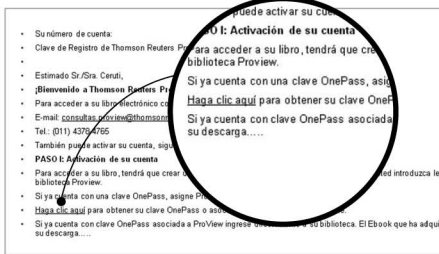


THOMSON REUTERS
LA LEY



SI ES LA PRIMERA VEZ QUE USA UN eBook DE THOMSON REUTERS

- 1 Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y obtener su clave **OnePass**.



- 2 Ingrese el NOMBRE (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico.

A screenshot of the OnePass registration page. The title is "registre un nuevo perfil". Below the title, there is a text box for "Clave de registro" with the example "1234567-ABCDE1". Below that is a text box for "Nombre ¿Cuál es esto?". Below that is a text box for "Dirección de Correo Electrónico". At the bottom, there is a "continuar" button.

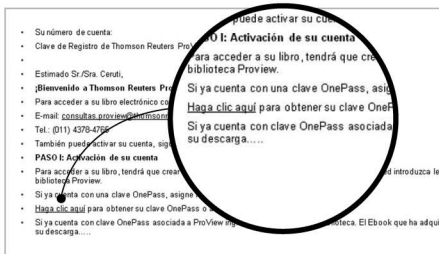
- 3 A continuación, complete los campos requeridos y cree su perfil. **Importante:** El USUARIO y CONTRASEÑA elegido en este proceso le permitirán ingresar a **ProView** para poder visualizar su eBook.

A screenshot of the OnePass registration page, showing the "Registrar un nuevo Perfil OnePass" form. The form has a "Su información" section with fields for "Primer nombre", "Apellido", and "Dirección de Correo Electrónico". There is also a "Confirmar casilla de Correo Electrónico" section with a note "Debe ser igual al campo CORREO ELECTRONICO".

- 4 Finalmente, aparece un mensaje de registro que confirma el acceso a su libro electrónico. Para descargar la aplicación **ProView** y poder consultar su eBook siga las instrucciones que aparecen en la siguiente página.

SI NO ES LA PRIMERA VEZ QUE USA UN eBook DE THOMSON REUTERS

- 1 Recibirá un correo electrónico con la información necesaria para el acceso a su eBook. Allí deberá hacer clic en el *link* y asociar su eBook a su cuenta.



- 2 Ingrese el NOMBRE (este nombre puede ser cualquier palabra, no tiene ningún tipo de limitación) y dirección de correo electrónico. **Importante:** utilice la misma dirección de correo electrónico registrada en **OnePass**.

A screenshot of the OnePass registration page, identical to the one in the first section. The title is "registre un nuevo perfil". Below the title, there is a text box for "Clave de registro" with the example "1234567-ABCDE1". Below that is a text box for "Nombre ¿Cuál es esto?". Below that is a text box for "Dirección de Correo Electrónico". At the bottom, there is a "continuar" button.

- 3 Finalmente su eBook está listo para descargarse en la aplicación **ProView**.

FORMAS DE **ACCESO**

ACCESO DESDE SU IPAD O TABLETA ANDROID

Descargue la aplicación Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android:

- Entre en **iTunes Store y busque ProView** para acceder a la aplicación de **iPad en iTunes Store**.
- Entre en **Google Play y busque ProView** para acceder a la aplicación de **Android en Google Play**.

ACCEDA A SU BIBLIOTECA

- **Abra la aplicación** de Thomson Reuters PROVIEW™ en su iPad o tableta Android.
- **Inicie la sesión** introduciendo su usuario y **contraseña OnePass**.
- El libro electrónico que ha adquirido está **disponible en su biblioteca**.
- **Descargue el contenido del libro** haciendo clic **en el ícono del libro electrónico** (este paso sólo es necesario hacerlo la primera vez que accede al contenido y es preciso que el iPad o la tableta Android esté conectado a Internet).
- Una vez descargado, el libro electrónico ya está disponible para su consulta.

ACCESO DESDE SU ORDENADOR

Descargue la aplicación de escritorio de Thomson Reuters PROVIEW™ para PC (Windows o Mac):

- Entre en **<http://thomsonreuters.com/site/proview/proview-for-window-mac/>** para descargar la aplicación para su ordenador Windows o Mac.

