

## ÍNDICE SUMARIO

### SECCIÓN SEGUNDA

#### **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL RESARCITORIA Y PREVENTIVA. EXIMENTES (CONTINUACIÓN)**

#### CAPÍTULO VIII

#### **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL RESARCITORIA (CONTINUACIÓN). FACTORES DE ATRIBUCIÓN**

##### **A) ASPECTOS GENERALES**

§ 142. Concepto .....	3
§ 143. Necesidad de un factor de atribución en la responsabilidad civil resarcitoria .....	3
§ 144. Clases. ....	4
a) Factores subjetivos de atribución .....	5
b) Factores objetivos de atribución .....	8
§ 145. Coexistencia de la culpa con los factores objetivos de atribución .....	10
§ 146. La culpa como norma de cierre (o residual) del sistema. El sistema consagrado por el código civil y comercial .....	11

**B) FACTORES SUBJETIVOS DE  
ATRIBUCIÓN EN PARTICULAR**

§ 147. La culpa . . . . .	22
a) Concepto . . . . .	22
b) Los rostros de la culpabilidad . . . . .	25
c) La culpa como defecto de conducta predicable de un acto voluntario . . . . .	27
d) Culpa inconsciente, con previsión y consciente . . . . .	28
e) Las distintas concepciones teóricas en orden a la definición de culpa. Los criterios psicológico, ético, económico, normativo e intermedio . . . . .	29
1) La concepción psicológica, valorista (o del reproche culpabilístico) . . . . .	30
2) La concepción normativa. . . . .	32
3) La doctrina sincrética . . . . .	35
f) La determinación del modelo de conducta (diligencia) debida. . . . .	36
1) Planteo de la cuestión. . . . .	36
2) Doctrina que postula la construcción del modelo de conducta con base en criterios puramente éticos de la diligencia. . . . .	37
3) La concepción que propicia la construcción del modelo de conducta con base en parámetros estrictamente económicos . . . . .	38
4) La concepción que construye el estándar de diligencia exigible en la culpa atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Criterio del código civil y comercial. . . . .	39
I. La naturaleza del deber jurídico o de la obligación. . . . .	41
II. Las circunstancias de la persona . . . . .	42
III. Las circunstancias de tiempo y lugar. . . . .	44
IV. Otros aspectos ponderables . . . . .	45
(i) La relación entre las personas implicadas . . . . .	45
(ii) La peligrosidad de la actividad que se ejerce . . . . .	45
(iii) Los imperativos económicos . . . . .	46
V. Colofón. . . . .	47
g) Acerca de la llamada “culpa social” y de la culpa objetiva . . . . .	47

h) Culpa, antijuridicidad y daño . . . . .	49
i) Unidad o pluralidad de culpa . . . . .	51
1) Culpa civil y culpa penal . . . . .	51
2) Culpa contractual y extracontractual . . . . .	53
3) Culpa grave, leve y levísima. La teoría de la prestación o graduación de la culpa. Formulación. Derecho comparado . . . . .	54
I. Planteo de la cuestión. . . . .	54
II. La cuestión en el código civil anterior. . . . .	56
III. La cuestión en el código civil y comercial . . . . .	59
j) La apreciación de la culpa . . . . .	60
1) Planteo de la cuestión . . . . .	60
2) La cuestión en el régimen anterior y en el código civil y comercial. . . . .	63
k) Prueba de la culpa. . . . .	66
l) Presunciones de culpabilidad . . . . .	69
m) Las cargas probatorias dinámicas. . . . .	70
1) El artículo 1735 del código civil y comercial y la recepción normativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas . . . . .	70
2) Ámbito de aplicación . . . . .	72
3) Requisitos de procedencia . . . . .	73
n) Las eximentes en materia de responsabilidad subjetiva. Remisión . . . . .	75
ñ) Culpa del damnificado. Remisión . . . . .	75
o) Culpa concurrente. Remisión . . . . .	75
p) La doctrina del daño desproporcionado y la carga de la prueba. Remisión. . . . .	75
§ 148. El dolo . . . . .	75
a) Concepto. Distintas acepciones . . . . .	75
1) Vicio de la voluntad . . . . .	76
2) Elemento de la responsabilidad civil resarcitoria. . . . .	76
I. El dolo intencional en cualquiera de sus posibles modalidades . . . . .	77
II. El dolo eventual . . . . .	78
b) Prueba del dolo. . . . .	80

c) Dispensa del dolo . . . . .	81
1) Dispensa anticipada del dolo . . . . .	81
2) Renuncia a los efectos del dolo ya consumado. . . . .	81
d) Dolo de los terceros introducidos por el deudor para el cumplimiento de la obligación . . . . .	82
e) Casos en los que sólo se responde por dolo . . . . .	82
f) Efectos del dolo . . . . .	82
1) Responsabilidad civil. Remisión. . . . .	82
2) Absorción causal. . . . .	83
3) Improcedencia de la atenuación de responsabilidad. . . . .	83
4) Invalidez de las cláusulas de dispensa anticipada de responsabilidad por dolo. Remisión. . . . .	84
5) Responsabilidad en la solidaridad pasiva . . . . .	84
6) Quid de la acción de regreso entre los coautores de un hecho ilícito doloso. . . . .	85
7) Impide invocar efectos del consentimiento informado. . . . .	86
8) Configura un supuesto de incumplimiento esencial del contrato . . . . .	86
9) Abre las puertas a la posible aplicación de daños punitivos . . . . .	86
10) Obsta a la tarificación de la responsabilidad por daños o a otros mecanismos de limitación indemnizatoria. . . . .	87
g) Quid de la asimilación de la culpa grave al dolo . . . . .	87
h) Supuestos en los que se exige un factor subjetivo de atribución agravado . . . . .	91

