

Voces: DERECHO CIVIL ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ DOLO ~ VICIO DE LA VOLUNTAD ~ DELITO CIVIL ~ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ~ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ REPARACION INTEGRAL ~ RELACION DE CAUSALIDAD ~ RELACION DE CAUSALIDAD ADECUADA ~ OBLIGACIONES ~ CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ~ CONSECUENCIA MEDIATA ~ CONSECUENCIA INMEDIATA ~ ACTO INVOLUNTARIO ~ INDEMNIZACION ~ CONSECUENCIA CASUAL ~ CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR ~ RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR ~ MORA ~ INTERESES ~ CLAUSULA PENAL ~ ASTREINTES ~ LIMITACION DE RESPONSABILIDAD ~ DAÑO RESARCIBLE ~ DAÑO CIERTO ~ DAÑO FUTURO ~ DAÑO

Título: El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones

Autores: Alterini, Jorge Horacio

Publicado en: Acad.Nac. De Derecho 01/01/2008, 1

SUMARIO: 1. Escenarios del dolo. - 2. La llamada reparación integral o plena. - 3. La relación causal adecuada. - 4. Incrementos. - 5. Limitaciones. - 6. Atenuaciones. - 7. Compensaciones.

1. Escenarios del dolo

En el marco del derecho civil el dolo adquiere matizaciones distintas según el escenario en el que se hace presente. Así se debe aludir al dolo como vicio de la voluntad, en materia de responsabilidad extracontractual y en la responsabilidad contractual.

El dolo como vicio de la voluntad es caracterizado por el art. 931 del Cód. Civ. en estos términos: "Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin".

La voluntad viciada por la acción dolosa provoca la nulidad del acto respectivo, en tanto se configuren los requisitos previstos por el art. 932, y el art. 933 menta que: "La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa".

No me detendré en este aspecto del dolo, pues excede la delimitación temática.

Interesa especialmente ahora el dolo en cuanto a la responsabilidad.

Tengo criterio formado acerca de la conveniencia de la unificación de los regímenes de las llamadas responsabilidad extracontractual y contractual, pues me pronuncié en ese sentido como miembro de las tres comisiones de reforma integral del Código Civil que tuve el honor de integrar, tanto en la Comisión de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987, cuyo Proyecto sancionado por ambas Cámaras del Congreso de la Nación fue finalmente vetado por el Poder Ejecutivo; también como integrante de la Comisión Federal que redactó el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1993, con media sanción unánime vigente de la Cámara de Diputados de la Nación y en la condición de coautor del Proyecto de Código Civil de 1998, con estado parlamentario.

Pero como la aspiración sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad no fue todavía plasmada, es ineludible hacer tema con el dolo en los dos ámbitos en que se bifurca en el responder civil.

El dolo en la órbita de la responsabilidad extracontractual denota la intención de dañar y es rasgo de la configuración del delito civil, definido por el art. 1072 como: "El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro...".

Existe un fuerte consenso mayoritario que identifica al dolo en la responsabilidad contractual con el incumplimiento deliberado de la obligación por quien está en condiciones para satisfacerla (1).

Con respecto a la mención de la ejecución "maliciosa" en el art. 521, un amplio cortejo de autores, que conforma una mayoría muy dominante, coincide en que la denominada "ejecución maliciosa" implica una inejecución "dolosa"(2), aunque una opinión minoritaria interpreta que malicia no coincide con la noción de dolo antes expuesta.

En el criterio minoritario, Guillermo A. Borda acepta que el dolo se identifica con la intención de no cumplir, pero arguye que la malicia no equivale al dolo, pues: "Malicia es dolo calificado por alguna de las siguientes circunstancias: a) intención de causar un daño, b) indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor, del incumplimiento"(3).

El mismo autor reiteró posteriormente que para acreditar la malicia: "... basta con probar la conducta desaprensiva del deudor ante el riesgo muy probable que se cierne sobre el acreedor con motivo del incumplimiento o del deficiente cumplimiento por el deudor..."(4). La opinión de Borda fue aceptada aisladamente y sólo en forma parcial (5).

Para apuntalar la tesis de la identificación de la ejecución maliciosa con la dolosa, se ha dicho que: "...es tan injusto limitar la responsabilidad por consecuencias mediatas sólo al caso de inejecución maliciosa, que esa valoración aconseja una interpretación extensiva del art. 521 para aplicarlo a todos los casos en que, pudiendo

hacerlo, el deudor decide no cumplir, cualesquiera sean los móviles subjetivos que lo inspiren. Por sobre la precisión semántica de los conceptos, deben primar la armonía y la justicia de las soluciones, y tampoco es justo favorecer al deudor que no cumple deliberadamente confiriéndole un tratamiento similar al que sólo incurrió en culpa. En conclusión, la malicia debe ser referida al propósito de no cumplir la obligación, aunque no haya propósito de perjudicar al acreedor"[\(6\)](#).

Debe reflexionarse acerca de que es más factible que el deudor quede incurso en dolo en el ámbito de la responsabilidad contractual, pues el mero incumplimiento, pese a la posibilidad de cumplir, provoca esa calificación y así se facilitan algunas gravosas derivaciones que analizaré en este aporte.

2. La llamada reparación integral o plena

Es lugar común señalar que el principio de la reparación integral o plena se infiere de distintas previsiones del Código Civil, como las de los arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1082 y 1109.

No obstante el énfasis con que se afirma la denominada reparación integral, se ha procurado morigerar el impacto de la aserción, pues se dice que: "... sería un grave error entender este principio de modo que él obligue al responsable a reparar todo el daño que ha causado materialmente con su acto. No se trata de la causalidad material sino, como es obvio, solamente de la jurídica (...) el daño imputable al autor de un acto ilícito (...) es solamente el que se halla en conexión causal adecuada con ese acto, o sea, las consecuencias normales y, por tanto, previsibles de su acto. Las demás no se imputan al responsable, aunque también respecto de ellas deba el acto considerarse una condición sine qua non: pero por su anormalidad la ley las considera simplemente causales o fortuitas (...) la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material, sino, como es lógico, jurídica, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en el derecho"[\(7\)](#).

Aunque reflexiones como las transcriptas disminuyen la resonancia de una proclama tan optimista como la de la supuesta reparación integral del daño, lo cierto es que más allá de los tecnicismos jurídicos, la calificada como reparación plena está lejos de ajustarse a su significado ordinario, o sea que todos los daños son resarcidos.

Quiere decir, que la proclama de la reparación integral en su pretendido sentido técnico, no armoniza con el mensaje que decodifican todos aquellos que alejados de los cenáculos especializados se dejan impresionar por imágenes expresivas que se alejan de la realidad, al recibir formulaciones jurídicas simbólicas que no se corresponden con el sentido que les adjudica el receptor habitual, que es el hombre común.

3. La relación causal adecuada

Ya recordé que la mentada reparación integral carece de la amplitud que conduce a pensar una aproximación despojada de la equivocidad de la utilización de los vocablos con pretensiones técnicas, y como tal alejada y hasta reñida con el decir corriente.

De todas las "consecuencias posibles de los hechos", con palabras del art. 902 "in fine" del Cód. Civ., sólo se responde en principio de una proporción de ellos, los que tienen "nexo adecuado de causalidad", es decir, de los que se hallen en relación causal adecuada, paradigma del responder civil.

Y para apreciar la causación adecuada la regla la vierte la primera parte del art. 909 del Cód. Civ., al establecer que: "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada...", pues se atienden al módulo del hombre normal medio.

Con esos marcos referenciales se trazan la responsabilidad extracontractual y la contractual.

En el ámbito extracontractual se responde ante todo por las consecuencias inmediatas, que el art. 901 del Cód. Civ. define como: "las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas". Tal responder lo impone el art. 901: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos".

Acerca de las consecuencias mediatas, el art. 901 expresa que son: "Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto...".

Para la responsabilidad por las consecuencias mediatas es suficiente la mera culpa, pues a tenor del art. 904 "in fine" son imputables al autor del hecho "cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas". Es obvio, que si la simple culpa compromete al autor por las consecuencias mediatas, con mayor razón todavía lo será de mediar dolo, y es así que la misma norma en su proposición inicial lo responsabiliza "cuando las hubiere previsto".

Sin duda hubiera bastado la referencia a la matización de la culpa, pues con tal punto de partida nadie dudaría que la responsabilidad también se haría presente con la máxima subjetividad del dolo, por ello es objetable la redacción del art. 904 que hasta comienza con la imputación por dolo y recién hacia el final apunta a la conducta culposa.

