reparar el daño moral derivado de pérdidas materiales, pero siendo prudentes en su determinación.*

Vemos entonces que el daño moral ha logrado una aceptación cada vez más amplia tanto en doctrina como en jurisprudencia, aumentando tanto las situaciones que reciben reparación como los requisitos exigidos para su concesión.

A partir de lo expuesto y a fin de analizar el tema que nos ocupa dentro de un sistema particular, revisaré a continuación el estado de situación en el derecho uruguayo.

## **2. EL DAÑO MORAL POR PRIVACIÓN DE BIENES EN EL DERECHO URUGUAYO. EL VALOR DE AFECCIÓN**

En este apartado se analizará el concepto referido anteriormente de “valor de afección”. El artículo 1611 del Código Civil Uruguayo remite a él, considerándolo un interés que merece tutela:

Art. 1611. En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, o cuasi-

8 Op. Cit. pg. 344

9 Op. Cit. pg. 54

10 Op. Cit. pg. 389

delito o dolo, puede el Juez deferir el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes: 1º) El delito, cuasidelito o dolo han de resultar debidamente probados. 2º) La duda del Juez ha de recaer sobre el número o valor real y de afección de las cosas o sobre el importe de los daños o perjuicios. 3º) El Juez no estará obligado a pasar por la declaración jurada del demandante sino que podrá moderarla según su prudente arbitrio.

Partiendo de esta inclusión del concepto de valor de afección, la doctrina y la jurisprudencia uruguayas han admitido la reparación en concepto de daño moral como consecuencia de la destrucción o deterioro de un bien patrimonial.

Ya a principios del siglo XX Amézaga<sup>11</sup> estudió el origen de esta norma, y encontró la referencia del redactor del Código Civil uruguayo Tristán Narvaja a un antecedente en los comentarios de García Goyena al Código Civil español. Este último incluía *el valor de afección del demandante* en su Proyecto y si bien en el texto definitivo español quedó eliminado, la Comisión le encargó que explicase su significado en los comentarios. Dice entonces García Goyena que sería injusto que el dueño fuese privado de la cosa no pudiendo recuperar más que su precio natural, cuando “no la habrá vendido sino en mucho mayor precio por la afección que le tenía”.

Los ejemplos más claros de objetos que normalmente tienen un valor mayor para su dueño que para otras personas son las fotografías familiares, correspondencia, documentos que se conservan como recuerdo, etc. Estos casos son más evidentes que otros porque su valor real normalmente es muy pequeño, mientras que el valor afectivo es innegable.

Pero también puede ocurrir que una persona posea bienes con un valor real de mercado y que por lo tanto en principio sea posible su reposición material, pero que por distintas razones sean igualmente insustituibles para su dueño. Un caso podría ser el de alhajas heredadas por generaciones, u objetos que fueron regalados por alguna persona querida y que ya no está.

Muchos otros doctrinos uruguayos aceptan la pertinencia de esta indemnización en la actualidad, aunque como se vio antes simultáneamente advierten que se debe ser muy prudente a fin de evitar consecuencias excesivas.

Como se mostrará en el Capítulo VI, la jurisprudencia uruguaya también la incluye dentro de las hipótesis resarcitorias, en una proporción nada menor (48% de las pretensiones que surgen de la base de jurisprudencia del Poder Judicial en el período 2006-2015 obtuvieron una sentencia favorable).

### 3. ECONOMÍA DE LA CONDUCTA Y DERECHO

A continuación se mencionarán las ideas básicas de la Economía de la Conducta y Derecho, a fin de mostrar luego la relación entre uno de los sesgos de la conducta humana

11 Amézaga, Juan José, “La culpa aquiliana”, en Lecciones del curso del Derecho Civil, Editorial Monteverde, Montevideo, 1914.



que han encontrado en diversos experimentos y algunos de los fundamentos que se han detectado en el análisis jurisprudencial que se presenta en el Capítulo VI.

Como ya es conocido, el Análisis Económico del Derecho estudia los efectos de las normas en el comportamiento de los individuos. Una fuerte crítica que se ha realizado a esta disciplina en su enfoque positivo o descriptivo, tiene que ver con el modelo de racionalidad que toma como base para realizar sus predicciones.