THOMSON REUTERS PROVIEW™ DESDE SU NAVEGADOR

Si lo prefiere, puede acceder a Thomson Reuters PROVIEW™ desde su navegador:

- Entre en la página web **<https://proview.thomsonreuters.com>** e introduzca su usuario y contraseña OnePass.

SI TIENE DUDAS O PROBLEMAS CON EL PROCESO DE ACTIVACIÓN DEL eBOOK, PUEDE LLAMAR AL TELÉFONO **0810 222 5253**



THOMSON REUTERS

TRATADO DE DERECHO DE DAÑOS



TOMO I

TRATADO DE DERECHO DE DAÑOS



TOMO I

SEBASTIÁN PICASSO
Y LUIS R. J. SÁENZ

THOMSON REUTERS
LA LEY

Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J.

Tratado de Derecho de Daños / Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz.- 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.

v. 1, 592 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3710-2

1. Derecho. I. Título.

CDD 341.026

© Sebastián Picasso, 2019

© Luis R. J. Sáenz, 2019

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2019

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 350 ejemplares

ISBN 978-987-03-3710-2 (tomo I)

ISBN 978-987-03-3708-9 (obra completa)

SAP 42630617

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

ARGENTINA

*Para Karin, que me regaló la belleza.
Para Anita, que hizo de la primavera
una triple mañana.*

S.P.

Para Jerónimo y Augusto.

L.S.

ÍNDICE GENERAL

TOMO I

PRÓLOGO.....	XXI
--------------	-----

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE DAÑOS

SECCIÓN PRIMERA

EL DERECHO DE DAÑOS Y SUS FUNCIONES

PLAN DE LA SECCIÓN PRIMERA.....	3
---------------------------------	---

CAPÍTULO 1

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA REFORMA DEL DERECHO DE DAÑOS

1. Codificación, descodificación y recodificación del derecho de daños.....	5
2. Antecedentes. Los proyectos anteriores	16
2.1. Los proyectos de 1987 y 1992.....	16
2.2. El proyecto de 1998.....	19
3. Gestación del Código Civil y Comercial	29
4. Fuentes y metodología	32
4.1. Fuentes de la nueva normativa.....	32

4.2.	Sistema de fuentes del derecho	33
4.3.	Metodología	35
4.4.	La denominación. ¿Responsabilidad civil o derecho de daños? ...	37
5.	Lineamientos generales de la reforma en materia de derecho de daños	42
5.1.	Delimitación de las funciones del derecho de daños.....	42
5.2.	Énfasis en la prevención del daño.....	43
5.3.	Unificación de la responsabilidad obligacional y aquiliana	43
5.4.	Tratamiento sistemático de los elementos o presupuestos de la responsabilidad	44
5.5.	Acentuación de la responsabilidad objetiva	44
5.6.	Principio de reparación integral.....	45
5.7.	Clarificación del concepto y las categorías del daño resarcible .	46
5.8.	Empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la incapacidad sobreviniente y el “valor vida”	47
5.9.	Tratamiento de algunas responsabilidades especiales	49
5.10.	Rediseño de las relaciones entre la acción civil y la penal	50

CAPÍTULO 2

LAS “FUNCIONES” DEL DERECHO DE DAÑOS

1.	Breve panorama histórico.....	53
2.	¿Qué son las “funciones” del derecho de daños?.....	59
3.	El debate doctrinal.....	62
4.	“Daños punitivos” y derecho de daños.....	73
5.	La cuestión de las “funciones” en el Código Civil y Comercial.....	85

SECCIÓN SEGUNDA

LA FUNCIÓN PREVENTIVA

PLAN DE LA SECCIÓN SEGUNDA	95
----------------------------------	----

CAPÍTULO 1

LA PREVENCIÓN DEL DAÑO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1.	Introducción	97
----	--------------------	----

2. La función preventiva.....	99
2.1. Caracterización.....	99
2.2. Función preventiva genérica y específica.....	100
2.3. La prevención del daño y el principio precautorio.....	102
3. Antecedentes legislativos relativos a la función preventiva.....	105
4. La función preventiva en el Código Civil y Comercial.....	108
4.1. El deber de prevenir el daño.....	108
4.1.1. Supuestos comprendidos.....	109
4.1.2. Personas obligadas a prevenir.....	110
4.1.3. La carga de mitigar el daño por parte de la víctima.....	111
4.1.4. Reintegro de los gastos en que se incurrió para prevenir.....	114
4.2. La acción preventiva.....	114
4.2.1. Requisitos de procedencia.....	115
4.2.2. Legitimación activa.....	119
4.2.3. La sentencia en la acción preventiva.....	121
4.2.3.1. Poderes del juez. La cuestión del mandato preventivo.....	122
4.2.3.2. Principios que deben orientar la decisión preventiva.....	125
5. La tutela inhibitoria y los derechos personalísimos.....	126