Con pensamiento diáfano aprecia Orgaz que: "... también la consecuencia mediata es en dicho art. 901 una

consecuencia adecuada o normal, porque también ella —como previsible— es la que regularmente sucede de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas: la normalidad es común a las consecuencias inmediatas y a las mediatas —por oposición a las casuales— y en lo único en que aquéllas difieren es en la mayor o menor intermediación con respecto al acto, es decir, según que hayan derivado directamente de éste o sólo por la interposición de un acontecimiento distinto"⁽⁸⁾.

Con óptica semejante, se dice: "A fin de establecer la previsibilidad de un suceso, es menester acudir a la directiva que brinda la parte primera del art. 901 al caracterizar las consecuencias inmediatas, ya que sólo es previsible lo que 'acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas'. Por lo tanto, aunque el enlace del hecho con otro acontecimiento, condición determinante del efecto, es una circunstancia contingente, no por ello deja de ser previsible, ya que esa derivación constituye una consecuencia posible"⁽⁹⁾.

En cuanto a la responsabilidad contractual, los lineamientos básicos surgen de los arts. 520 y 521 del Cód. Civ.

El art. 520 regula el incumplimiento culposo y establece que: "En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación".

Con su habitual claridad, Llambías explica el sentido de la compartible corriente interpretativa que sigue acerca de los alcances de la expresión "necesaria": "...la consecuencia es necesaria cuando el hecho que la origina no es por sí indiferente en la producción de ese resultado: no es algo contingente, que puede ser o no ser, sino que acontecido el incumplimiento del deudor, se habrá de seguir, verosímilmente, aquella consecuencia. Y aplicando este concepto al daño concreto que se estuviera analizando, se estimará como consecuencia necesaria del incumplimiento del deudor cuando reconozca en ese hecho su causa adecuada, sin que aparezca como el resultado de algún factor eventual. En suma, el concepto de consecuencia necesaria no ha de entenderse aisladamente, sino justamente con el de consecuencia inmediata, tal como está en el art. 520. Según ello, el deudor responde por el daño que reconoce precisamente en el incumplimiento obrado por él su causa adecuada (consecuencia necesaria), según el curso natural y ordinario de las cosas (y por ello se trata de una consecuencia inmediata)"⁽¹⁰⁾.

A diferencia del caso de la responsabilidad extracontractual, donde para la imputación de las consecuencias mediatas es indistinto el obrar simplemente culpable o doloso, en la responsabilidad contractual el principio es que sólo quien incurra en dolo es responsable de las consecuencias mediatas de su obrar, que como ya lo advertí es presentado con la fórmula de la "inejecución maliciosa".

Efectivamente, a tenor del art. 521: "Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas". Se asiste de tal modo a una previsión general del incremento de la responsabilidad por dolo, al que se le suman otros incrementos en supuestos diversos y entre ellos algunos que involucran al doloso, que trataré a continuación.

4. Incrementos

a) Actos involuntarios

En materia de incrementos de responsabilidad, un supuesto significativo es el del art. 907 del Cód. Civ., pues involucra a "hechos involuntarios", o sea a los que carecen de alguno de los requisitos del acto voluntario: el discernimiento, la intención y la libertad (art. 897 del Cód. Civ.), pues se excepciona la pauta genérica contenida en el art. 900, que postula que: "Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna".

El art. 907, ya en su redacción originaria, que subsiste como primer párrafo del texto, previó para los actos involuntarios que su autor responda en la medida de su enriquecimiento: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido". Esta solución no sorprende, pues es razonable que incluso el autor involuntario deba indemnizar el enriquecimiento experimentado.

El impacto legislativo fue producido por el segundo párrafo del art. 907, introducido por la ley 17.711, que reza: "Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

La postura legislativa es encomiable desde el punto de vista axiológico, pues la explican "razones de equidad", que llevan a un resarcimiento por el acto involuntario, para el que debe ponderarse tanto "la importancia del patrimonio del autor del hecho", como "la situación personal de la víctima". Pero que el resultado sea valioso, no oscurece la circunstancia singular de que se responsabiliza a un autor carente de voluntad jurídicamente relevante.

b) Condiciones y confianza especiales

Un tabulador general para regular los incrementos de la indemnización lo conforma el art. 902 del Cód.

Civ., que prevé un plus de responsabilidad en atención a las aptitudes especiales o a la naturaleza de las funciones del autor del hecho, que justifican que se prescinda del módulo del hombre normal medio y se acentúe su responder: "Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

Igualmente el art. 909 antes invocado, que en su primer párrafo enfatiza en la comparación con el proceder del hombre promedio, por excepción se abstrae en su apartado segundo de tal conducta para la responsabilidad contractual, pues mantiene esa dirección, "... a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes".

Desde hace mucho tiempo he hecho mérito de la fecundidad de la norma del art. 909, por ejemplo, para inferir del propio derecho de fondo la obligación del escribano de realizar estudios de títulos (11). Es indiscutible que la relación trabada por el escribano con las distintas partes del acto que autoriza, es un caso típico que encasilla entre "los contratos que suponen una confianza especial entre las partes" (12) y por ello es necesario apreciar su responsabilidad con ajuste a la "condición especial" de ese agente. Esa "confianza especial" explica que la responsabilidad contractual le imponga al notario realizar el estudio de títulos, pues de otro modo no satisfaría adecuadamente la especial confianza que se deposita en él, como garante de la legalidad y artífice de la seguridad jurídica (13).

c) Imputación de consecuencias casuales. Regla y excepciones

El principio aplicable con respecto a las consecuencias casuales es la irresponsabilidad del autor por ellas.

Las consecuencias casuales son presentadas por el art. 901 "in fine" como "consecuencias mediatas que no pueden preverse" y por tanto no imputables al autor, de allí que el art. 905 fije como regla que: "Las consecuencias casuales no son imputables al autor del hecho...".

Pero la no imputabilidad reconoce una excepción que la doctrina invoca habitualmente, pues el autor responde por las consecuencias casuales, "cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho".

Se ha llegado a decir que en este supuesto en realidad la consecuencia imputada es mediata, pues si bien era objetivamente imprevisible por el hombre común, fue efectivamente prevista (14).

Orgaz, que apunta que alguna vez adhirió a esa opinión, la rectificó por las siguientes razones: "Como la distinción de las consecuencias, o sea el juicio de probabilidad, se hace en abstracto y no en concreto, ellas se definen por lo que era o no previsible, en general, y no por lo que previó o dejó de prever el agente en particular. La previsión concreta de las consecuencias causales —o el hecho de haberlas tenido en miras el agente— no quita que tales consecuencias sean casuales, si no eran, en general, las que debían resultar del curso natural y ordinario de las cosas; como la imprevisión también concreta del agente no impide que sean 'mediatas' las consecuencias que podían preverse, en general, 'empleando la debida atención y conocimiento de la cosa' (art. 904)" (15).

Goldenberg precisa con acierto que "... no es posible desvincular el segundo pasaje del art. 905 del postulado que informa el actual art. 906 (nexo causal adecuado). En tal sentido, no basta para responsabilizar al agente haber 'tenido en mira' un resultado específico, sino que la acción llevada a cabo por él tuvo que ser idónea para producirlo" y vierte como ejemplo correcto el siguiente: "... si alguien, sabiendo la deficiencia cardíaca que padece una persona, produjera deliberadamente en ella un agudo sobresalto o una fuerte impresión, con un resultado letal" (16).

Se asiste a cierto silencio en la doctrina, en cambio, ante otras muy claras excepciones que ofrece la correlación de la cuestión con la temática del caso fortuito.

No se olvide que las consecuencias casuales son las fortuitas, de donde si se responde por el caso fortuito, se estarán afrontando consecuencias casuales, más allá de la supuesta expansión de la regla de irresponsabilidad sentada por el art. 905 "in principium".

Una hipótesis que debe destacarse especialmente es la de la responsabilidad del deudor por el caso fortuito en las obligaciones de género o de dar cantidades de cosas.

El art. 604 del Cód. Civ. preceptúa que: "Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito". La doctrina concuerda en que a las obligaciones de dar cantidades de cosas, antes de su individualización (ver art. 609), se les aplica la previsión del art. 604 sobre obligaciones de género, lo que excluye la alternativa de invocar la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito, porque el género y la cantidad nunca perecen —genus et quantitas nunquam perit— (17).