La racionalidad implica que los individuos se comportan con el fin de maximizar su utilidad esperada. Esto es, un individuo que tiene un objetivo determinado busca obtenerlo utilizando, dentro de los medios que tiene a su alcance, aquel que signifique el margen mayor de beneficio sobre su costo.

Este modelo de racionalidad ha sido criticado por la corriente de Economía de la Conducta y Derecho (“Behavioral Law and Economics”), que estudia las desviaciones en el comportamiento esperado de los individuos, respecto a la predicción que se obtiene asumiendo que son racionales. Esta corriente sostiene que el individuo no es siempre racional sino que su comportamiento presenta determinados sesgos predecibles.

La ECD toma resultados de estudios realizados en la psicología y los incorpora en el análisis. En estos estudios se muestra que el modelo tradicional de racionalidad podría reflejar una imagen no realista del comportamiento humano. La ECD pretende luego mejorar el poder predictivo de Análisis Económico del Derecho partiendo de ideas más acordes con la realidad<sup>12</sup>.

A través de multitud de experimentos se han relevado distintas formas en que los individuos se alejan del modelo de racionalidad, las que aparecen como constantes en el comportamiento humano. Esto es, las desviaciones no son al azar o arbitrarias, sino que son sistemáticas y por lo tanto permiten elaborar predicciones y prescripciones sólidas para el derecho<sup>13</sup>.

Así, se habla de que los individuos tienen racionalidad limitada, fuerza de voluntad limitada e interés propio limitados. Cada uno de estos límites significa un apartamiento del modelo de racionalidad de las personas.

La racionalidad limitada significa que los individuos no tienen capacidad cognitiva infinita, sino que tienen habilidades de cálculo limitadas y memoria deficiente. Si bien responden racionalmente a estas limitaciones, por ejemplo haciendo listas para lidiar con los problemas de memoria, o usando atajos mentales o reglas empíricas para lidiar con las limitaciones de la capacidad de procesamiento mental, su comportamiento igual difiere en forma sistemática con el previsto por el modelo económico estándar<sup>14</sup>.

12 Jolls, Christine, “Behavioral Law and Economics”, NBER Working Paper 12897, 2007, <http://www.nber.org/papers/w12879>

13 Jolls, Christine; Sunstein, Cass R.; and Thaler, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Faculty Scholarship Series*. Paper 1765, 1998, pg. 1475  
[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1765](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765)

14 Jolls et al, op. cit. pg. 1477.

Del mismo modo, la fuerza de voluntad limitada refiere a que los seres humanos muchas veces actúan de una forma que saben que entra en conflicto con sus intereses a largo plazo. La mayoría de los fumadores dice que preferiría no fumar, e incluso pagan por programas que los ayuden a dejar. Muchas personas evitan tener postres en su casa cuando quieren hacer dieta, o apoyan políticas gubernamentales de seguridad social para eliminar las tentaciones de gastar ahora en lugar de ahorrar para más adelante<sup>15</sup>.

Finalmente, cuando estos autores hablan de interés propio limitado, refieren a que las personas se preocupan, o actúan como si se preocuparan, por otros individuos, incluso extraños, en algunas circunstancias. Esto implica que a las personas les gusta que las traten con justicia y están dispuestos a tratar justamente a otros si esos otros están a su vez comportándose correctamente. Como resultado de esto, los agentes en el modelo de la economía conductual son más buenos de lo que predice la teoría tradicional, pero también más malos con aquellos que no se comportan con rectitud<sup>16</sup>.

#### 4. EL EFECTO DOTACIÓN

Uno de los sesgos del comportamiento humano que se ha encontrado con regularidad en distintos experimentos es el conocido como “efecto dotación” (“*endowment effect*”): los individuos valoran más los objetos que poseen y son renuentes a desprenderse de ellos, incluso aunque no los hubieran deseado particularmente antes de poseerlos. El efecto dotación es definido a partir de la brecha existente entre el precio que estaría dispuesto a pagar un individuo que ya posee un bien por “dejarlo ir” (esto es, lo que cobraría por venderlo), y el precio que estaría dispuesto a pagar el mismo individuo por obtener ese mismo bien si aún no lo tiene.