**C) FACTORES OBJETIVOS DE  
ATRIBUCIÓN EN PARTICULAR**

§ 149. La teoría del riesgo . . . . .	92
a) Consideración histórica. Remisión. . . . .	92
b) Distintas corrientes . . . . .	93
1) La teoría del riesgo creado . . . . .	93
2) La doctrina del riesgo beneficio . . . . .	95
I. La primera formulación: la idea de beneficio como factor que limita la responsabilidad objetiva por riesgo creado . . . . .	96

II. La segunda formulación: la idea de beneficio como noción asimilable al riesgo de empresa . . . . .	98
III. La tercera variante: el riesgo de empresa como factor que potencia la creación del riesgo, imponiendo responsabilidades agravadas. El riesgo de empresa como situación calificada de riesgo creado . . . . .	104
3) La doctrina del riesgo anormal . . . . .	106
4) Nuestra opinión . . . . .	109
c) Quid de la responsabilidad por riesgo como norma de clausura del sistema de responsabilidad objetiva . . . . .	113
§ 150. La garantía . . . . .	116
§ 151. La equidad . . . . .	118
a) Importancia en el derecho de daños . . . . .	118
b) La equidad como factor objetivo de atribución . . . . .	119
§ 152. El abuso del derecho y el exceso en la normal tolerancia entre vecinos como factores objetivos de atribución . . . . .	120
§ 153. Deber calificado de seguridad . . . . .	122
§ 154. Falta de servicio . . . . .	123
§ 155. Sacrificio especial . . . . .	123
§ 156. Seguridad social . . . . .	124
§ 157. La confianza legítima . . . . .	124
§ 158. La actividad económica en sí misma como factor objetivo de atribución . . . . .	125
§ 159. El derecho a la intimidad . . . . .	125
§ 160. El factor de atribución en la responsabilidad por incumplimiento obligacional y contractual. Remisión . . . . .	126
§ 161. Eximentes . . . . .	126

**D) LAS OBJECIONES A LA TEORÍA DEL RIESGO  
CREADO Y A LA RESPONSABILIDAD CIVIL FUNDADA  
EN OTROS FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN**

§ 162. Preliminar . . . . .	126
§ 163. La responsabilidad como sanción . . . . .	127
§ 164. El supuesto escudo que ampara a los inocentes . . . . .	128

§ 165. El pretendido retorno a fórmulas primitivas . . . . .	130
§ 166. La supuesta incompatibilidad entre la culpa y los factores objetivos de atribución . . . . .	131
§ 167. La contradicción de la responsabilidad objetiva con la tradición cristiana y con la filosofía del derecho natural . . . . .	136
§ 168. La fuerza lógica y el valor moral y social de la culpa como epicentro del sistema de responsabilidad civil . . . . .	140
§ 169. La pretendida vaguedad terminológica y conceptual para definir al riesgo como fundamento de un sistema de responsabilidad. El riesgo creado como principio que justifica axiológicamente la imposición de responsabilidad . . . . .	144
§ 170. Responsabilidad objetiva, riesgo creado e inercia económica . . . . .	147
§ 171. Riesgo creado y prevención del daño . . . . .	154
§ 172. Las críticas desde el marxismo . . . . .	157
§ 173. La teoría del riesgo como “cuestión local” . . . . .	159

## CAPÍTULO IX

### EXIMENTES

§ 174. Introducción. Plan a seguir . . . . .	163
--	-----

#### A) EXIMENTES VINCULADAS CON LA ANTIJURIDICIDAD. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

§ 175. Concepto. Generalidades. . . . .	164
§ 176. Ejercicio regular de un derecho. . . . .	165
§ 177. El cumplimiento de un deber legal . . . . .	167
§ 178. Estado de necesidad . . . . .	168
§ 179. Legítima defensa . . . . .	174
a) Caracterización de la figura. . . . .	174
b) Daños injustamente sufridos en oportunidad de la prestación espontánea de un acto de abnegación o altruismo, practicado en auxilio necesario a un tercero . . . . .	177
§ 180. Consentimiento del damnificado . . . . .	180

**B) EXIMENTES VINCULADAS CON  
LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

§ 181. La causa ajena . . . . .	183
§ 182. El hecho del damnificado . . . . .	185
a) Caracterización. Bases normativas . . . . .	185
b) Requisitos. . . . .	186
1) Incidencia causal . . . . .	186
2) ¿Hecho o culpa de la víctima?	
El requisito de la culpabilidad . . . . .	187
I. La cuestión en el código anterior . . . . .	187
II. La cuestión en el código civil y comercial de la Nación . . . . .	193
3) Hecho no imputable al demandado. La cuestión en los accidentes ferroviarios . . . . .	194
4) Otros pretendidos requisitos. Su improcedencia . . . . .	196
c) Momento en que se debe valorar el hecho del damnificado . . . . .	197
d) La perspectiva procesal: ¿Debe el hecho del damnificado ser alegado formalmente? . . . . .	199
e) La asunción de riesgos por la víctima . . . . .	204
f) Efectos del hecho del damnificado . . . . .	205
1) Hecho exclusivo del damnificado . . . . .	205
2) Concurrencia de hecho del damnificado con culpa probada o presumida del lesionante . . . . .	206
3) Concurrencia de hecho del damnificado con dolo del demandado . . . . .	207
4) Concurrencia de dolo de la víctima con culpa probada o presumida del demandado . . . . .	208
5) Concurrencia de dolo de la víctima y del demandado . . . . .	208
6) Concurrencia del hecho de la víctima y el riesgo creado. Otros supuestos de factores objetivos de atribución . . . . .	209
I. Hecho exclusivo de la víctima . . . . .	209
II. Hecho de la víctima concurrente con el riesgo creado o con otro factor objetivo de atribución . . . . .	210
7) El hecho de la víctima y los damnificados indirectos . . . . .	210