El art. 513 del Cód. Civ. establece en su parte inicial como pauta básica la irresponsabilidad por caso fortuito: "El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor...".

No obstante, la mentada irresponsabilidad frente al "casus" reconoce en el mismo art. 513 distintas

excepciones: "... a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias de caso fortuito, o éste hubiera ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor".

Es de fácil comprensión la hipótesis de que el deudor hubiera asumido las consecuencias del caso fortuito, pues se sometió a sus derivaciones por su voluntad y debe observar el compromiso.

Otra alternativa prevista en el art. 513 es que el caso fortuito hubiera ocurrido por culpa del deudor.

La culpabilidad del deudor en la concreción del "casus" tiene distintos corolarios en el régimen del Código Civil.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, determinadas conductas culposas ponen el caso fortuito a cargo del deudor. Así, el art. 789 del Cód. Civ. obliga a quien recibió una cosa en pago de mala fe a indemnizar por la destrucción o deterioro de ella originados por caso fortuito. En virtud del art. 2435 el poseedor de mala fe debe afrontar las consecuencias del caso fortuito; también debe hacerlo por aplicación del art. 3426 el poseedor de mala fe de una herencia.

En el marco de la responsabilidad contractual responden por caso fortuito tanto el depositario culposo (art. 2203), como el comodatario que ha incurrido en culpa o uso indebido de la cosa (art. 2269), o el gestor imprudente o negligente (art. 2294).

De todos modos, quien en principio debe responder del caso fortuito por haber estado incurrido en culpa, no debe asumirlo si el "casus" se hubiera producido igualmente estando la cosa en poder del propietario o del acreedor; en esa línea de ideas se ubican para la responsabilidad extracontractual los arts. 789, 2435 y 3426 y en la contractual el art. 2295.

En determinados supuestos la ley impide la posibilidad de invocar que el caso fortuito igualmente hubiera afectado al propietario, si su actuar fue teñido por el dolo. El art. 2436 es explícito en ese sentido para el poseedor vicioso, pues dice: "Si la posesión fuese viciosa, pagará la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado...". Similar comprensión le corresponde al art. 1091 frente al autor del delito de hurto civil: "Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor".

En verdad, el art. 892 del Cód. Civ., enfrentado con el caso fortuito generalizado, introduce una solución más abarcativa, pero que si se interpretara de manera literal no abrazaría a todo deudor culpable sino sólo al moroso. Dice: "El deudor cuando no es responsable de los casos fortuitos sino constituyéndose en mora, queda exonerado de pagar daños e intereses, si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito, hubiese igualmente perecido en poder del acreedor".

Que la culpa del deudor desate el caso fortuito y responda por él quien procedió culposamente es significativo, pero implica nada más que una secuencia del obrar culpable, por lo cual las consecuencias fortuitas son imputables al obligado sin violentar el módulo de la relación causal adecuada. Con ese miraje razona Llambías: "No se trata, en verdad, sino de una excepción impropia al principio de irresponsabilidad por caso fortuito. Porque si el hecho que se alega como eximente, proviene de la culpa del deudor, no es un caso fortuito, puesto que éste, por definición, ha de ser un hecho ajeno al obligado"⁽¹⁸⁾.

Mucho más trascendente para la temática de los incrementos de la indemnización es la imputación del caso fortuito al deudor incurrido en mora.

El art. 513 en su disposición final preceptúa que el deudor responde por el caso fortuito si ocurriera cuando el "hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor".

El "casus" se produce en ocasión de la morosidad, pero no es provocado por ella, claro está que si la mora hubiese sido generada por un caso fortuito, el moroso no debería correr con las consecuencias del "casus" operado durante su mora.

El arriba citado art. 892, de ineludible aplicación ante la mora, predica la posibilidad para el moroso de eludir las consecuencias del caso fortuito si ellas también se hubieran producido de estar la cosa en poder del acreedor.

Semejante imputación de consecuencias casuales prevé el art. 1198 del Cód. Civ. al regular la imprevisión contractual, ante la excesiva onerosidad provocada por "acontecimientos extraordinarios e imprevisibles", pues el perjudicado no puede invocarla si "hubiese obrado con culpa o estuviese en mora". Tampoco aquí la imputación para el obrar culposo excede la relación causal adecuada, mientras que la descarga contra el contratante moroso perjudicado por la imprevisión de los "acontecimientos extraordinarios e imprevisibles", hace pesar sobre él la responsabilidad por consecuencias casuales.

Que el deudor de una obligación de género o de cantidades sea responsabilizado por el caso fortuito y que como regla se le endilguen al deudor en mora las implicancias del caso fortuito y de la imprevisión, demuestra que la responsabilidad por consecuencias casuales es desde el punto de vista cuantitativo substancialmente

mayor que la supuesta solitaria excepción del art. 905 del Cód. Civ., allí limitada a las derivaciones fortuitas que debieron resultar según las miras del autor del hecho. Hasta excepcionalmente se acepta la responsabilidad del doloso por consecuencias carentes de toda relación de causalidad con el hecho (así, arts. 1091 y 2436).

d) Otros supuestos de incremento de responsabilidad

Aparte de los supuestos mencionados de incremento de la responsabilidad, existen otros más específicos a los que aludiré.

El art. 622 afirma que: "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación...", lo que supone presumir el perjuicio y su relación causal con el incumplimiento, cuando acaso el perjuicio pudo no haber existido o ser de menor entidad que la reflejada en los intereses, por lo que se patentiza el incremento de responsabilidad. Volveré sobre la cuestión al ocuparme de las "limitaciones".

Otro agravamiento de responsabilidad es el que surge del párrafo final del mismo art. 622, incorporado por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), en lo atinente a los denominados intereses sancionatorios, para castigar la conducta procesal maliciosa: "Si las leyes de procedimiento no previeren sanciones para el caso de inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, los jueces podrán imponer como sanción la obligación accesoria de pago de intereses que, unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios".

En cuanto a la cláusula penal, el art. 656 así como establece que para hacerla efectiva el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, paralelamente postula como principio que el deudor no "podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno", o sea que aun sin daños o con perjuicios menores, el deudor debe satisfacer el monto de la cláusula penal. Retomaré otros perfiles de esta temática en el apartado "limitaciones".

Otro supuesto de incremento de las imposiciones a cargo del autor del ilícito, surge del juego de las sanciones conminatorias, que pueden adicionarse a los daños resarcibles. El art. 666 bis del Cód. Civ. expresa que: "Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial". El segundo apartado del art. 666 bis precisa que: "las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

Cualquiera sea la adhesión que despierte el instituto de los llamados daños punitivos, es una resonancia característica de ellos el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor 24.240, incorporado por la ley 26.361, que puntualiza: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancias del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley"[\(19\)](#).

5. Limitaciones

El art. 622 del Cód. Civ., que por un lado, como vimos, importa presumir el perjuicio y la relación causal a través de los intereses, por el otro establece un límite para la reparación, pues en principio la ciñe a aquéllos.

Persuade que de mediar dolo del deudor los daños pueden sobrepasar el monto de los intereses, pues no puede eludirse la vigencia de los arts. 506 y 507 del Cód. Civ. Según el art. 506: "El deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resultaren por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación", y para robustecer la pauta se prevé que no puede convenirse lo contrario, como establecer que el monto de los intereses es un vallado insuperable, dado que por el art. 507: "El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación".

Para una corriente doctrinaria el resarcimiento de los daños también puede exceder los intereses aunque el deudor sea meramente culpable [\(20\)](#).

Otra limitación es la contenida en el art. 655, que luego de afirmar que la cláusula penal "entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses", señala que: "... el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente".

La doctrina prácticamente de manera unánime predica que de mediar dolo el monto de la cláusula penal no opera como límite máximo de la indemnización debida [\(21\)](#). A pesar de la generalidad indicada, en minoría se niega que pese al dolo pueda excederse la cláusula penal [\(22\)](#).

Otra cortapisa para la indemnización resulta de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, pero también aquí ese límite puede ser sobrepasado ante el dolo del deudor, lo que acepta hasta la opinión minoritaria, que descarta la incidencia del dolo en la cláusula penal [\(23\)](#).