Para explicar el efecto dotación es necesario hacer referencia a los experimentos reseñados por los profesores Kahneman, Tversky y Thaler<sup>17/18</sup>.

En uno de esos experimentos se reunió a 44 estudiantes de la Universidad de Cornell. A cada uno de estos estudiantes le fue asignado un valor (distinto) por el que podría canjear una ficha por dinero en efectivo al final del experimento. Luego solamente a la mitad de los estudiantes se le entregaron fichas. Durante el experimento se creó un mercado en el cual los estudiantes que tenían fichas podían venderlas y los que no las tenían podían comprarlas. Lo que ocurrió fue lo que predice la teoría económica tradicional: aquellos estudiantes que tenían fichas las vendían si el precio que les ofrecía otro estudiante era mayor que su valor asignado. Los que no tenían fichas a su vez compraban aquellas que

15 Jolls et al, op. cit. pg. 1479.

16 Jolls et al, op. cit. pg. 1479.

17 Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack L. y Thaler, Richard H. (1990), “Experimental Tests of the Endowment Effect and The Coase Theorem”, *Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6, pp. 1325-1348.

18 Es justo señalar que los resultados de estos experimentos no han sido pacíficamente admitidos, ver por ejemplo Plott, Charles R. y Zeiler, Kathryn, (2005), “The Willingness to Pay-Willingness to Accept Gap, the ‘Endowment Effect,’ Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuations”, *American Economic Review*, Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=615861>, y Plott, Charles R. y Zeiler, Kathryn (2007), “Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?” *American Economic Review*, 97(4): 1449-1466.

pudieran obtener a un precio menor a su valor asignado. El resultado final fue que las fichas efectivamente terminaron en manos de aquellos que las valoraban más, tal como predice la teoría económica.

A continuación se hizo otro experimento similar, pero esta vez en lugar de entregarle fichas a la mitad de los estudiantes se les entregó tazas de café de la universidad, y se les asignó al igual que en el caso anterior un valor a cada uno (distinto) por el que podrían canjear una taza por dinero en efectivo al finalizar. En este caso también se creó un mercado y se negociaron las tazas, pero a diferencia del experimento con fichas aquellos estudiantes a los que se les entregaron tazas fueron más reacios a desprenderse de ellas. Estos estudiantes pidieron, para venderlas, más de dos veces lo que ofrecieron para comprarlas los que no las tenían.

Esta diferencia entre la Disposición A Pagar (en adelante DAP<sup>19</sup>) y la Disposición A Aceptar (en adelante DAA<sup>20</sup>) una suma de dinero por un mismo bien ha sido interpretada como el reflejo de una posición diferente de los individuos frente a los bienes dependiendo de que esos bienes ya integren o no su patrimonio. Thaler llamó a este valor adicional que tiene un bien para su propietario el “efecto dotación”<sup>21</sup>.

Este efecto es a su vez una manifestación de una idea más general planteada por Tversky y Khaneman según la cual las personas tienen una “aversión a las pérdidas”: las pérdidas son ponderadas más fuertemente que las ganancias. Por ejemplo, perder una tasa que poseo me genera una pérdida emocional del orden de lo que valoro 8 dólares, mientras que si no tuviera la tasa, obtenerla me daría un placer equivalente a 4 dólares.

Como ya se indicó este efecto fue encontrado en una gran cantidad de experimentos, cuyos resultados son analizados en el artículo referido anteriormente, pero a los efectos del presente trabajo interesa principalmente destacar que esta brecha encontrada entre la DAP y la DAA parece ser menor para aquellos bienes que tienen un sustituto fácilmente accesible que para aquellos que no lo tienen. Esto incluso permite explicar por qué razón este efecto no se encuentra cuando el mercado es de fichas, ya que estas son simplemente representativas de un valor en dinero y nada más.

