

1ª EDICIÓN

JULIÁN EMIL JALIL

Resarcimiento de Daños

1

DAÑOS A LAS PERSONAS

INCAPACIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SOCIAL.
FÓRMULAS DE CUANTIFICACIÓN. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL
Y PATRIMONIAL. PÉRDIDA DE LA VIDA HUMANA

TEORÍA GENERAL DEL DAÑO. DAÑOS POR INCAPACIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA.
GASTOS MÉDICOS. GASTOS FARMACÉUTICOS. DAÑO PSÍQUICO. DAÑO ESTÉTICO.
LUCRO CESANTE. PÉRDIDA DE LA CHANCE. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA.
DAÑO EXTRAPATRIMONIAL. MÉTODOS DE CUANTIFICACIÓN.
FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA

PRÓLOGO DE SEBASTIÁN PICASSO

JURISPRUDENCIA
SELECCIONADA

MODELOS
DE DEMANDAS

h

hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	11
PALABRAS PREVIAS	15
ABREVIATURAS	29

PARTE PRIMERA

TEORÍA GENERAL DE LOS DAÑOS RESARCIBLES

CAPÍTULO I

MECANISMOS DE EVITACIÓN O DISUASIÓN DE DAÑOS

§ 1. Introducción general al tema	35
§ 2. La función preventiva	36
a) Circunscribiendo el origen de la función preventiva de la responsabilidad civil	36
b) Los deberes precautorios y la acción preventiva. Las dos caras de una misma moneda	38
c) Los recaudos para la procedencia de la acción preventiva	39
d) Análisis particular de cada elemento	40
1. Los recaudos genéricos de las medidas cautelares	40
2. Acción u omisión antijurídica	40
3. La urgencia	41
4. El interés del peticionario	42
5. La posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos	42
6. Una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas	43
e) Nuestra posición acerca de los requisitos de procedencia de la acción preventiva en las «Jornadas Nacionales de Derecho Civil», celebradas en la ciudad de La Plata, en septiembre de 2017	43

f) La legitimación procesal activa	43
g) El contenido de la sentencia	44
h) Efecto con el que se conceden las apelaciones ante una sentencia que hace lugar a la acción preventiva	45
§ 3. La función sancionatoria de la responsabilidad civil	45
a) El marco jurídico en donde se desenvuelven los daños punitivos	45
b) Los daños punitivos emergen del microsistema del consumo	46
c) El obrar grave y malicioso requerido	47
d) La independencia entre los daños punitivos y los daños compensatorios	49
e) Los daños punitivos y la conexidad contractual	49
f) La cuantificación de los daños punitivos	51
§ 4. La función resarcitoria de la responsabilidad civil	52
<i>Jurisprudencia</i>	52
<i>Modelo de acción preventiva</i>	57
a. Acción preventiva	57
b. Demanda por daños punitivos	59

CAPÍTULO II

ÁMBITOS JURÍDICOS EN DONDE SE PUEDE CONFIGURAR EL DAÑO: CONTRACTUAL, EXTRA CONTRACTUAL, PRE CONTRACTUAL Y POS CONTRACTUAL

§ 5. Daños contractuales y extracontractuales. unificación normativa	65
a) Responsabilidad extracontractual (violación del deber de no dañar)	67
b) Responsabilidad contractual (incumplimiento obligatorio)	67
§ 6. Daños precontractuales	67
a) Introducción	67
b) Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual	68
c) El Código Civil derogado, los proyectos de ley previos y el Código Civil y Comercial. Encuadre de la responsabilidad	70
d) Origen de la responsabilidad precontractual	73
1. Rudolf von Ihering («De la culpa in contrahendo» de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas», de 1893)	73
2. Gabrielle Faggella («De los periodos precontractuales y de su veracidad y exacta construcción científica», de 1906)	74
3. Raymond Saleilles («De la responsabilidad precontractual», de 1907)	75
e) Diferencias entre la responsabilidad precontractual, la rescisión unilateral y el contrato preliminar	75
f) Supuestos de aplicación en la actualidad	76
1. Apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas	76
2. Voluntad unilateral	77
3. Caducidad de la oferta	78
4. La buena fe contractual	78
I. Deber de cooperación	79
II. Deber de informar	80

III. Deber de custodia	81
IV. Deber de credibilidad	81
5. Nulidad	81
g) Fundamentos de la responsabilidad	82
1. El fundamento contractualista	83
2. Una concepción mixta	83
3. Fundamento extracontractualista	84
4. Nuestra posición	84
I. El diálogo de fuentes entre los arts. 990 a 993 y el art. 1724 del CCCN	85
II. Las consecuencias de la nulidad. La aplicación del art. 390 y concordantes del CCCN	85
III. El abuso del derecho. La aplicación del art. 10 del CCCN	87
h) Factor de atribución	87
1. Factor de atribución objetivo	88
2. Factor de atribución subjetivo	88
3. Una posición intermedia	89
4. Nuestra posición: la delimitación de la situación fáctico-jurídica	89
i) Extensión del resarcimiento del daño	90
j) El modo de encuadrar los supuestos fácticos de responsabilidad precontractual	92
k) Los casos más comunes de responsabilidad precontractual y el factor de atribución aplicable	93
1. La ruptura intempestiva de las negociaciones	93
2. La voluntad unilateral	93
3. La caducidad de la oferta	94
4. La lesión a la buena fe	94
5. La nulidad	94
§ 7. Daños postcontractuales	95
a) Las obligaciones secundarias posteriores al contrato	95
b) Ámbito normativo	95
<i>Jurisprudencia</i>	96
<i>Modelo de demanda</i>	98