La orientación es similar desde antaño en la doctrina comparada, valga como ejemplo, el criterio de los hermanos Mazeaud y de Tunc, quienes proclaman que: "El deudor no puede quedar obligado por encima del máximo señalado, aun cuando el acreedor probara la culpa de aquél; únicamente la culpa dolosa o grave demostrada comprometería la responsabilidad, porque no puede ser amparada nunca por la convención". Insistiendo luego que las cláusulas limitativas de la responsabilidad son inaplicables en el caso de "prueba de un dolo o de una culpa lata"⁽²⁴⁾. La identificación del dolo con la culpa grave o lata, obedece a la recepción del conocido principio del derecho romano, recogido por Paulo, que postula que la culpa grande es dolo (magna culpa dolo est) ⁽²⁵⁾.

La aprensión que generan las cláusulas limitativas de responsabilidad, que determina su incompatibilidad con el dolo del deudor, se ha explicado porque: "Las cláusulas en análisis son una puerta abierta a la mala fe, al comportamiento descuidado e imprevisor, al aprovechamiento, la negligencia y la imprudencia"⁽²⁶⁾.

Es prácticamente pacífica la tesis de que de mediar dolo, no es aplicable el tope de la cláusula penal y la concordancia de los autores es aun mayor ante las cláusulas limitativas de responsabilidad, pues en ellas de existir dolo no rige la barrera del límite de responsabilidad pactado. Sostener lo contrario importaría una suerte de dispensa del dolo, que enérgicamente repudia el art. 507 del Cód. Civ.

A los casos de limitación de responsabilidad enunciados, deben agregarse otros contemplados por legislación especial, entre ellos los propios del régimen de riesgos del trabajo de la ley 24.557, o los regulados por el Código Aeronáutico —Ley 17.285— o la Ley de Navegación 20.094 (Adla, LV-E, 5865; XXVII-A, 326; XXXIII-A, 170).

Es importante puntualizar que en esos supuestos nuevamente el dolo borra el tope de la indemnización. Para los riesgos del trabajo regulados por la ley 24.557, el art. 39 inciso 1 de ese Ordenamiento establece que: "Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción derivada del artículo 1072 del Cód. Civil". Según el inciso 2 de ese artículo: "En este caso", o sea en el caso de delito civil del art. 1072, donde frente a la intención dañosa es indiscutible el dolo, "...el damnificado o sus derechohabientes podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios de acuerdo a las normas del Código Civil".

Debe recordarse que el descarte de la vía de la responsabilidad civil por el art. 39 inciso 1 de la ley 24.557, provocó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarara la inconstitucionalidad de ese precepto, a partir del fallo pronunciado el 21 de septiembre de 2004 en los autos "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A."⁽²⁷⁾.

El Código Aeronáutico en sus artículos 162 y 166 excluye las limitaciones de mediar dolo, e igualmente el art. 278 de la ley 20.094 indica que: "El transportador no podrá prevalerse de la limitación de responsabilidad si se prueba que el daño resultó de un acto o de una omisión de aquél realizado con la intención de provocarlo, o bien temerariamente y con conciencia de la probabilidad de producirlo".

6. Atenuaciones

En ocasiones el Legislador o la interpretación jurisprudencial, lejos de ocuparse de incrementar la indemnización, o al menos de limitarla, directamente se pronuncian en favor de atenuar el grado de la responsabilidad basal que rigen otros preceptos.

Dije que los intereses obran como una preestimación del daño, pues se supone que tendrá esa entidad, si bien el límite de la imposición prevista puede ser excedido, sin duda al menos de mediar dolo. Pero los intereses pueden ser reducidos y de esa alternativa ha hecho múltiples aplicaciones la jurisprudencia, por entender que si son excesivos se afectan la moral y las buenas costumbres ⁽²⁸⁾.

En lo que atañe a la atenuación de la cláusula penal existe norma expresa en el segundo apartado del art. 656, agregado por la ley 17.711, según la cual los jueces podrán: "...reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

He defendido el criterio que para reducir el monto de la cláusula penal no se siente atado por los requisitos a los que alude el art. 656 "in fine", sino que la admite si por su carácter desproporcionado violenta la moral y las buenas costumbres. Es que si a la luz del art. 653 del Cód. Civ. el objeto de la cláusula penal debe ser una prestación "que pueda ser objeto de las obligaciones" y el objeto de los actos jurídicos debe ser lícito (art. 953), es más valioso desde las perspectivas legal y finalista una postura elástica respecto de la reducción de la cláusula penal irrazonable ⁽²⁹⁾.

Tengo como propias las conclusiones de Federico D. Quinteros sobre que: "... el magistrado debe valorar, dentro de las estructuras dadas, que limitan su arbitrio, no sólo el principio moral de que se nutre la fuerza obligatoria, que la norma imputa a toda convención, sino también la moralidad de las prestaciones a que las partes se obligaron. Prescindir de esta última valoración, en homenaje al principio ético-jurídico de cumplir con la palabra empeñada, significaría, frente a prestaciones inmorales, el sacrificio de la moral y del derecho mismo, en nombre de uno de sus principios: "pacta sunt servanda", pues no hay que olvidar que el contrato, además de

ser un instrumento perfecto de cambio, de relaciones económicas y sociales, debe ser, a la par, instrumento de perfeccionamiento moral..."(30).

Otra morigeración de la indemnización aparece en el segundo apartado del art. 1069 del Cód. Civ., que introdujo la ley 17.711, con este alcance: "Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

Aunque reconozco que la cuestión es polémica, desde antaño no he dudado que el art. 1069 no debe ser confinado en la responsabilidad extracontractual, pues se presenta como un verdadero principio con fuerza expansiva que impera también en el responder contractual, al menos aplicándolo analógicamente (31).

Antecedentes de lineamientos paralelos en el Cód. Civ. en su redacción originaria, se visualizan en los arts. 799 y 800 al estructurar el beneficio de competencia, que con sujeción al primero de esos textos: "... es el que se concede a ciertos deudores, para no obligárseles a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

Otra expresión moderadora de la indemnización es la del art. 2056, para las deudas resultantes de juegos permitidos, que dice: "Los jueces podrán moderar las deudas que provengan de los juegos permitidos por el artículo anterior, cuando ellas sean extraordinarias respecto a la fortuna de los deudores".

No obstante que sólo el art. 1069 alude literalmente al fin "equitativo", el mismo espíritu es el que recrean los arts. 799 y 2056.

La consideración especial del dolo en la indemnización reaparece una vez más en el 1069, cuando excluye la solución de equidad frente a su configuración, pues la facultad de los jueces de atenuar la indemnización no será aplicable: "... si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

La reducción equitativa de la indemnización tiene una nueva manifestación en el art. 1638, con la redacción que le imprimió la ley 17.711, al regular la indemnización correspondiente ante el desistimiento del dueño en el contrato de locación de obra.

En su primer párrafo el art. 1638 expresa: "El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato". En su segundo párrafo el precepto se hace cargo de la posibilidad de que con las pautas indicadas la indemnización pueda ser exagerada, mediante la siguiente matización: "Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia".

7. Compensaciones

La voz compensación tiene en el Derecho una comprensión habitual que la conecta con la causal de extinción de las obligaciones (art. 724, inc. 3°) legislada por los arts. 818 y sigs. del Cód. Civ.

En esta oportunidad haré tema con la comúnmente conocida como "compensatio lucri cum damno", es decir la compensación del lucro con el daño, que prefiero designar como compensación del daño con el lucro, pues si bien se trata de dos facetas de la misma cuestión, creo que prima la visión del instituto enraizada desde el Derecho de Daños, como expresión de la responsabilidad civil. Más que disfumar un pretendido lucro, se pretende medir la verdadera extensión de la indemnización a través de la apreciación del daño neto, o sea del subsistente luego de detracer de los perjuicios sufridos por la víctima del hecho (daño bruto) la proporción equivalente a los lucros o beneficios que experimentó paralelamente (32).

No debe ponerse en tela de juicio la correspondencia de la figura con el significado semántico del vocablo compensación. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de la palabra compensar es: "Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra", significado con el que armoniza la "compensación del daño con el lucro", tanto es así que en la misma fuente idiomática la segunda y tercera de las tres ejemplificaciones de la utilización de la voz "compensar", son las siguientes: "Compensar (...) las pérdidas con las ganancias; los males con los bienes".

La jurisprudencia ha acudido a la compensación reiteradamente en supuestos varios, tanto para la responsabilidad extracontractual como para la contractual, algunos de ellos muy conocidos, que contaron con mi voto afirmativo como Juez de Cámara.