Señalan los autores en su trabajo:

El efecto no apareció en el mercado de fichas por dinero, y no hay razón en general para esperar una reticencia a vender bienes que se tienen específicamente para ese propósito. Un propietario no será reacio a vender un artículo a un precio determinado si un sustituto perfecto está disponible a un precio menor. Este razonamiento sugiere que el efecto dotación seguramente ocurrirá cuando los propietarios se enfrenten con la oportunidad de vender un artículo comprado para usarlo y que no es

19 En inglés “Willingness To Pay” o WTP.

20 En inglés “Willingness To Accept” o WTA.

21 Thaler, Richard, “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1, 1980, pp. 39-60.

fácilmente reemplazable. Los ejemplos pueden incluir tickets para un evento con entradas agotadas, licencias de caza con oferta limitada (Bishop y Heberlei 1979), obras de arte o una vista placentera.<sup>22</sup> (Kahneman et al, 1990:1344)

Las fichas son evaluadas únicamente por la posibilidad de cambiarlas por dinero en efectivo, por lo tanto no hay razones para que tanto compradores como vendedores no las valoren en función del valor asignado a cada uno de ellos.

En cambio en los experimentos realizados con otros bienes, bienes “reales”, las diferencias entre DAP y DAA comienzan a aparecer. Así, algunos resultados muestran brechas muy importantes, por ejemplo una DAP de 31 frente a una DAA de 513 para permisos de caza de ciervos; una DAP de 1,26 frente a una DAA de 5,18 para billetes de lotería, etcétera.

En los siguientes capítulos reseñaré los resultados alcanzados en el estudio de nueve años de jurisprudencia uruguaya. En este ámbito también aparecieron trazas de esta noción de bienes sustituibles, por lo que es útil pasar ahora a este análisis para luego poder profundizar en el concepto de sustituibilidad.

## 5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA URUGUAYA

### 5.1 PRIMERA ETAPA

A efectos de relevar la mayor cantidad de sentencias vinculadas con el tema bajo análisis realicé tres búsquedas en la base de jurisprudencia del Poder Judicial del Uruguay<sup>23</sup>. Cada búsqueda tuvo como diferencia únicamente el texto a identificar en el cuerpo de la sentencia; usé tres textos alternativos que deberían aparecer en los fallos relativos al tema, de forma de abarcar la mayor cantidad posible.<sup>24</sup>

En base a las posibilidades que el sistema informático ofrece, los criterios de selección de las tres búsquedas fueron los siguientes:

#### 5.1.1 Criterios de Búsqueda 1:

- Materia: Derecho Civil
- Fecha: 10 de noviembre de 2006 a 11 de noviembre de 2015
- Tipo: Sentencia Definitiva
- Importancia: Alta
- Sede: Todas
- Texto: “valor de afección”

Resultado: 89 sentencias

<sup>22</sup> Traducción propia.

<sup>23</sup> <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=19754>

<sup>24</sup> Aunque puede haber otras sentencias que estén relacionadas al daño moral por pérdida de bienes materiales (que no incluyan los textos buscados, y que por tanto no estén en mi base), el análisis que realizo es válido en el universo de sentencias que extraje. No se necesita un análisis estadístico.

Se revisó la totalidad de las sentencias que arrojó la búsqueda, y se seleccionaron aquellas con interés. La determinación de si una sentencia era calificable “con interés” o “sin interés” se realizó tomando en consideración que la pretensión reparatoria tuviese como origen un daño moral derivado de un perjuicio ocurrido sobre un bien material.

Se descartaron todas aquellas sentencias en las que la pretensión reparatoria tenía como origen un daño moral derivado de daños a la integridad física, al honor, etc., y aquellas sentencias en las que solamente se resolvieron cuestiones de derecho procesal (por ejemplo se desestima el recurso de apelación por ser presentado fuera de plazo, sin entrar a analizar al fondo de la controversia).

De las 89 sentencias, 6 fueron calificadas “con interés”.