g)	La mora del acreedor como <i>hecho del damnificado</i> . Remisión . . . . .	211
h)	El hecho de la víctima en los accidentes de automotores. Remisión . . . . .	211
i)	El riesgo recíproco . . . . .	212
§ 183.	El hecho de un tercero extraño . . . . .	212
a)	Caracterización. Base normativa . . . . .	212
b)	El tercero por quien no se debe responder. . . . .	212
c)	Carga de la prueba . . . . .	215
d)	Requisitos. . . . .	216
1)	Incidencia causal . . . . .	216
2)	¿Hecho o culpa de un tercero?. . . . .	216
3)	El hecho del tercero no debe ser imputable al demandado . . . . .	218
4)	El hecho del tercero debe reunir los caracteres del caso fortuito. . . . .	218
e)	Efectos . . . . .	219
1)	Hecho exclusivo del tercero. . . . .	220
2)	Concurrencia del hecho del tercero con la culpa probada o presumida del demandado. . . . .	220
3)	Hecho o culpa del tercero concurrente con el riesgo creado por el demandado . . . . .	221
§ 184.	El caso fortuito y la fuerza mayor. . . . .	222
a)	Concepto . . . . .	222
b)	Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencias conceptuales entre ambos. Asimilación legal . . . . .	223
c)	Caracteres del caso fortuito . . . . .	225
1)	Imprevisible . . . . .	226
2)	Inevitable (o irresistible) . . . . .	227
3)	Actual . . . . .	228
4)	Ajeno o extraño al presunto responsable o al deudor . . . . .	229
5)	Sobrevenido . . . . .	231
6)	Obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de la obligación. . . . .	232
d)	Casuística. . . . .	233
1)	Hechos de la naturaleza . . . . .	233

2) Hechos del hombre . . . . .	234
3) Supuestos que no constituyen caso fortuito o fuerza mayor . . . . .	235
e) El papel del caso fortuito como eximente. Caso fortuito y falta de culpabilidad (no culpa) . . . . .	237
1) El caso fortuito como noción idéntica a la falta de culpa . . . . .	237
2) Doctrina que distingue claramente el <i>casus</i> de la ausencia de culpa (no culpa). Nuestra opinión . . . . .	240
f) Prueba del caso fortuito . . . . .	242
g) Efectos del caso fortuito . . . . .	243
1) Principio general . . . . .	243
2) El caso fortuito es causa exclusiva del daño . . . . .	244
3) Concurrencia de culpa del agente y caso fortuito . . . . .	244
4) Concurrencia de riesgo de la cosa y caso fortuito . . . . .	245
h) Situaciones excepcionales que alteran los efectos del caso fortuito . . . . .	246
1) Asunción convencional del caso fortuito . . . . .	246
2) Supuestos de excepción en que la ley impide invocar el <i>casus</i> como causa de liberación o de eximición de responsabilidad civil. . . . .	249
3) Caso fortuito sobreviniente a la constitución en mora . . . . .	249
4) <i>Casus</i> provocado por la culpa del deudor . . . . .	249
5) <i>Casus</i> “interno” a la cosa . . . . .	250
6) Obligación de restituir como consecuencia de un hecho ilícito . . . . .	250
i) Caso fortuito y responsabilidad por riesgo creado. Carácter <i>externo</i> del suceso fortuito en el artículo 1757 del código civil y comercial . . . . .	250

**C) EXIMENTES VINCULADAS CON  
LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN**

§ 185. Eximentes en materia de responsabilidad subjetiva . . . . .	251
§ 186. Eximentes orientadas exclusivamente a enervar la existencia del factor objetivo de atribución. La prueba del “no riesgo” . . . . .	252

**D) EXIMENTES VINCULADAS  
CON EL DAÑO RESARCIBLE**

§ 187. Aspectos generales ..... 256

**E) EXIMENTES CONVENCIONALES. CLÁUSULAS  
DE DISPENSA ANTICIPADA O LIMITATIVAS  
DE LA RESPONSABILIDAD**

§ 188. Caracterización ..... 257  
§ 189. Las normas del código civil y comercial ..... 262  
§ 190. Situaciones en las que siempre está vedada  
la renuncia anticipada de la responsabilidad. .... 265  
§ 191. Dispensa de la culpa. La  
cuestión de la culpa grave ..... 268

**SECCIÓN TERCERA  
FUNCIONES DE LA  
RESPONSABILIDAD CIVIL**

**CAPÍTULO X**

**FUNCIÓN RESARCITORIA.  
ASPECTOS GENERALES**

**A) LA REPARACIÓN DEL DAÑO**

§ 192. Concepto ..... 273  
§ 193. Finalidad y naturaleza ..... 274  
§ 194. Anclaje constitucional y convencional ..... 276  
§ 195. El sentido de la reparación, según el daño  
sea patrimonial o extrapatrimonial (o moral) ..... 277  
§ 196. Caracteres ..... 279  
a) Patrimonialidad ..... 279  
b) Quid del carácter subsidiario. La llamada  
conversión del derecho a la prestación  
en derecho a la indemnización. .... 279  
c) Resarcitoria ..... 280