CAPÍTULO 2

LAS HERRAMIENTAS PREVENTIVAS ESPECIALES

1. Introducción.....	131
2. Las acciones preventivas clásicas.....	132
2.1. La acción de daño temido.....	132
2.2. La acción tendiente a obtener el cese de las molestias intolerables.....	134
2.3. Las acciones reales.....	136
3. Otras acciones preventivas.....	136
3.1. La acción de amparo.....	136
3.2. La acción preventiva de la Ley General del Ambiente.....	137
3.3. La acción preventiva en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor.....	138
4. Las herramientas procesales de prevención.....	139
4.1. Las medidas cautelares.....	139
4.2. Las medidas autosatisfactivas.....	141
4.3. La tutela anticipada.....	142

SECCIÓN TERCERA

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

PLAN DE LA SECCIÓN TERCERA.....	145
---------------------------------	-----

SUBSECCIÓN I

LAS GRANDES NOCIONES DEL SISTEMA

PLAN DE LA SUBSECCIÓN I.....	147
------------------------------	-----

CAPÍTULO 1

LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Introducción	149
2. Obligación de reparar.....	151
3. Daño causado a otro.....	155
4. Hecho ilícito.....	156

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDAD OBLIGACIONAL Y EXTRA CONTRACTUAL

1. Introducción	159
2. Delimitación de ambas órbitas	162
3. Dualismo y monismo	170
3.1. El “dualismo”	171
3.2. El “monismo”	174
4. El nuevo código y la unificación de las dos órbitas de responsabilidad...	184
5. Aspectos que han sido unificados.....	187
5.1. Plazos de prescripción liberatoria.....	187
5.2. Régimen del daño moral.....	189
5.3. Concepto de dolo.....	196
5.4. Punto de partida de los intereses moratorios.....	198
5.5. Daños sufridos por el acreedor con motivo o en ocasión de la ejecución del contrato.....	201
6. Diferencias entre las dos órbitas que subsisten en el nuevo código	202
6.1. Estructura del hecho generador	202
6.2. Configuración de la antijuridicidad	203
6.3. Configuración del factor de atribución.....	203

6.4.	Ejecución de la obligación por un tercero	206
6.5.	Efectos del caso fortuito	208
6.6.	Extensión del resarcimiento	209
6.7.	Régimen aplicable en caso de pluralidad de responsables.....	215
6.8.	Edad a la que se adquiere el discernimiento.....	217
6.9.	Reglas aplicables a los casos con elementos internacionales.....	218
6.10.	Competencia judicial	220
6.11.	Cobertura del seguro de responsabilidad civil.....	222
7.	El problema de la opción entre ambos regímenes.....	222
8.	Examen de los casos que generan problemas de calificación entre ambas órbitas.....	228
8.1.	Transporte benévolo	229
8.2.	Accidentes deportivos.....	231
8.2.1.	Daños causados entre deportistas	231
8.2.2.	Daños causados por los jugadores a terceros.....	232
8.2.3.	Responsabilidad del organizador del espectáculo	232
8.2.4.	Situación del deportista frente al club	233
8.3.	Responsabilidad precontractual	234
8.4.	Responsabilidad postcontractual.....	237
8.5.	Responsabilidad del Estado por mala praxis en un hospital público.....	239
8.6.	Daños causados a terceros ajenos a la obligación	240
8.7.	Participación de terceros en el incumplimiento de la obliga- ción	253
8.8.	Responsabilidad derivada de la resolución del contrato por incumplimiento	254
8.9.	Infortunios laborales	255
8.10.	Responsabilidad por daños al consumidor.....	257