#### 5.1.2 Criterios de Búsqueda 2:

- Materia: Derecho Civil
- Fecha: 10 de noviembre de 2006 a 11 de noviembre de 2015
- Tipo: Sentencia Definitiva
- Importancia: Alta
- Sede: Todas
- Texto: “daño extrapatrimonial”

Resultado: 129 sentencias

Siguiendo el mismo criterio reseñado en el numeral anterior, de las 129 sentencias 5 fueron calificadas “con interés”.

#### 5.1.3 Criterios de Búsqueda 3:

- Materia: Derecho Civil
- Fecha: 10 de noviembre de 2006 a 11 de noviembre de 2015
- Tipo: Sentencia Definitiva
- Importancia: Alta
- Sede: Todas
- Texto: “daño moral bienes”

Resultado: 63 sentencias

Siguiendo el mismo criterio reseñado anteriormente, de las 63 sentencias 9 fueron calificadas “con interés”.

## TABLA DE RESULTADOS DE LA PRIMERA ETAPA

Sentencias Búsqueda 1 (valor de afección)	89
Sentencias Búsqueda 2 (daño extrapatrimonial)	129
Sentencias Búsqueda 3 (daño moral bienes)	63
<b>TOTAL PRIMARIO</b>	<b>281</b>
Sentencias Con Interés Búsqueda 1 (valor de afección)	6
Sentencias Con Interés Búsqueda 2 (daño extrapatrimonial)	5
Sentencias Con Interés Búsqueda 3 (daño moral bienes)	9
<b>TOTAL PRIMARIO</b>	<b>20</b>
Sentencias repetidas en el total de las 3 búsquedas	-13
Sentencias repetidas en el total de las Con Interés	-2
<b>TOTAL FINAL DE SENTENCIAS ANALIZADAS</b>	<b>268</b>
<b>TOTAL FINAL DE SENTENCIAS CON INTERÉS</b>	<b>18</b>
	<b>7%</b>

Según se muestra en el cuadro anterior, de las 268 sentencias revisadas encontré 18 sentencias con interés, lo que representa un 7% de casos en los que se pretendió una indemnización por daño moral derivado de perjuicios a bienes.

## 5.2 SEGUNDA ETAPA

El estudio subsiguiente de esas 18 sentencias consistió en determinar las siguientes variables:

- Número de sentencias de condena/número de sentencias absolutorias
- Fundamentos del fallo:
  - Prueba de origen testimonial referida a las consecuencias emocionales de los reclamantes
  - Consideraciones relativas a las características de los bienes dañados
  - Otros fundamentos
- Relevé también los siguientes datos en cada fallo:
  - Si existió o no condena por daños materiales
  - Qué tipo de bien fue el dañado

- Monto de la condena por daño moral
- Sede judicial y fecha

## TABLA DE RESULTADOS DE LA SEGUNDA ETAPA

<b>TOTAL DE SENTENCIAS CON INTERÉS</b>	<b>18</b>
Sentencias de condena por daño moral derivado de la privación o deterioro de bienes	8 (44%)
Fundamentos de prueba	7
Fundamentos relativos al bien dañado	2
Otros fundamentos	4
Sentencias absolutorias por daño moral derivado de la privación o deterioro de bienes	10 (56%)
Fundamentos de prueba	10
Fundamentos relativos al bien dañado	2
Otros fundamentos	0

Como se puede ver en la anterior tabla, prácticamente la mitad de los casos obtuvieron una sentencia favorable.

El fundamento principal para acoger o desestimar la pretensión fue el de prueba de los sufrimientos padecidos mediante testimonios de allegados.

Solamente en 4 casos, 2 condenatorios y 2 desestimatorios, se utilizaron adicionalmente fundamentos relativos al bien dañado.

Otros fundamentos encontrados refirieron a reglas de la experiencia o circunstancias especiales (por ejemplo en un caso la sustracción de los bienes ocurrió en la noche de bodas).

No se analizarán los demás elementos relevados (listados en el literal C) ya que no tienen relación directa con el punto principal de este trabajo<sup>25</sup>, que es mostrar que cuando se toman en cuenta las características de los bienes, aparece un factor común que es el de *sustituibilidad*.