## **B) EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN PLENA DEL DAÑO**

§ 197. Formulación . . . . .	280
§ 198. ¿Reparación plena o integral? Una cuestión que excede el plano puramente terminológico . . . . .	284
§ 199. Las ventajas e inconvenientes que presenta el principio de la reparación plena o integral del daño . . . . .	287
a) Las ventajas . . . . .	287
b) Inconvenientes . . . . .	288
§ 200. El principio de reparación plena y el daño moral . . . . .	289
§ 201. El principio de la reparación plena o integral en el derecho argentino . . . . .	294
§ 202. Las limitaciones al principio de la reparación plena o integral del daño . . . . .	296
§ 203. Un supuesto de particular gravedad. La limitación indemnizatoria por daños experimentados como consecuencia de las vacunas contra el COVID-19 . . . . .	298

## **C) EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO**

§ 204. Introducción . . . . .	303
§ 205. El módulo básico de reparación . . . . .	303
§ 206. La reparación del daño contractual . . . . .	304
a) El artículo 1728. Su letra y la intención del legislador . . . . .	304
b) La regla británica “Hadley vs. Baxendale” . . . . .	305
c) El fundamento de la previsibilidad contractual . . . . .	309
1) La previsibilidad como manifestación de la voluntad tácita de las partes . . . . .	310
2) La previsibilidad como exteriorización de la distribución adecuada de riesgos contractuales . . . . .	311
3) La previsibilidad como manifestación de la facultad moderadora . . . . .	311
4) La previsibilidad como elemento que comprobaría la inexistencia de responsabilidad contractual . . . . .	312
5) La previsibilidad del daño desde la perspectiva del análisis económico del derecho . . . . .	312
6) El principio de referencia del contrato . . . . .	313

§ 207. Las distintas interpretaciones del artículo 1728. Entre la intención del legislador, lo que dice la norma y lo que podemos hacerle decir los operadores jurídicos. . . . .	313
a) El criterio de la previsibilidad en concreto . . . . .	313
b) En materia contractual rigen los mismos parámetros de extensión del resarcimiento que en materia extracontractual. . . . .	320
c) Nuestra opinión . . . . .	321
§ 208. Extensión del resarcimiento en las obligaciones de dar dinero . . . . .	328
§ 209. Disminución del contenido del daño. La compensación del daño con el lucro . . . . .	330
a) Caracterización de la figura. . . . .	330
b) Requisitos. . . . .	331
1) El beneficio debe provenir del mismo hecho generador del daño . . . . .	332
2) El hecho ilícito o el incumplimiento contractual deben ser la causa adecuada del beneficio. . . . .	333
3) Los beneficios o ventajas no deben provenir de una causa ilícita . . . . .	334
§ 210. Atenuación equitativa de la indemnización . . . . .	334
a) Marco normativo. Fundamento . . . . .	334
b) Ámbitos en el que se aplica . . . . .	335
c) La morigeración de equidad no rige en caso de dolo . . . . .	336
d) En qué consiste la facultad morigeradora . . . . .	337
e) Pautas de valoración . . . . .	338
f) Quid de la aplicación de oficio por el juez . . . . .	339

**D) LA REPARACIÓN DEL DAÑO  
Y LOS ILÍCITOS LUCRATIVOS**

§ 211. Problemática en torno a los hechos ilícitos lucrativos . . . . .	340
a) Planteo de la cuestión . . . . .	340
b) ¿Cómo dismantelar los efectos de un hecho ilícito lucrativo?. . . . .	341
1) La responsabilidad civil “elongada” del dañador . . . . .	342

2) Los daños punitivos . . . . .	343
3) El enriquecimiento injustificado como instituto adecuado para dismantelar los efectos del ilícito lucrativo . . . . .	343

**E) MODOS DE EFECTUARSE LA REPARACIÓN**

§ 212. Los distintos sistemas . . . . .	349
§ 213. Régimen del código civil y comercial. . . . .	351
§ 214. Los diferentes sistemas de reparación son compatibles entre sí . . . . .	352
§ 215. La reparación en especie . . . . .	353
a) Petición de parte interesada . . . . .	353
b) La reparación en especie debe ser posible. . . . .	354
1) Daños patrimoniales directos e indirectos . . . . .	354
2) Reparación en especie y ejecución forzada de la obligación. . . . .	355
3) Reparación en especie y reintegración del derecho conculcado . . . . .	356
4) Reparación en especie y daño ambiental. . . . .	356
c) La reparación no debe importar un ejercicio abusivo del derecho. Quid de la excesiva onerosidad. . . . .	357
d) No debe ser de aplicación la facultad judicial de atenuar la indemnización por razones de equidad (art. 1742) . . . . .	358
§ 216. Forma y modo de efectuarse la reparación del daño moral . . . . .	358
a) Como regla, se resarce en dinero. . . . .	358
b) La reparación del daño moral por equivalente no pecuniario . . . . .	359
c) Casos en que procede. . . . .	361
1) Atentados contra el honor, la identidad personal. Otros supuestos . . . . .	361
2) Atentados contra la intimidad . . . . .	362