La doctrina judicial invocó la compensación para limitar la indemnización por la privación del uso de un automotor, generalmente como consecuencia de la necesidad de reparar los daños provocados por un accidente de tránsito, pero también en otros casos como el de su robo o hurto, pues consideró que ese daño quedó compensado con la inexistencia en el lapso de la privación, de gastos por combustibles, lubricantes del vehículo, estacionamientos, por la disminución del desgaste de los neumáticos o de otros elementos, etc.

Los fallos también se valieron de la "compensatio" en períodos en que se incrementó significativamente el curso de la inflación, con alteraciones económico-sociales que desataron significativas depreciaciones de la

moneda. En los juicios por escrituración promovidos por los adquirentes, se rechazó la procedencia de los daños invocados por ellos dado el impedimento para la utilización oportuna del inmueble ante la mora de la "vendedora", concretamente por frustración del cobro de su valor locativo, etc., con fundamento en que esos daños habían sido compensados por el pago del precio de la compra con moneda envilecida.

Algún interesante fallo resolvió con la misma apoyatura la hipótesis de la morosidad del comprador de acciones en pagar el precio por la operación, pues interpretó que era improcedente el reclamo de daños por el vendedor, ya que debían entenderse compensados por el cobro de los dividendos de las acciones que aquél pudo ingresar a su patrimonio porque esos títulos permanecieron en su poder por la tardanza del comprador (33).

La compensación puede implicar que el daño neto se reduzca y hasta que desaparezca, pero atinadamente se niega que la víctima del daño deba indemnizar al autor en el caso de que el lucro haya resultado superior al perjuicio. Se ha planteado esa hipótesis de este modo: "Pensemos por un momento en el inusual pero posible hecho de que por virtud del incumplimiento de la obligación las ventajas percibidas por el acreedor rebasen los perjuicios que se le han irrogado (...) podría llegarse a la extraña conclusión de que el acreedor quedase obligado a devolver en el caso de que las ventajas superasen a los perjuicios. Ahora bien, ¿quién sería titular de ese supuesto derecho a la devolución? El deudor incumpliente desde luego que no, porque ello conduciría a la paradoja de que la persona que violentando la obligación resultase beneficiada por su acción; los terceros tampoco, ya que los mismos no tienen por qué incorporarse a un proceso jurídico que está circunscrito a las personas del acreedor y del deudor..."(34).

No existe un consenso generalizado sobre la pertinencia y fecundidad de la teoría de la "compensatio"(35), pero la tendencia a su admisión está plenamente viva y ello explica que fuera recibida en los "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" redactados por el Grupo Europeo de Derecho de Daños, presentados en Viena en el 2005, que en su art. 10:103 norma: "Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio"(36).

Aunque se parta de la fortaleza de la corriente favorable a la compensación, de todos modos subsisten debates sobre distintos aspectos del instituto, lo que me impone pronunciarme sobre algunos de sus rasgos más destacados.

a) Hecho único

Tanto el daño como el lucro o beneficio deben provenir de un mismo hecho.

El descarte de la concurrencia de daños y beneficios originados por hechos distintos, rige incluso cuando ambos hechos fueron protagonizados por el mismo autor. De Cupis recomienda: "Tengamos presente a la donación. Es un acto típico, con una causa específica, por lo que las ventajas que produce no se pueden alegar para paliar las consecuencias de un acto distinto (el que causa daño); ya que, propiamente, el donante realiza un acto de liberalidad que agota en sí mismo su propia función (liberalidad) y, por ende, no se puede alegar tal acto como descarga, aunque sea parcial, de la obligación que deriva de otro acto ilícito efectuado por él y que ha causado un perjuicio al donatario"(37).

Se puntualiza que: "La cuestión es más difícil de resolver cuando se trata de actos del propio perjudicado que aminoran los daños (...) el hecho de concluir nuevos negocios que no disminuyen la pérdida de un modo inmediato, sino que sólo tienen por objeto equilibrar de otro modo sus consecuencias económicas desventajosas, son circunstancias que no obligan a la compensación. El arrendatario que infringe el contrato no puede oponer al arrendador la circunstancia de que éste haya contratado otro arrendamiento consiguiendo de tal suerte una ventaja"(38). En cambio, Cristóbal Montes, incluye entre las consecuencias lucrativas a compensar la "... realización de operaciones beneficiosas y de la misma naturaleza que la incumplida por mor de este acontecimiento..."(39).

Cristóbal Montes sostiene que existen supuestos en el derecho que glosa, el español, en los que "... sin duda, se produce una compensación entre daños y provechos, y en ellos también no habrá de ordinario ni unidad ni relación causal entre los hechos que produzcan unos y otros". Invoca como sustentos de su criterio estos textos del Código hispano: "En efecto, de acuerdo al artículo 488, 'el usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho'; y a tenor del artículo 1573, 'el arrendatario tendrá, respecto a las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario'"(40).

Las normas aducidas no son exclusivas del derecho español, tanto que hasta en nuestro Código Civil se adoptan soluciones semejantes. El art. 2874 prevé que si el usufructuario realizara mejoras útiles y voluntarias, podrá "compensarlas con el valor de los deterioros que esté obligado a pagar". Si bien el art. 1539 establece que: "Sólo es a cargo del locador pagar las mejoras y gastos hechos por el locatario", el art. 1546 con relación a los supuestos que enuncia esa norma en 6 incisos, dispone que: "En los casos del art. 1539, números 1º, 2º y 3º, o sea si el locador autorizó a efectuarlos o se obligó a su pago o estaban a su cargo y el locatario los realizó por ser urgentes. En esos casos, sigue diciendo el art. 1546, "... si la locación hubiese de continuar, el valor de las mejoras y gastos, se compensará hasta la concurrente cantidad con los alquileres o rentas ya vencidos, o que el locatario debiese, y sucesivamente con los alquileres o rentas que se fueren venciendo, sin perjuicio del derecho

del locatario para pedir el pago inmediato".

Los ejemplos aludidos tanto para el usufructo como para la locación, son fenómenos de corte compensatorio entre dos créditos nacidos de hechos distintos, pero tal compensación es más afín con la tradicional prevista por los arts. 818 y sigs., que con la figura de la compensación del daño con el lucro, donde nacen dos créditos con fuente en un hecho único. Deducir de ciertas implicancias análogas la identidad de instituciones compensatorias distintas, se presenta tan objetable como lo sería pretender subsumir la suerte de toda expresión compensatoria en la versión clásica, que es la expresión más difundida de la compensación.

b) Imputación de las consecuencias lucrativas inmediatas y mediatas del hecho

Así como la relación causal adecuada conduce en la teoría general del responder civil a la indemnización de las consecuencias inmediatas del hecho, y en su caso mediatas, y excepcionalmente a las causales, para apreciar los lucros se atiende a las consecuencias inmediatas y mediatas, conclusión en la que la doctrina nacional coincide con la comparada (41).

Con respecto a la improcedencia de imputar las derivaciones casuales o fortuitas del hecho, reproduciré los ejemplos que plantea Cristóbal Montes, quien descarta la pertinencia de incluirlos en la compensación. Dice: "El perjudicado por el incumplimiento de la relación obligatoria, llevado por su desesperanza, juega a la lotería, apuesta o invierte especulativamente, y, por obra de la suerte, obtiene una súbita e inesperada ganancia (...) El acreedor que ha concurrido al domicilio del deudor a recibir el pago, a su regreso, frustrado, encuentra una valiosa res derelictae; el arrendador que por impago de la renta por el arrendatario insolvente se ve forzado a cultivar él mismo la finca, con ocasión del cultivo encuentra un tesoro (...) La particular y dolorosa situación en que ha quedado un determinado acreedor por obra del incumplimiento de una obligación que le era vital mueve los sentimientos filantrópicos de una persona generosa, y aquél obtiene de ésta ayuda significativa que palía de manera sensible el daño ocasionado por la inejecución de la prestación" (42).

c) El lucro debe ser causado por el hecho y no producido en ocasión

Alfredo Orgaz puntualiza que existe: "... la posibilidad legítima de que la víctima de un acto ilícito obtenga un mejoramiento patrimonial a raíz del delito o cuasidelito, como hay la posibilidad inversa de que sufra un menoscabo no susceptible de reparación. El principio de que la víctima no debe enriquecerse con el acto ilícito no tiene por objeto sacrificar todo mejoramiento accidental u ocasional, sino solamente proteger al responsable de cualquier exceso en su obligación de indemnizar. El daño indemnizable es el que resulta de una compensación de las desventajas y de las ventajas, pero no de todas ellas, sin discriminación alguna, sino tan sólo de aquellas que puedan considerarse como producidas por el acto ilícito, que tienen en éste su 'causa' y no la mera 'ocasión' en que se originan" (43).