Como se vio en el Capítulo V en la exposición del “efecto dotación”, este factor aparece como relevante para los individuos al momento de valuar un bien. Cuanto menos sustituible es un bien, más aumenta la brecha entre el valor real del mismo y el valor que le asigna su propietario.

25 Los resultados se pueden ver en las tablas agregadas como Anexo.

A modo de ilustración de cómo se utilizó la sustituibilidad en los fallos, voy a analizar en el próximo apartado dos de las cuatro sentencias que tomaron en cuenta elementos intrínsecos del bien dañado, una de ellas de condena y la otra absolutoria.

## 6. DOS SENTENCIAS QUE REFIEREN AL ELEMENTO SUSTITUIBILIDAD

Como se mostró en el estudio precedente, habitualmente la jurisprudencia uruguaya se basa en la prueba de las consecuencias emocionales en las personas dañadas para determinar la pertinencia de otorgar una reparación por daño moral o no. Para ello principalmente toma en cuenta los testimonios de allegados.

Si bien no se desarrolló en ese estudio el análisis de los criterios utilizados para determinar el quantum de reparación, sólo señalaré aquí a efectos de una mejor comprensión de lo que sigue, que una vez comprobada la existencia del daño moral los jueces fijan como monto reparatorio cifras que acompañen las tendencias jurisprudenciales.

Esto es, para la determinación de si corresponde o no la indemnización se observa con detenimiento el caso concreto y la existencia de un sufrimiento, padecimiento o dolor para la víctima, sobre la base de prueba testimonial. Luego, para la determinación del quantum de reparación se está a las corrientes mayoritarias de la jurisprudencia en otros casos, y no a las características específicas del caso concreto.

### 6.1 Sentencia N° 408/2012 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay<sup>26</sup>

El caso que resuelve esta sentencia de casación refiere a la reparación del daño moral ocasionado a un matrimonio por la destrucción de una finca de veraneo como consecuencia de un incendio.

En 2002, se incendió la finca “Los Horneros”, propiedad de un matrimonio argentino, ubicada en el Departamento de Maldonado, en Uruguay. Como consecuencia del incendio se destruyó completamente el inmueble y todos los bienes muebles que se encontraban adentro. Estos incluían valiosas colecciones de anticuarios, recuerdos de viajes y fotografías. La casa había sido proyectada por los propietarios, uno de ellos arquitecto, y alhajada personalmente por ellos también.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la reclamación por daño moral, fijando el monto de la indemnización en USD 2.000 para cada actor. Esta sentencia fue apelada y el tribunal de alzada elevó ese monto a USD 10.000.

La parte demandada interpuso un recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia, el que tuvo como único punto de agravio el monto indemnizatorio fijado por concepto de daño moral. Por esta razón, el núcleo central del fallo de la Corte está constituido por la determinación del quantum de indemnización a otorgar en el caso de autos.

<sup>26</sup> El texto completo de la Sentencia se puede encontrar en la Base de Jurisprudencia del Poder Judicial.



#### A. La sentencia de la Suprema Corte.

Acorde con el criterio jurisprudencial referido anteriormente para determinar el monto indemnizatorio, la sentencia de la Corte acogió el recurso de casación interpuesto reduciendo el monto de la condena, y fundamentó esta reducción a partir de fallos jurisprudenciales anteriores. La Corte entendió que la condena del Tribunal de segunda instancia resultaba excesiva, al compararla con otros fallos en los cuales “las condenas por daño moral en casos de amputaciones de miembros, lesiones múltiples, etcétera, oscilan en la cifra manejada por el Tribunal”. Luego comparó el presente caso con otro que podría entenderse similar “por ser daños exclusivamente materiales”, en el que se fijó el monto del daño moral en una cifra menor.

Como se puede ver, estos argumentos tienden a generar una reparación homogénea del daño moral en la jurisprudencia, sin atender a las circunstancias de cada caso particular. Si bien existió una evaluación subjetiva de los damnificados para determinar si correspondía la indemnización o no (realizada en primera instancia), luego al momento de determinar el quantum la evaluación se basó en criterios objetivos, independientes del caso de autos.