**F) LA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA**

§ 217. Concepto . . . . .	363
---------------------------	-----

§ 218. El principio de interés . . . . .	364
§ 219. La indemnización en forma de capital global o en forma de renta. . . . .	367
§ 220. Valoración y cuantificación del daño. Dos operaciones distintas, aunque relacionadas entre sí . . . . .	369
§ 221. Valoración y cuantificación del daño patrimonial . . . . .	370
a) Quién la práctica. Valoración convencional, legal y judicial del daño. . . . .	370
b) Momento en que debe valorarse el perjuicio y cuantificarse la indemnización . . . . .	371
c) Casos en los que la valuación del daño no se hace a la fecha de la sentencia . . . . .	372
§ 222. Cuantificación del daño patrimonial futuro . . . . .	373
a) Planteo de la cuestión . . . . .	373
b) Cuantificación del daño patrimonial presente. . . . .	374
1) Daño emergente . . . . .	374
2) Lucro cesante . . . . .	375
c) Cuantificación del daño patrimonial futuro. . . . .	375
1) Daño emergente . . . . .	375
2) Lucro cesante . . . . .	376
d) Cuantificación de la pérdida de chances . . . . .	376
§ 223. Variaciones intrínsecas del daño. . . . .	376
§ 224. Variaciones extrínsecas del daño . . . . .	377
§ 225. La revisión del daño fijado en la sentencia. . . . .	378

**G) VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN  
CONVENCIONAL DEL DAÑO. LA CLÁUSULA PENAL**

§ 226. Advertencia metodológica . . . . .	382
§ 227. Concepto . . . . .	382
§ 228. Funciones de la cláusula penal . . . . .	383
a) Teorías unitarias. . . . .	383
1) Función compulsiva. La cláusula penal como pena privada . . . . .	384

2) Función resarcitoria. La cláusula penal como simple evaluación convencional anticipada de la reparación . . . . .	384
3) Función polivalente . . . . .	385
b) Teorías dualistas . . . . .	387
c) Nuestra opinión . . . . .	388
§ 229. Utilidad de la cláusula penal . . . . .	391
§ 230. La cláusula penal como negocio jurídico . . . . .	392
a) Los sujetos . . . . .	392
b) El objeto. . . . .	393
c) La causa final. . . . .	394
d) Forma. . . . .	395
e) Modalidades. . . . .	396
f) Oportunidad en que puede pactarse. . . . .	396
§ 231. Caracteres de la cláusula penal . . . . .	396
a) Voluntaria . . . . .	396
b) Accesorio . . . . .	397
c) Condicional . . . . .	399
d) Preventiva . . . . .	399
e) Subsidiaria . . . . .	400
f) Definitiva . . . . .	401
g) Relativamente inmutable . . . . .	401
h) Interpretación restrictiva . . . . .	402
§ 232. Clasificación de la cláusula penal: cláusula penal compensatoria y moratoria . . . . .	403
a) Cláusula penal compensatoria . . . . .	403
b) Cláusula penal moratoria . . . . .	403
c) Trascendencia práctica de la clasificación. . . . .	404
§ 233. Inmutabilidad de la cláusula penal . . . . .	405
a) El principio: inmutabilidad de la cláusula penal. Sus fundamentos . . . . .	405
b) La cuestión en el código civil argentino . . . . .	407
1) ¿Cuándo procede la revisión judicial de la cláusula penal? . . . . .	407
I. El elemento objetivo . . . . .	408
II. Los dos elementos subjetivos de la figura . . . . .	409

2) Acciones . . . . .	410
3) La facultad de revisión judicial y las cláusulas penales con función compulsiva o de pena privada . . . . .	410
4) El problema de las cláusulas penales insuficientes . . . . .	411
I. Incumplimiento doloso . . . . .	412
II. Cláusulas penales ínfimas o irrisorias . . . . .	412
§ 234. Condiciones de aplicación de la cláusula penal. Generalidades . . . . .	414
a) Incumplimiento absoluto o relativo de la prestación principal . . . . .	414
b) Quid de la mora del obligado a cumplir la prestación principal . . . . .	414
§ 235. Efectos de la cláusula penal . . . . .	415
a) Efectos con relación al deudor. . . . .	415
b) Efectos con relación al acreedor . . . . .	415
1) El principio general: La cláusula penal como obligación subsidiaria. Ausencia de acumulación. El derecho de opción del acreedor . . . . .	416
2) Primera excepción: convención que autoriza la acumulación de la prestación y la pena . . . . .	417
3) Segunda excepción: cláusula penal moratoria. . . . .	417
§ 236. La cláusula penal y las obligaciones de sujeto plural . . . . .	418

#### **H) CURSO DE LOS INTERESES**

§ 237. La deuda de intereses. Remisión. . . . .	419
§ 238. Curso de los intereses compensatorios . . . . .	419
§ 239. Curso de los intereses . . . . .	420
a) El artículo 1748 del código civil y comercial . . . . .	420
b) Los intereses en la responsabilidad civil extracontractual . . . . .	421
1) Naturaleza de los intereses debidos por el responsable. . . . .	421
I. Doctrina del interés compensatorio . . . . .	421
II. Doctrina del interés resarcitorio o indemnizatorio . . . . .	423
III. Doctrina del interés moratorio . . . . .	423

2) ¿Desde qué momento se devengan los intereses en la responsabilidad extracontractual? . . . . .	426
3) ¿Desde qué momento se devengan los intereses en la responsabilidad por incumplimiento obligacional o contractual? . . . . .	430
4) Deudas de valor e intereses . . . . .	430
5) Tasa de interés aplicable . . . . .	431
I. Tasa pasiva . . . . .	431
II. Tasa pasiva más un “plus” . . . . .	433
III. Tasa activa . . . . .	434
IV. Quid de la multiplicación de la tasa de interés en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema . . . . .	436
§ 240. Acumulabilidad del daño moratorio . . . . .	437