Bustamante Alsina apunta que: "... el acto ilícito debe ser la 'causa', tanto de los daños como de los beneficios a compensar, y no meramente la 'ocasión' de que estos se produzcan. El lucro que se produce con ocasión del acto, pero que no es causado o determinado por él, constituye una ventaja para la víctima que tiene el derecho de conservar por ser virtualmente extraña al hecho que causó el perjuicio" (44).

Aunque son aspectos que han despertados criterios disímiles, con los fundamentos referidos se ha aplicado la alternativa de la compensación en supuestos tan comunes como el del cobro de jubilaciones o pensiones en caso de invalidez o muerte de la víctima, o de la pretensión de acumular los montos de la póliza del seguro y de la indemnización de daños, al menos para el seguro de personas (de vida o por accidentes personales), pues para los seguros de daños patrimoniales, rige la subrogación a favor del asegurador, tal como lo prevé el art. 80 de la ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677), que la excluye en los seguros de personas. Dice esa norma: "Los derechos que corresponden al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurador es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurado. El asegurador no puede valerse de la subrogación en perjuicio del asegurado. La subrogación es inaplicable en los seguros de personas" (45).

En el art. 10:103 de los "Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil", ya transcripto, se introduce un elemento de juicio valioso en la entraña de la compensación, armónico con la tesis dominante que sólo computa los beneficios causados por el hecho y no los producidos en ocasión de él. En la parte final del artículo invocado de esos Principios, se lee que se tomarán en cuenta los beneficios, "...a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio".

En el comentario efectuado por los integrantes del Grupo Europeo de Derecho de Daños, se afirma de manera tajante: "En primer lugar, el beneficio debe hallarse causalmente vinculado al evento dañoso. No basta que la víctima reciba algún beneficio o ventaja con ocasión del evento dañoso, Es necesario que el evento haya causado el beneficio o ventaja. La ganancia de la víctima no debe haber tenido lugar al margen, e independientemente, del evento dañoso. Un segundo requisito es que la deducción debe ser compatible con el propósito del beneficio. A menudo el propósito del beneficio es dotar a la víctima de una ayuda económica, pero no exonerar de responsabilidad al causante del daño" (46).

d) Certeza del beneficio

La indemnización del beneficio requiere, al igual que en el daño, que éste sea cierto, por lo que haré mérito de las directrices consolidadas que se aceptan en el Derecho de Daños.

Orgaz, razona que: "...con respecto al daño ya sucedido, se dice que éste es actual o presente. El daño futuro, en cambio, no es el que podría entenderse de acuerdo con la literalidad del vocablo, sino solamente el que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida (...), el daño, aunque futuro, es 'cierto' y se muestra sólo como la prolongación de un daño ya actual, de suerte que el juez debe computarlo y estimarlo al fijar la indemnización"[\(47\)](#).

También se señala: "Daño cierto es el que realmente existe (presente) o bien, existirá con seria probabilidad (futuro)" (...) La certeza de los daños futuros no tiene la misma intensidad que la de daños ya ocurridos. Estos son de más fácil acreditación, mientras que en aquéllos hay que efectuar un pronóstico sobre su acaecimiento. No basta la mera eventualidad, sino que se exige una probabilidad seria de que sobrevendrán, según el curso regular de las cosas"[\(48\)](#).

En el mismo sentido, Bustamante Alsina aclara que el daño cierto: "Puede también ser futuro y determinable, y la certidumbre consiste en tal caso en la necesidad de la consecuencia ulterior del acto ilícito o en la prolongación inevitable del daño actual"[\(49\)](#).

Como una suerte de síntesis de las ideas expuestas, se expresa concordantemente: "La función, que querríamos llamar profética, que corresponde al juez respecto a los daños futuros, está fundada en la posibilidad de un conocimiento, por descontado que imperfecto, de lo que aún no existe. Consecuencia de la imperfección de tal conocimiento es que baste para el derecho con que el juez lo vea relativamente cierto, con aquella certidumbre que permite apreciar lo que es un proyecto futuro. La liquidación judicial del daño debe pretender adecuar lo más posible la sanción del daño (resarcimiento) con la real, efectiva, entidad del daño en sí (...), sin reducirse a la esfera del presente, aunque fuera de ella, su certeza se difumine, se desdibuje, dentro de los márgenes de lo aproximado y de lo posible, superando estos impedimentos que en modo alguno pueden considerarse como definitivos"[\(50\)](#).

e) Quid del dolo

Entiendo, que la compensación del daño con el lucro no debe admitirse si el autor del ilícito obró con dolo, aspecto concreto sobre el que existe un significativo mutismo autoral, al menos para la responsabilidad contractual.

Sin embargo, la necesidad de compatibilizar la pretendida compensación con otros principios superiores es afirmada en la doctrina.

Según Orgaz: "... para que proceda la compensación es también necesario que ella no esté excluida por el juego de algún otro principio legal: por ejemplo, del principio *proprium turpitudinem allegans non est audiendus*, que debe considerarse implícito en nuestra ley como principio general y del que son aplicaciones concretas los preceptos de los artículos 794, 932, inc. 4º, 959 y 1082 del Código Civil"[\(51\)](#).

En la orientación mencionada, también se ha dicho que la invocación de la compensación del lucro con el daño, exige "que otro principio superior no se oponga a ella"[\(52\)](#), y se invoca la necesidad del respeto de esos "otros principios"[\(53\)](#).

En mi opinión, entre esos principios superiores debe emplazarse la directiva de la agravación de la responsabilidad de mediar dolo: "Tanto el Derecho Romano, como el antiguo Derecho francés, la legislación de Partidas y el Código Napoleón, establecieron un máximo reproche para el autor de dolo. IHERING fue quien lo concibió con mayor amplitud: el doloso —según el— debe responder de manera absoluta por todo el daño; y ARISTÓTELES (Ética a Nicómaco), cuando se refería a lo injusto, decía algo que está en el fondo de nuestra cultura en las bases del Derecho: que es distinto ser injusto que ser malvado, que el culposo es injusto, pero 'cuando se obra por elección deliberada, se es injusto y malvado'. De ello se sigue que el Derecho no puede tratar igualmente a quien comete un entuerto por descuido y a quien lo comete con la conciencia del mal que quiere causar o con un obrar deliberado, que normalmente va a llevar a ese daño"[\(54\)](#).

La entidad de las argumentaciones desarrolladas, tiene el fuerte sustento de ese fondo común de los principios jurídicos que conforma el derecho romano. En ese derecho, si bien en la práctica judicial se admitieron efectos compatibles con la "compensatio lucri cum danno", entre otros condicionantes se estableció: "No cabe que el beneficio que genera un acto se pueda compensar con el daño fruto de otro acto distinto, aunque el autor de ambos sea el mismo e idéntico el sujeto beneficiado. La actuación a compensar no debe ser promovida por dolo, ya que éste excluye explícitamente cualquier medida de aminoración del montante indemnizatorio"[\(55\)](#).

Pero no sólo da respuesta la tradición romana, sino también la anglosajona. En tanto se suele explicar la compensación del daño con el lucro como conectada con la equidad, admitirla de mediar dolo sería incompatible con una de las máximas que sustenta la "equity", la que postula que: "El que acude a la jurisdicción de la equidad debe tener la conciencia limpia (He who comes into equity must come with clean

hands)"(56).

Dije ya que ya que el deudor es responsable del caso fortuito en las obligaciones de género y de cantidades y recordé la directriz que le enrostra al moroso las implicancias del caso fortuito y de la imprevisión, o sea por hechos fortuitos, todo lo cual acredita que la responsabilidad por consecuencias casuales es desde el punto de vista cuantitativo substancialmente mayor que la supuesta solitaria excepción del art. 905 del Cód. Civ., que allí se limita a las secuencias fortuitas que debieron resultar según las miras del autor del hecho. Aisladamente el legislador responsabiliza al doloso también por consecuencias sin ninguna relación de causalidad con el hecho (así, arts. 1091 y 2436).