#### B. La decisión de un Ministro disorde.

Sin embargo, un Ministro disorde se separó de esta metodología, relevando en su fundamentación varios factores que a su entender debían ser tenidos en cuenta al determinar el monto de la reparación. Estos factores tienen que ver con las características del bien destruido y con la relación entre este bien y los sujetos damnificados.

Así, cita en primer lugar uno de los testimonios recogidos: “Basta leer la nota de la revista “D y D” agregada, para confirmar *lo que representó proyectar la finca “Los Horneros” para el Arquitecto Carlos Alberto Puig y su esposa, y una vez edificada, pensar y alhajar cada uno de los ambientes*”.

A su vez señala que: “además del impacto que de por sí les produjo el incendio de su casa y bienes muebles, se vieron enfrentados a la pérdida de efectos personales representados por valiosas colecciones, en su mayoría recuerdos de viajes, fotografías, *elementos por sí solos irre recuperables* y que determinan una situación de gran aflicción, y como tal susceptible de ser adecuadamente reparada”. (Itálicas no en la sentencia original).

### 6.2 Sentencia 751/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno de Uruguay<sup>27</sup>

Esta sentencia desestima la reparación del daño extra patrimonial pretendido por el actor, como consecuencia de la propagación a su apartamento de un foco ígneo en el apartamento de su vecino.

Los Ministros del Tribunal de Apelaciones confirmaron la sentencia de primera instancia, y para ello se basaron principalmente en las características de los bienes dañados.

<sup>27</sup> El texto completo de la sentencia se puede encontrar en la Base de Jurisprudencia del Poder Judicial.

Así, afirman: “La descripción de los daños materiales surge del informe de fs. 85/93 y si bien existieron daños de cierta importancia (fs 87/92) afortunadamente no puede afirmarse que el apartamento haya quedado en condiciones tan deplorables que obligara al arrendatario a mudar su domicilio. Tampoco se probó que se destruyeran bienes que tuvieran un particular valor de afección para el accionante.”

Y luego: “Sin duda que las pérdidas sufridas han de haber causado un profundo disgusto a quien hoy reclama pero siguiendo patrones consolidados de nuestra jurisprudencia, ello no es suficiente, como bien indica la Sra, Juez a quo, para sustentar un reclamo indemnizatorio como el que se ha deducido en autos”.

Y finalmente: “corresponde confirmar la decisión de primera instancia dado que *la pérdida de objetos como zapatos, hamaca paraguaya, plantas, bicicleta y desperfectos de un televisor*, si bien pueden causar gran disgusto carecen de significación como para habilitar una reparación como la que se pretende.” (Itálicas no en la sentencia original).

### 6.3 Análisis de los fundamentos utilizados en las dos sentencias.

Entre los fundamentos de las sentencias se pueden reconocer en primer lugar elementos del análisis que tienen que ver con las características propias de los objetos destruidos. En la sentencia de la Corte la principal característica que se señaló en ellos es su carácter de “irrecuperables”. En la del Tribunal de Apelaciones se enumeran objetos destruidos a fin de mostrar su condición de bienes corrientes. Llamaré a estos elementos objetivos, ya que refieren al objeto dañado en forma exclusiva.

En segundo lugar, se encuentran otros que tienen que ver con la relación entre los damnificados y los objetos. Así, el Ministro discorda en la sentencia de la Corte indicó como relevante “lo que representó proyectar la finca...”, o “pensar y alhajar cada uno de los ambientes”. A estos elementos los llamaré subjetivos, ya que refieren a la relación del propietario con ese bien. En la Sentencia del Tribunal se señala que no se demostró que los bienes destruidos tuvieran un “especial valor de afección” para el propietario, refiriendo justamente a esa relación entre la cosa y el propietario.

Es factible sostener que el factor común en ambas categorías es la posibilidad o imposibilidad de sustituir el bien destruido por otro exactamente igual. El análisis del Ministro discorda justamente apunta a señalar que en el presente caso, los bienes dañados son insustituibles.