## CAPÍTULO XI

### FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTINUACIÓN). SUPUESTOS PARTICULARES

#### A) INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO

§ 241. Marco normativo . . . . .	439
§ 242. Acerca del carácter <i>iure proprio</i> o <i>iure hereditatis</i> de las acciones resarcitorias que nacen del homicidio . . . . .	442
a) Doctrina de las dos acciones . . . . .	443
b) Doctrina del carácter <i>iure proprio</i> de la acción resarcitoria . . . . .	447
§ 243. Acerca del valor económico intrínseco de la vida humana . . . . .	450
a) Planteo de la cuestión . . . . .	450
b) Doctrina que proclama el valor económico de la vida humana . . . . .	450
c) Doctrina que niega el valor económico intrínseco de la vida humana . . . . .	454
§ 244. La indemnización del daño patrimonial por fallecimiento. Su regulación en el código civil y comercial . . . . .	457

§ 245. Gastos realizados en la asistencia y funeral de la víctima . . . . .	459
a) Gastos para la asistencia de la víctima . . . . .	459
b) Gastos de sepelio . . . . .	461
§ 246. Indemnización de lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años con derecho alimentario y de los hijos incapaces o con capacidad restringida (art. 1745, inc. b). . . . .	461
a) El sentido de la norma . . . . .	461
b) Carácter de la presunción legal contenida en el artículo 1745, inciso b . . . . .	462
c) Damnificados indirectos que pueden ampararse en la presunción legal de daños del artículo 1745, inciso b. . . . .	464
d) Alcance y contenido del daño legal presunto del artículo 1745, inciso b. Medida del resarcimiento . . . . .	466
e) Daños excluidos de la presunción establecida por el artículo 1745, inciso b. Necesidad de su alegación y prueba. Los lucros probables de la persona fallecida. . . . .	469
1) Lucros cesantes de la persona fallecida. . . . .	469
2) Lucro cesante del damnificado indirecto. . . . .	470
f) Otros perjuicios resarcibles . . . . .	471
§ 247. La pérdida de chance de ayuda futura de los padres como consecuencia de la muerte del hijo . . . . .	471
§ 248. Modo de satisfacer la indemnización. Implicancia procesal del artículo 1745, inciso b. . . . .	472

**B) INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL POR LESIONES O INCAPACIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA**

§ 249. El artículo 1746 . . . . .	473
§ 250. Legitimación activa. . . . .	475
§ 251. El daño resarcible . . . . .	475
a) Gastos terapéuticos y de curación . . . . .	475
b) Otros daños emergentes del lesionado . . . . .	478
c) Los daños resarcibles (continuación). Las ganancias dejadas de percibir. El lucro cesante. La incapacidad vital . . . . .	478
1) Planteo de la cuestión. . . . .	478

2) ¿Tiene la integridad psicofísica un valor económico por sí misma? La incapacidad como pretendido daño autónomo, independiente del perjuicio patrimonial y moral que deriva de ella . . . . .	479
I. Doctrina que asigna valor económico intrínseco a la integridad psicofísica de la persona. La incapacidad como daño autónomo en el derecho argentino . . . . .	480
II. Doctrina que niega el valor económico intrínseco de la integridad psicofísica de la persona. . . . .	484
d) Los daños resarcibles (continuación). La incapacidad sobreviniente. Concepto de incapacidad y de discapacidad . . . . .	486
e) Incapacidad temporal o permanente . . . . .	490
f) Incapacidad total o parcial . . . . .	491
g) Incapacidad laborativa y vital . . . . .	492
1) La incapacidad laborativa . . . . .	492
I. Incapacidad laborativa genérica. . . . .	493
II. Incapacidad laborativa específica . . . . .	494
2) La incapacidad vital . . . . .	495
I. Caracterización. . . . .	495
II. Encuadramiento . . . . .	499
III. Cuantificación de la indemnización. . . . .	500
h) Incapacidad alterable o inalterable . . . . .	502
i) La gran discapacidad o invalidez. . . . .	503
j) Aspectos ponderables para la determinación de la incapacidad . . . . .	504
k) El daño resarcible en caso de incapacidad. La distinción entre lucro cesante e incapacidad . . . . .	505
1) Doctrina que proclama una diferenciación de esencia entre la indemnización del lucro cesante y por incapacidad. . . . .	505
2) Doctrina que admite la utilidad de la distinción atendiendo a un factor temporal . . . . .	506
3) Doctrina que distingue lucro cesante e indemnización atendiendo a las características de la situación lesiva que produce el daño. . . . .	507
4) Nuestra opinión . . . . .	508

l) Indemnización por pérdida de chances . . . . .	512
m) Indemnización del daño moral . . . . .	513
n) El daño patrimonial derivado de la incapacidad en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación . . . . .	513
1) El caso “Ontiveros” . . . . .	513
2) El caso “Grippe” . . . . .	520

**C) VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN JUDICIAL  
DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL  
EN CASOS DE INCAPACIDAD Y DE MUERTE**

§ 252. Los rasgos preocupantes del sistema argentino anterior a la sanción del código civil y comercial . . . . .	523
§ 253. Necesidad de una reacción . . . . .	525
§ 254. La importancia de los baremos y de las tablas de incapacidad. . . . .	525
§ 255. Baremos y cuantificación del daño . . . . .	527
§ 256. La importancia de una adecuada cuantificación de la indemnización de los daños personales en caso de muerte y de lesiones . . . . .	529
§ 257. Los criterios cualitativos, circunstanciados o no matemáticos. . . . .	531
§ 258. Los criterios cuantitativos o matemáticos. Su recepción normativa en el código civil y comercial . . . . .	534
a) Formulación. . . . .	534
b) Recepción normativa en el código civil y comercial . . . . .	537
§ 259. La sentencia debe indicar las pautas de liquidación y la indemnización derivar de ellas . . . . .	540
§ 260. La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. . . . .	541
§ 261. Determinación del valor actual de los ingresos futuros perdidos . . . . .	541
a) El criterio que computa las necesidades de la víctima. . . . .	541
b) El cómputo lineal de las ganancias y pérdidas . . . . .	542
c) El sistema de la renta neta . . . . .	543
d) El sistema de la renta capitalizada. Su consagración expresa en el código civil y comercial. . . . .	544