También me detuve en la acentuación de la responsabilidad del deudor doloso en los intereses, en el monto de la cláusula penal, en la previsión de astreintes en su contra, en los daños punitivos ya receptados en nuestra legislación, en la superación del tope de las cláusulas limitativas de la responsabilidad pactadas o incluidas en la ley y en la remarcable impertinencia de que una típica solución de equidad favorezca al doloso, tal como lo impide el art. 1069.

La disyuntiva es clara, o se favorece al doloso con una herramienta liberatoria estimable, aunque controvertida, como es la "compensatio, o se computan los perjuicios sufridos por la víctima con prescindencia de la variación del daño originariamente irrogado, o sea más allá de la circunstancia contingente de que además de las consecuencias dañosas del ilícito aquélla experimentó beneficios.

No es que se imputen al doloso consecuencias ajenas a la relación de causalidad adecuada, aunque sabemos que en algunos supuestos se comprenden entre ellas consecuencias casuales y muy excepcionalmente hasta ajenas a toda relación de causalidad. Las consecuencias que se ponen a cargo del autor del hecho, se corresponden con daños que recayeron sobre la víctima, lo que observamos es que el doloso pueda enjugar esos perjuicios efectivos mediante la alegación de beneficios paralelos de la víctima. Como lo postulara Ulpiano: "...no es justo que su propio dolo releve a cualquiera de su obligación..."(57).

Si se argumentara que al excluir la "compensatio" frente al dolo se impondría indemnizar daños no causados por estar neutralizados por la compensación, cabría replicar que parece más decisivo ponderar que violenta las directivas inspiradores del Derecho, que quien se colocó a espaldas de una consistente pauta moral convertida en regla jurídica, se escude en una pretendida inequidad para paradójicamente consagrarla de manera efectiva.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de octubre de 2008.

(1) Ver entre otros, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, 8a edición actualizada, Bs. As., 1998, T. I, pág. 181, en núm. 146; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge Horacio, "Teoría general de la responsabilidad civil", quinta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 282, en núms. 775/777; GOLDENBERG, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", segunda edición, La Ley, Bs. As., 2000, pág. 80 y autores citados en su nota 212 de págs. 80/81.

(2) Ilustra la nutrida enunciación de la doctrina en ese sentido que vierten Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, en el "Tratado de responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2004, T. II, págs. 124 y sigs. Allí citan las opiniones de Atilio Aníbal Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto López Cabana, Roberto H. Brebbia, Jorge Horacio Bustamante Alsina, Pedro N. Cazeaux, Ruben H. Compagnucci de Caso, Roque Garrido, Luis O. Andorno, Jorge Joaquín Llambías, Ramón Daniel Pizarro, Gustavo Vallespinos, Alberto G. Spota, Luis H. Valiente Noailles (h.) y de numerosa jurisprudencia que respalda la concepción triunfante.

(3) Ver "La reforma del Código Civil. Responsabilidad contractual", El Derecho T. 29, págs. 763 y sigs.; la cita es de págs. 764/765.

(4) "Tratado de derecho civil. Obligaciones", T. I, Perrot, Bs. As., 1998, pág. 136, en núms. 143/145.

(5) Se lee en MOSSET ITURRASPE, Jorge: "Compartimos la línea de pensamiento que ve en la malicia una especie de dolo, calificado por el designio o la intención perversa —que era, por otra parte, la noción de dolo para el primer período de la teoría de la voluntad— pero ello nos conduce a rechazar la interpretación propuesta por Borda. Si bien la 'intención de causar un daño' importa malicia, no ocurre lo mismo con la 'indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento'; esta indiferencia no constituye malicia, al menos para la opinión dominante. La indiferencia, como situación subjetiva real ante la posibilidad del resultado caracteriza al dolo eventual; Soler alude a la 'egoísta indiferencia'; Nuñez a la 'sola indiferencia' o 'indiferencia con fines egoístas o malvados' y Jiménez de Asúa, al considerar las 'teorías del sentimiento', con motivo del dolo eventual, menciona la 'tesis del indiferentismo' " ("Responsabilidad por daños. Parte general", Ediar, Bs. As., 1971, T. I, pág. 100).

(6) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Hammurabi, Vol. 4, Bs. As., 1999, págs. 367/368.

(7) ORGAZ, Alfredo, "Nuevos estudios de derecho civil", Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1954, págs. 144/145.

(8) ORGAZ, "El daño resarcible", 2ª edición, ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1960, en nota 39 de pág.

83.

(9) GOLDENBERG, op. cit., pág. 55.

(10) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes", en Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille", Depalma, Bs. As., 1968, págs. 468/469.

(11) ALTERINI, Jorge Horacio, "Importancia del estudio de títulos, Gaceta del Notariado, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88 de 1982.

(12) Se lee en Goldenberg: "La esencia de determinadas figuradas jurídicas delineadas en el Código anida precisamente en esa confianza especial entre las partes. Ciertas obligaciones derivadas del mandato, la sociedad y el depósito, entre otras, dan cuenta de la amplia vigencia de la segunda parte del art. 909, que rige también todas aquellas situaciones en que 'la persona ha sido elegida al contratar por su profesión, arte o cualidades especiales'" —las comillas simples no aparece en el texto transcrito (op. cit., pág. 76).

(13) Si se enmarca la realización del estudio de títulos como una proyección de la responsabilidad contractual del escribano, se simplifica la justificación de la posibilidad de que el notario sea liberado de efectuar ese estudio por el legitimado al efecto. Tal dispensa supone la previa prevención por el profesional al interesado de las consecuencias de la omisión de esa buena técnica notarial, a la manera de la información cierta, objetiva, veraz, detallada y suficiente referida por el art. 4° de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125). La opción del legitimado por la dispensa, concuerda con la mecánica de la "expresa exoneración por los interesados" de la correspondiente registración, que prevé el art. 29 inciso i) "in fine" de la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 404.

(14) SALVAT, Raymndo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", actualizado por José María López Olaciregui, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1960, T. II, pág. 209, en núm. 1608.

(15) "Nuevos estudios..." cit., en nota 37 "in fine", pág. 82. Bustamante Alsina, coincide que en este criterio: "Nosotros creemos que no por ser prevista en concreto y subjetivamente una consecuencia casual deja por ello de serlo. Considerada objetivamente y en abstracto, como debe ser, esa consecuencia será siempre casual. Se trataría de una consecuencia prevista pero no previsible", (op. cit., pág. 248 en núm. 673 "in fine"). El propio anotador del Tratado de Salvat cit., López Olaciregui, no lo siguió en este aspecto: "La imputación legal se hace más amplia para castigar la mala intención: se responde del daño casual que se previó como posible. Hay en esto un afinamiento en el sentido de justicia en el castigo de la intención dolosa" (pág. 211, en núm. 1608-B).

(16) Op. cit., págs. 85/86.

(17) Ver, entre otros muchos, ALTERINI, Atilio Aníbal y ALTERINI, Jorge Horacio, "Obligaciones de dar cosas inciertas", en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XX, págs. 749 y sigs., en pág. 751; LLAMBÍAS, "Tratado cit", Perrot, T. II-A, 3ª edición, Bs. As., págs. 158 —núm.875— y 145/146 —núm. 861—; BORDA, Guillermo A., "Tratado cit.", pág. 321 —núm. 456—; ALTERINI, Atilio Aníbal, ÁMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, págs. 448 —núm. 1065— y 446 —núm. 1056—; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Curso de obligaciones", Zavalía, Bs. As., 2004, T. 1, págs. 247/248).

(18) "Tratado..." cit., T. I, quinta edición actualizada, Editorial Perrot, Bs. As., 1994, pág. 254, en núm. 212.

(19) En el art. 47 inciso b) se fija como monto máximo la suma de \$5.000.000.

(20) Me ocupe de estas cuestiones, ya en mi voto como Juez de la Sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el fallo plenario del 7 de septiembre de 1977, en los autos "La Amistad S.R.L. c. Iriarte, Roberto C.", LA LEY, 1977-D, 1 y El Derecho T. 74, pág. 463, en los Considerandos VI y XI.

(21) Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La cláusula penal", ed. Depalma, Bs. As., 1981, págs. 140 y sigs., en núm. 104.

(22) MOSSET DE ITURRASPE, Jorge, "La cláusula penal", Revista del Notariado N° 755 —septiembre— octubre de 1977—, Bs. As., págs. 1219 y sigs.; en pág. 1247.