Esta característica particular es la que me permite asociar en este trabajo el análisis de la reparación por daño moral con los estudios empíricos ya reseñados, realizados por la Economía de la Conducta, en particular los dirigidos a mostrar la existencia de un “efecto dotación” (*endowment effect*) en la relación de las personas con ciertos bienes que les pertenecen.

Como se vio al analizar este efecto en el Capítulo V, los individuos tienden a asignarle a aquellos bienes que ya poseen un valor superior al del mercado, y esa brecha se profundiza cuanto más difícilmente sustituibles sean los bienes.

En las conclusiones que emergen de los experimentos reseñados es posible encontrar estos elementos objetivos de los bienes, esto es sus características intrínsecas, y elementos subjetivos, relativos a la relación entre los bienes y sus propietarios

## 7. CONCLUSIONES

Las investigaciones realizadas en el marco de la Economía de la Conducta y Derecho en relación al efecto dotación fueron útiles para mostrar que efectivamente, en ciertos casos, hay un “valor” adicional al valor de mercado de un bien, el cual es asignado a ese bien únicamente por su propietario. Esto significa que puede haber una pérdida inmateral asociada a una pérdida material.

En consecuencia, y siempre que se acepte que la finalidad de la reparación en sede de responsabilidad civil es compensar al damnificado de la forma más integral posible, es correcto otorgar una reparación en concepto de daño moral por la pérdida de bienes materiales.

La segunda utilidad que ofrecen los hallazgos de la ECD es la de proveerle al Juez de un elemento adicional de análisis al momento de determinar si en un caso concreto corresponde una reparación por este rubro o no.

Este elemento es precisamente el de sustituibilidad del bien destruido o dañado, el que se podrá buscar tanto en las características intrínsecas del bien dañado (señaladas en este trabajo como elementos objetivos), como en la particular relación del propietario con ese bien (elementos subjetivos).

En el análisis de jurisprudencia realizado se encontró, aunque en muy pocos fallos, una referencia a esta idea de sustituibilidad. En las demás sentencias la decisión de otorgar o no la compensación requerida se fundó en prueba testimonial, dirigida a verificar el efectivo sufrimiento de las víctimas.

Este sistema actual de decisión jurisprudencial tiene dos defectos principales. En primer lugar, como vimos al inicio, si aceptamos la concepción amplia del concepto de daño extra-patrimonial como todo aquel perjuicio que no sea patrimonial, posición actual de la doctrina mayoritaria, no se debería requerir, al menos exclusivamente, una prueba del sufrimiento o dolor padecidos por una víctima en particular.

En segundo lugar, la “cantidad de sufrimiento” puede depender de muchos factores, la personalidad de la víctima, las circunstancias especiales en que el daño se produce, etcétera. Esto sugiere que tratar de medir el sufrimiento concreto de una persona para poder compensarla, para lo cual la metodología de la prueba por testimonios se ha entendido adecuada, no es el camino correcto. Parece más conveniente incorporar en el análisis criterios objetivos, como el de sustituibilidad del bien.

Entiendo que la pregunta que en definitiva debería hacerse es si el derecho debe tener por finalidad compensar el sufrimiento real, concreto de una persona determinada, o tiene que compensar el sufrimiento que tendría una persona media por la pérdida de un bien de esas características.

Si bien como vimos la finalidad de la responsabilidad civil es a priori lograr la reparación integral de la víctima, el objetivo de los jueces hoy parece ajustarse a un criterio de reparación integral de un hombre medio. Esto surge de constatar que los jueces en primer lugar evalúan si existió sufrimiento, pero si entienden que éste existió otorgan una compensación estándar, independiente de la “cantidad de sufrimiento” de esa persona concreta.

La doctrina a su vez recomienda armonizar las indemnizaciones para casos semejantes, indicador claro de que lo que se debe observar no es lo ocurrido internamente a una víctima concreta sino lo que sería esperable de un individuo medio.

Si esto responde a una concepción subyacente de que el derecho no está para compensar todos los males sino los que de algún modo entiende “razonables”, se debería transitar hacia criterios más predecibles que los actuales para determinar la pertinencia de una reparación por daño moral derivada de la pérdida de bienes materiales.