§ 262. Importancia de las fórmulas matemáticas para cuantificar ciertas indemnizaciones . . . . .	546
§ 263. La utilización de fórmulas matemáticas no limita el principio de reparación plena. . . . .	547
§ 264. La utilización de fórmulas matemáticas es obligatoria para el juez tratándose de daños futuros que derivan de lesiones o de incapacidad. Efectos que produce su omisión . . . . .	548
§ 265. Principales fórmulas . . . . .	550
a) Las fórmulas “Vuoto” y “Marshall” . . . . .	550
1) “Vuoto” . . . . .	551
2) “Marshall” . . . . .	552
I. La fórmula amplia . . . . .	552
II. La fórmula abreviada . . . . .	553
3) Los componentes de ambas fórmulas . . . . .	557
I. Ingresos de la víctima. . . . .	557
(i) Personas con ingresos fijos . . . . .	557
(ii) Personas con ingresos variables. . . . .	559
(iii) Personas que no realizan actividad productiva. . . . .	560
(iv) ¿Cómo se resarce el daño derivado de pérdida de aptitudes que no están vinculadas directamente con la generación de ingresos? Muerte o incapacidad del ama de casa . . . . .	561
(v) Deducción de los costos necesarios para el desarrollo de la actividad . . . . .	564
II. Porcentuales de incapacidad . . . . .	565
III. Los extremos temporales a computar en la indemnización del lucro cesante por incapacidad . . . . .	566
(i) El momento inicial . . . . .	566
(ii) Edad hasta la cual es resarcible el daño material por incapacidad laboral. . . . .	567
(iii) La cuestión en caso de indemnización por muerte . . . . .	568
IV. Tasa de interés . . . . .	569
b) Cuestionamiento de la fórmula “Vuoto”. El caso “Arostegui” . . . . .	570
c) La doctrina “Méndez” . . . . .	572

§ 266. La indemnización por daño patrimonial y moral a la persona en caso de muerte e incapacidad y los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación . . . . .	574
a) La necesidad de fundamentación suficiente del decisorio . . . . .	574
b) El criterio de realidad económica . . . . .	575
§ 267. Las reformas propuestas por el Anteproyecto de 2018. . . . .	578

**D) VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN  
JUDICIAL DEL DAÑO MORAL**

§ 268. Los distintos criterios doctrinales de valoración. . . . .	580
a) Doctrina que valora el daño moral por su relación con el daño patrimonial . . . . .	580
b) Doctrina que valora el daño moral en base a criterios puramente subjetivos del juzgador. . . . .	581
c) Doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable . . . . .	583
d) Doctrina que valora la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado. Nuestra opinión . . . . .	584
1) Pautas para su determinación. . . . .	584
2) Los parámetros computables . . . . .	585
3) Una indemnización simbólica representa una burla para el damnificado . . . . .	586
4) Daño moral y daño patrimonial no probado . . . . .	586
5) El valor del precedente judicial . . . . .	587
6) Daño moral, placeres compensatorios y satisfacciones sustitutivas que deben procurarse a través de las sumas reconocidas. El llamado “precio del consuelo” . . . . .	587
e) Doctrina que pondera la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño . . . . .	588
§ 269. La valoración y cuantificación de la indemnización del daño moral en el código civil y comercial . . . . .	588
a) El código civil y comercial determina con claro sentido normativo el estándar de cuantificación de la indemnización . . . . .	588

b) ¿Qué son las satisfacciones sustitutivas y compensatorias? . . . . .	592
c) El artículo 1741 del código civil y comercial y la teoría del <i>solatium</i> . . . . .	593
d) El estándar de cuantificación basado en las satisfacciones compensatorias y sustitutivas que las sumas otorgadas puedan brindar, ¿es el único que el juez debe tener en cuenta a la hora de cuantificar la indemnización? . . . . .	595
e) Deber del juez de fundar la cuantificación de la indemnización por daño moral . . . . .	605
f) ¿Con base en qué parámetro subjetivo deben ponderarse las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas? . . . . .	605
g) ¿En qué momento debe hacerse la evaluación y cuantificación de la satisfacción sustitutiva y compensatoria en dinero? ¿Al momento del daño o al de la sentencia? . . . . .	611
h) El estándar de cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial consagrado en el artículo 1741 del código civil y comercial rige también para el daño moral colectivo . . . . .	611
§ 270. Acerca de la tarifación legal o jurisprudencial de la indemnización del daño moral . . . . .	612

## CAPÍTULO XII

### FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

#### A) GENERALIDADES

§ 271. La función preventiva de la responsabilidad civil . . . . .	619
§ 272. Las distintas formas de prevención. . . . .	621
§ 273. La prevención del daño no es resorte exclusivo del derecho privado. . . . .	623
§ 274. Los delicados confines de la tutela preventiva . . . . .	624

§ 275. Bases normativas de la prevención del daño en el derecho argentino. . . . .	627
a) Tutela sustancial inhibitoria. . . . .	628
b) Tutela procesal inhibitoria. Nociones . . . . .	632

**B) EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL DAÑO  
EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