(23) Op. y loc. cit. en nota anterior.

(24) MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", traducción de la quinta edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1963, tomo Tercero, Volumen II, las citas transcriptas son de págs. 114 (núm. 2592) y 118/119 (núm. 2597).

(25) Cuerpo del Derecho Civil romano, a doble texto, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, traducido del castellano al latino por Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte Digesto, Tomo III, Barcelona, 1897, Título XVI, 226, pág. 940.

(26) MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad por daños", Ed. Ediar, Bs. As., 1980, T. III, pág. 170, en

núm. 40, letra E.

(27) Fallos 327:3753 (LA LEY, Sup. Especial, setiembre/2004, p. 39).

(28) Ver CIFUENTES, Santos, "Negocio jurídico", Astrea, Bs. As., 1986, pág. 170.

(29) Expuse el estado de la cuestión en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil de 1978, en mi carácter de Coordinador del Tema III: "Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento", donde me definí por la tesis amplia, adoptada en ese simposio por la opinión ampliamente mayoritaria (ver CAZEAUX, BREBBIA, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, ZANNONI, "Temas de derecho Civil", Editorial Universidad, Bs. As., 1980, págs. 142 y sigs.

(30) "La moral y el contrato", en Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille" cit., págs. 619 y sigs, concretamente págs. 637/638.

(31) Me refiero a mi voto como Juez de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 21 de febrero de 1979, en la causa "Gallo, José R. y otra c. Asociación Civil Santísima Cruz", El Derecho, T. 82, pág. 471. Ver también, la razonada convicción que muestra en ese mismo sentido ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, en "Código Civil", dirección Alberto J. Bueres, coordinación Elena Highton de Nolasco, Editorial Hammurabi, T. 3 A, Bs. As., 1999, pág. 107, en comentario al art. 1069.

(32) Acierta con esa designación TALE, Camilo, "La regla 'compensatio damni cum lucro' en la responsabilidad civil, otros supuestos de daño no subsistente (total o parcialmente) y los casos de reparación con saldo beneficioso para la víctima", Revista de Derecho de Daños 2006-2, Eximentes de responsabilidad-II, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2006, págs. 287 y sigs. No obstante esa compartible denominación, no es recomendable el uso indistinto con la tradicional, por la mayor precisión de la propuesta, ambivalencia en la que incurre dicho autor en distintas oportunidades (así, en págs. 292, 293, 297, 299, 303, 304, 308, 311, 317, 326, 331, 340, 347, 348, 357, 359, 365, 367, 371, 374, 375).

(33) Lo cita TALE, op. cit. págs. 292 y 350 y en nota 127 al pie de la segunda de esas páginas.

(34) CRISTÓBAL MONTES, Angel, "Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXV —noviembre-diciembre/1989— Núm. 595, J. San José S.A., Madrid, págs. 1965 y sigs.; en págs. 1969/1970.

(35) Se ha llegado a sostener en el derecho italiano para fundamentar el rechazo de la compensatio, que las ventajas que puedan incrementar el patrimonio de la víctima del daño, son un accidente y por tanto irrelevantes para el ordenamiento (ver GALLIZIOLI, Giorgio, "Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno", Rivista di Diritto Civile, 1977, Parte II, págs. 332 y sigs., la conclusión final referida consta en la pág. 348). Las disputas que despierta la compensación mencionada ha llevado a que coautores del prestigio de los hermanos Mazeaud y de Tunc, discrepan al respecto en la misma obra. Mientras los primeros aseveran que: "... la víctima puede exigir la reparación íntegra del daño que haya sufrido, incluso si esa reparación le procura un beneficio...", Tunc se pregunta con relación a la argumentación antedicha: "... si no es susceptible de conducir a veces a soluciones exageradas. Supóngase, para poner un caso extremo, que un incendio destruya uno de esos inmuebles destartalados cuyo valor venal es muy escaso, pero que son para su dueño una fuente de importantes ingresos. ¿No resulta claro que el responsable del incendio no deberá ser condenado a pagar íntegramente los gastos de la reconstrucción de una casa nueva?..." (op. cit., Tomo Tercero, Volumen I, pág. 601).

(36) "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y Comentario", traducción de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), coordinada por Miquel Martín-Casals, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 209 y sigs.

(37) DE CUPIS, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", traducción de la 2ª edición italiana por Angel Martínez Sarrión, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1975, pág. 330.

(38) ENNECCERUS, Ludwig, "Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones", traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Ed. Bosch, T. II, Volumen Primero. Doctrina General, Barcelona, 1947, págs. 88/89.

(39) Op. cit., pág. 1966.

(40) Op. cit. págs. 1975/1976.

(41) Ver, por ejemplo, MEDINA ALCOZ, María y MEDINA CRESPO, Mariano, "La 'compensatio lucri cum damno': La denominada teoría del descuento", RCyS, 2005-149 y sigs., en págs. 156/157; Cristóbal Montes, op. cit. pág. 169; TALE, op. cit., págs. 297/298.

(42) Op. cit., pág. 1971.

(43) ORGAZ, "El daño resarcible" cit., págs. 202/203.

(44) BUSTAMANTE ALSINA, op cit., pág. 157, en núm. 371.

(45) Es ilustrativo contrastar la opinión dominante que adopta Orgaz ("El daño resarcible" cit., págs. 206/210 y la disidente de TALE, op. cit., págs. 310/329). La postura negativa de Tale en los supuestos

enunciados y en otros, se sustenta en el siguiente razonamiento que descarta "... que en todo caso en que no haya causalidad sino meramente ocasión, el damnificado haya de quedarse con el beneficio; el beneficio de todos modos puede computarse en cuanto ha hecho desaparecer —total o parcialmente— el mismo daño por el cual se atribuye responsabilidad civil. Y al respecto no importa que el hecho generador del daño sea mera ocasión, y no sea causa propiamente dicha del beneficio. Por ello desaprobamos la doctrina de los autores que admiten la acumulación del daño y el beneficio por la sola circunstancia de que el hecho no sea causa sino ocasión del beneficio. Si con tal beneficio se ha cancelado precisamente el daño específico del cual se trata, ya no hay deber de resarcirlo" (pág. 304). Orgaz, haciéndose cargo de réplicas como la transcripta, anticipó su respuesta: "Para justificar esta solución no basta, indudablemente, decir que de este modo se evita que la víctima lucre con el acto ilícito: sería preciso demostrar, también, que es más justo que sea el autor del daño el que lucre con esas ventajas, que no han sido creadas a favor de él sino del damnificado..." (págs. 209/210).

(46) Op. cit., pág. 210.

(47) "El daño resarcible" cit., págs. 34/47.

(48) ZAVALA DE GONZALEZ, op. cit., págs. 148 y 150.

(49) Op. cit., pág. 147, en núm. 327.

(50) DE CUPIS, op. cit., págs. 322/323.

(51) "El daño resarcible" cit., pág. 211.

(52) Ver Jorge Mosset Iturraspe, coordinadora Aída Kemelmajer de Carlucci, coautores Carlos A. Gherzi, Gabriel A. Stiglitz, Carlos Parellada y colaborador Carlos A. Etchevesti, "Responsabilidad civil. Teoría general. Presupuestos. Responsabilidades específicas", Hammurabi, Bs. As., 1997, pág. 316 "in fine".

(53) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, "Derecho de obligaciones cit.", pág. 253, en punto (3) del núm. 585.

(54) Op. cit. en nota anterior, pág. 149, en núm. 359.

(55) CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín, "Compensatio lucri cum damno", en Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Colange", Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, Volumen I, págs. 151 y sgts.; la transcripción es de pág. 167.

(56) CASTÁN TOBEÑAS, José, CASTÁN VÁZQUEZ y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Sistemas jurídicos contemporáneos", Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, pág. 116, máxima 10ª. El derecho anglosajón incluso aplica el instituto de los daños punitivos (punitive damages) ante el actuar doloso del deudor, "por una conducta ofensiva, en razón de los motivos perversos del demandado, o de su indiferencia respecto de los derechos ajenos" (apartado 2º del párrafo XXX 908 del "Restatement o Torts 2nd" (ver ALTERINI, Atilio Aníbal, "Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría general", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, págs. 604/605, en núm. 55).

(57) Cuerpo del Derecho Civil Romano cit., Primera Parte Instituta-Digesto, T. III, Barcelona, 1889, Libro XVII, Título II, 63 § 7, pág. 881.