SUBSECCIÓN II

LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

PLAN DE LA SUBSECCIÓN II.....	263
-------------------------------	-----

CAPÍTULO 1

LA ANTIJURIDICIDAD

1.	La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil.....	265
2.	Concepto y caracteres de la antijuridicidad	268

3. La antijuridicidad en la omisión	271
4. La responsabilidad por actos lícitos.....	277
5. Las causas de justificación	279
5.1. Ejercicio regular de un derecho.....	280
5.1.1. El abuso del derecho como límite	281
5.1.1.1. Delimitación del problema	281
5.1.1.2. Breve noticia histórica	282
5.1.1.3. La cuestión en la Argentina.....	285
5.1.1.4. Criterios para caracterizar el abuso.....	288
5.1.1.5. “Derechos incausados” y “libertades pú- blicas”	292
5.1.1.6. Naturaleza del acto abusivo. La cuestión del factor de atribución	293
5.1.1.7. La situación jurídica abusiva y el abuso de la posición dominante.....	296
5.1.1.8. El exceso en la normal tolerancia entre ve- cinos y el abuso del derecho	299
5.2. Legítima defensa.....	300
5.3. Estado de necesidad	303
5.4. Exclusión de la asunción o aceptación de riesgos como causa de justificación.....	305
5.5. Consentimiento de la víctima.....	313
5.5.1. Consentimiento libre e informado.....	314
5.5.2. Cláusula no abusiva.....	315
5.5.3. Bienes despojables.....	317

CAPÍTULO 2

LA RELACIÓN CAUSAL

1. Causalidad material y causalidad jurídica.....	321
2. Teorías acerca de la causalidad. La causalidad adecuada	323
2.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones	324
2.2. Teoría de la causalidad adecuada	327
2.2.1. Formulación general	328
2.2.2. Estándar aplicable al juicio de previsibilidad.....	331
2.2.3. Problemas que plantea la teoría de la causalidad ade- cuada	333
3. La causalidad en la omisión	334
4. Extensión del resarcimiento	336
4.1. Régimen general	337
4.2. Previsibilidad contractual	340
4.2.1. Origen y desarrollo de la regla de la previsibilidad contractual.....	341

4.2.2.	El sistema del Código Civil y Comercial	344
4.2.3.	Diferencias con la causalidad adecuada	347
4.2.4.	Alcances de la previsibilidad	349
4.2.5.	Efectos del dolo.....	351
4.2.6.	Otras posibles excepciones a la regla. Contratos de consumo y daños corporales.....	353
5.	Fractura del nexo causal	355
5.1.	Hecho de la víctima	356
5.1.1.	¿Culpa o hecho de la víctima?	356
5.1.2.	Predisposiciones de la víctima	359
5.1.3.	Actos de abnegación o altruismo	364
5.1.4.	Efectos del hecho de la víctima	364
5.1.5.	Carga del damnificado de no agravar el perjuicio	367
5.2.	Caso fortuito o fuerza mayor	368
5.2.1.	Caracteres.....	368
5.2.1.1.	Imprevisibilidad.....	369
5.2.1.2.	Inevitabilidad	371
5.2.1.3.	Exterioridad.....	371
5.2.2.	Caso fortuito y ausencia de culpa.....	377
5.2.3.	Efectos del caso fortuito	379
5.2.4.	Asunción contractual del <i>casus</i> y eximentes calificadas ...	381
5.2.5.	Efectos del caso fortuito en el incumplimiento de las obligaciones. La imposibilidad de cumplimiento	382
5.2.5.1.	Caracteres.....	385
5.2.5.2.	Efectos de la imposibilidad	390
5.3.	Hecho de un tercero	392
6.	Rol causal del dolo.....	396

CAPÍTULO 3

EL DAÑO

1.	Introducción	401
2.	Concepto de daño jurídico	402
2.1.	El debate doctrinal.....	402
2.1.1.	El daño como detrimento de un bien jurídico	402
2.1.2.	El daño como lesión de un interés jurídico	404
2.1.3.	El daño como una consecuencia perjudicial	406
2.1.4.	Postura ecléctica.....	407
2.2.	La cuestión en el Código Civil y Comercial	409
3.	Requisitos del daño resarcible.....	410
3.1.	El daño debe ser cierto	411