§ 276. Indebido emplazamiento de la prevención del daño como función de la responsabilidad civil. . . . .	634
§ 277. El artículo 1710 del código civil y comercial. . . . .	636
§ 278. Sobre quién recae el deber de prevención. . . . .	638
§ 279. Las conductas exigibles. . . . .	639
a) Evitar causar un daño no justificado . . . . .	639
b) Adoptar las medidas para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. . . . .	643
1) Alcance de la solución normativa . . . . .	643
2) La inadmisibles restricción indemnizatoria contenida en el artículo 1710, inciso b . . . . .	646
c) Carga de no agravar el daño ya producido. ¿Un supuesto de prevención del daño? . . . . .	648
1) Caracterización de la figura. Efectos . . . . .	648
2) Efectos que produce la inobservancia de esta carga . . . . .	650
3) Diferencias con otras figuras . . . . .	651

**C) LA ACCIÓN (PRETENSIÓN) PREVENTIVA**

§ 280. Caracterización . . . . .	652
§ 281. Requisitos . . . . .	655
§ 282. La cuestión vinculada con el factor de atribución . . . . .	662
§ 283. Legitimación activa. . . . .	663
§ 284. Legitimación pasiva . . . . .	664
§ 285. Sentencia . . . . .	665

**D) LA PREVENCIÓN DEL DAÑO EN ALGUNOS  
ÁMBITOS PARTICULARES. NOCIONES BÁSICAS**

§ 286. En el derecho del consumidor. . . . .	669
--	-----

§ 287. En el daño ambiental . . . . .	670
a) El principio de prevención. . . . .	670
b) El principio precautorio. . . . .	673
§ 288. La prevención del daño y el derecho administrativo . . . . .	676
§ 289. La prevención del daño y la actividad de los medios masivos de comunicación. Remisión . . . . .	677

### CAPÍTULO XIII

#### FUNCIÓN SANCIONADORA DEL DERECHO DE DAÑOS

##### A) ASPECTOS GENERALES

§ 290. Quid de la función sancionadora del derecho de daños . . . . .	679
§ 291. Las indemnizaciones punitivas en el derecho argentino . . . . .	680
a) Cláusula penal . . . . .	680
b) Intereses punitivos . . . . .	681
c) Sanciones conminatorias (astreintes). . . . .	682
d) Daños punitivos. . . . .	683

##### B) DAÑOS PUNITIVOS

§ 292. Aspectos generales . . . . .	683
a) Caracterización de la figura. . . . .	683
b) Derecho comparado. . . . .	684
1) Los orígenes de la doctrina . . . . .	684
2) Inglaterra . . . . .	686
3) Estados Unidos de América. . . . .	686
4) Los daños punitivos en el derecho de Europa continental y en Latinoamérica. . . . .	689
c) Los daños punitivos en el código civil de Quebec . . . . .	691
d) Finalidad de los daños punitivos . . . . .	694
1) Punir graves inconductas . . . . .	694

2) Prevenir futuras inconductas semejantes ante el temor de la sanción. . . . .	695
3) Restablecer el equilibrio emocional de la víctima. . . . .	696
4) Reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas . . . . .	696
5) Proteger el equilibrio de mercado . . . . .	696
6) Desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos . . . . .	697
e) Las objeciones a los daños punitivos. . . . .	697
1) Enriquecimiento indebido de la víctima . . . . .	697
2) Arbitrariedad en su determinación. . . . .	699
3) Incompatibilidad con la responsabilidad objetiva. . . . .	700
4) Inconstitucionalidad. . . . .	702
5) La aplicación de daños punitivos arroja resultados social y económicamente disvaliosos . . . . .	704
f) Litigios con pluralidad de damnificados ( <i>mass disaster litigation</i> ) . . . . .	705
g) Responsabilidad de las corporaciones y los empleadores por daños punitivos . . . . .	707
h) Asegurabilidad del daño punitivo . . . . .	708
§ 293. Los daños punitivos en el derecho argentino . . . . .	710
a) Ámbitos en donde se aplican. Interdicción de su aplicación por analogía a otros supuestos no contemplados por el legislador. . . . .	710
b) Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor . . . . .	711
1) Introducción . . . . .	711
2) Denominación . . . . .	712
3) Finalidad de la sanción. . . . .	713
4) Requisitos de admisibilidad. . . . .	716
I. El mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales habilita la aplicación de daños punitivos . . . . .	717
II. La aplicación de daños punitivos requiere de algo más que un mero incumplimiento de deberes u obligaciones legales o contractuales. . . . .	717
III. Acerca del denominado criterio de “tolerancia cero” . . . . .	720

5) Quid de su carácter accesorio. . . . .	725
I. Doctrina de la accesoriad . . . . .	726
II. Doctrina del carácter autónomo y principal. . . . .	726
6) Necesidad de que medie petición de parte. . . . .	728
7) Pautas de graduación y de cuantificación de la sanción. Remisión . . . . .	729
8) Destino de los daños punitivos. . . . .	729
9) El tope legal . . . . .	729
10) Quid de la solidaridad en los daños punitivos . . . . .	730
11) Supuestos con pluralidad de afectados. . . . .	730
12) ¿Pueden pedirse daños punitivos mediante acciones colectivas? . . . . .	731
13) Asegurabilidad del daño punitivo . . . . .	731
14) Daños punitivos y responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en las relaciones de consumo . . . . .	733
c) Los daños punitivos en la ley de defensa de la competencia 27.442. . . . .	734
d) Valoración y cuantificación de los daños punitivos . . . . .	736
§ 294. Los daños punitivos en el derecho proyectado . . . . .	742
a) La sanción pecuniaria disuasiva en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Justificada supresión de la figura en el texto sancionado . . . . .	742
b) Proyecto de Código de Defensa del Consumidor de 2019 . . . . .	745
§ 295. La punición excesiva. . . . .	750