3.2.	El daño debe ser personal de quien lo reclama	416
3.3.	El daño debe subsistir al momento de la sentencia.....	417
3.4.	El daño debe consistir en la lesión de un interés lícito.....	417
4.	Clasificación del daño	423
4.1.	Daño patrimonial y daño moral (o extrapatrimonial). Inexistencia de terceras categorías.....	423
4.2.	Daño emergente y lucro cesante	427
4.3.	Daño directo e indirecto	427
4.4.	Daño actual y futuro	429
4.5.	Daño intrínseco y extrínseco	430
4.6.	Daño moratorio y compensatorio.....	430
4.7.	Daño al interés negativo y positivo	432
5.	El daño patrimonial.....	436
5.1.	El daño emergente.....	436
5.2.	El lucro cesante	437
5.2.1.	Incapacidad sobreviniente	438
5.2.2.	Muerte de la víctima directa	446
6.	El daño moral.....	447
6.1.	Concepto	447
6.2.	Naturaleza de las sumas que se otorgan a título de daño moral	448
6.3.	Personas que pueden sufrir daño moral.....	451
6.3.1.	Daño moral sufrido por personas en estado vegetativo o de muy corta edad.....	451
6.3.2.	Daño moral de las personas jurídicas.....	452
6.4.	Legitimación activa para reclamar el daño moral	455
6.4.1.	La cuestión en el Código Civil derogado	455
6.4.2.	La legitimación para reclamar el resarcimiento del daño moral en el Código Civil y Comercial.....	467
6.4.2.1.	El principio	467
6.4.2.2.	Las excepciones	469
6.5.	Transmisión de la acción por daño moral por actos entre vivos y <i>mortis causa</i>	473
6.5.1.	Transmisión de la acción por daño moral <i>mortis causa</i> ...	473
6.5.2.	Transmisión de la acción por daño moral por actos entre vivos.....	474
6.6.	Cuantificación del daño moral	475
6.6.1.	Las posiciones doctrinales.....	475
6.6.1.1.	Cuantificación del daño moral en un porcentaje del monto otorgado en concepto de daño patrimonial	475
6.6.1.2.	Cuantificación en razón de la gravedad de la conducta desarrollada por el agente	476

6.6.1.3.	Cuantificación con sustento en el criterio discrecional del juzgador	476
6.6.1.4.	Cuantificación en función de la entidad objetiva del daño ocasionado	477
6.6.1.5.	Cuantificación en función de los importes otorgados en casos análogos	478
6.6.1.6.	Cuantificación en función de las satisfacciones compensatorias que la indemnización puede procurar a la víctima	479
6.6.2.	Solución adoptada por el Código Civil y Comercial	480
7.	La pérdida de chance	482
7.1.	Concepto y caracteres de la pérdida de chance	484
7.2.	La pérdida de chance y la relación causal	490
7.3.	La pérdida de chance como “daño-evento”	493
7.4.	La cuantificación del daño por pérdida de una chance	497
8.	Modos de reparar el daño	503
9.	Cuantificación del daño	504
9.1.	Formas de cuantificar el daño	504
9.2.	La obligación de reparar el daño es una deuda de valor	505
9.3.	Atenuación equitativa de la indemnización.....	507
9.4.	La cláusula penal	508
9.4.1.	Concepto y funciones.....	508
9.4.2.	Requisitos para exigir la cláusula penal.....	509
9.4.3.	Facultad de morigerar la cláusula penal.....	510
9.4.4.	Efectos de la cláusula penal	511

CAPÍTULO 4

LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN

1.	La noción de factor de atribución	513
2.	Breve panorama histórico.....	515
3.	Responsabilidad subjetiva y objetiva.....	522
4.	El debate acerca del rol de la culpa como “válvula de cierre” del sistema.....	526
5.	Los factores subjetivos	528
5.1.	La culpa	528
5.1.1.	Las “formas” de la culpa.....	529
5.1.2.	La teoría de la prestación de las culpas	530
5.1.3.	Sistemas de apreciación de la culpa. Apreciación en concreto y en abstracto	533
5.1.4.	La culpa profesional	535
5.2.	El dolo.....	537
5.2.1.	El dolo en el derecho penal.....	538

5.2.2.	Clases de dolo	540
5.2.3.	El dolo en el Código Civil y Comercial.....	541
5.2.4.	Efectos del dolo.....	543
5.2.4.1.	Nulidad de las cláusulas de dispensa del dolo	543
5.2.4.2.	Exclusión de limitaciones convencionales o legales a la reparación	545
5.2.4.3.	Casos en que solo se responde por dolo	549
5.2.4.4.	El dolo impide reducir la reparación por motivos de equidad	550
5.2.4.5.	El dolo como parámetro de la antijuridicidad	550
5.2.4.6.	El dolo de uno de los codeudores solidarios no perjudica a los demás	555
5.2.4.7.	Efecto de atracción causal del dolo	555
6.	Los factores objetivos	556
6.1.	El riesgo	559
6.1.1.	Riesgo creado y riesgo-provecho.....	559
6.1.2.	El riesgo no es una norma de clausura de la responsabilidad objetiva	561
6.2.	La equidad.....	563
6.3.	La dependencia civil.....	565
6.4.	La responsabilidad parental	565
6.5.	El exceso en la normal tolerancia entre vecinos	566