CAPÍTULO III

DEL DAÑO INJUSTAMENTE CAUSADO AL DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO

§ 8. El caso de la antijuridicidad entendida como la transgresión a un deber preestablecido	101
§ 9. El origen del daño injusto en el derecho italiano	101
§ 10. La funcionalidad del daño injusto. Diferencias con la antijuridicidad del Código derogado	102
§ 11. Las causales de justificación del daño	104
a) El ejercicio regular de un derecho	104
b) La legítima defensa	104
c) El estado de necesidad	105

§ 12. La funcionalidad de la doctrina del daño injusto en el derecho italiano	105
a) Introducción	105
b) Prólogo	107
c) La génesis	108
d) Las dos vidas de la injusticia del daño	115
1. La primera vida. La injusticia como ilícito	116
2. La segunda vida. La responsabilidad civil como reacción al daño injusto	127
3. La constitucionalización de la responsabilidad civil	134
e) Conclusiones	143
<i>Jurisprudencia</i>	147
<i>Modelo de demanda</i>	149

CAPÍTULO IV

LA ACEPTACIÓN TÁCITA ANTE POTENCIALES DAÑOS A LA PERSONA HUMANA

§ 13. La asunción de riesgos en las «Jornadas Nacionales de Derecho Civil», celebradas en la ciudad de Córdoba en septiembre de 2009	151
§ 14. La asunción de riesgos en el Código Civil y Comercial	153
§ 15. Ámbito de aplicabilidad del instituto en la jurisprudencia argentina	153
a) La asunción de riesgos como atenuante o eximente de los daños producidos en deportes riesgosos	154
b) El transporte benévolo y la asunción de riesgos	156
c) La asunción de riesgos en la esfera intrínseca contractual	157
§ 16. La asunción de riesgos y el hecho de la víctima	159
§ 17. A modo conclusivo	161
<i>Jurisprudencia</i>	162
<i>Modelo de contestación de demanda</i>	164

CAPÍTULO V

LA ACEPTACIÓN EXPRESA DE POTENCIALES DAÑOS A LA PERSONA HUMANA

§ 18. A modo de introducción	167
§ 19. Breve aporte histórico	170
§ 20. El consentimiento informado: concepto y alcances previstos en el art. 59 del CCCN	171
§ 21. Sobre quiénes se encuentran legitimados para otorgarlo en la ley 26.742 y en el Código Civil y Comercial	174
§ 22. La forma y la prueba requeridas por la ley	176
§ 23. Instrumentación del consentimiento informado y la eximición de responsabilidad. Documentación de la práctica médica. Los formularios preimpresos	179

§ 24. La relación contractual médico-paciente como causa fuente de los deberes que emergen de ella	182
§ 25. Estructura del acto médico: ¿Consentimiento o asentimiento informado?	183
§ 26. Apreciaciones sobre la conducta heterónoma a la que se somete el paciente	184
§ 27. La libertad de elección en el plano médico: la aceptación o el rechazo al tratamiento	185
§ 28. El consentimiento informado y las normas imperativas	187
§ 29. Eficacia del asentimiento prestado	188
§ 30. Validez jurídica del consentimiento informado	189
§ 31. La urgencia como eximente de la obligación de obtener el consentimiento informado	189
§ 32. Consentimiento informado y responsabilidad civil del médico	190
a) La herramienta defensiva que avala el buen obrar médico	190
b) La relación de causalidad	190
c) El consentimiento informado como obligación de resultado y su incidencia en el plexo probatorio	193
d) La necesidad de que exista un daño	197
e) La procedencia del daño no patrimonial	197
§ 33. Las directivas anticipadas en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de nuestro país	199
§ 34. Nuestras conclusiones	203
<i>Jurisprudencia</i>	206
<i>Modelo de demanda</i>	207

CAPÍTULO VI

LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO CAUSADO A TRAVÉS DEL REPROCHE SUBJETIVO O LA ATRIBUCIÓN OBJETIVA

§ 35. Factor de atribución. Concepto	211
§ 36. Etapas en la evolución de los factores de atribución	211
§ 37. Los factores de atribución subjetivos	212
a) El origen de la culpa en Roma y la Edad Media	213
b) La culpa en el Código Civil y Comercial	214
c) La culpa especial derivada de las características personales de los sujetos	215
d) La culpa como principio general	216
e) El dolo como factor de atribución	218
f) Algunos casos de responsabilidad subjetiva	219
1. El incumplimiento de una obligación de medios	219
2. Responsabilidad directa del sujeto por sus propios actos	219
3. Responsabilidad de los profesionales liberales	219
4. La invasión de la vida privada ajena	219
5. La acusación calumniosa	219
6. El sistema objetivo de responsabilidad	219
§ 38. El factor de atribución derivado del carácter de la obligación	220
a) Los criterios de determinación del carácter de la obligación	221
b) La importancia de la distinción en el plano de la prueba y del factor de atribución	223

§ 39. La descripción legal del carácter objetivo de la responsabilidad	223
a) Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente	224
b) Hecho de los hijos	224
c) Hecho de las cosas y actividades riesgosas	224
d) Daño causado por animales	224
e) Responsabilidad colectiva	224
f) Responsabilidad de los establecimientos educativos	225
g) Profesionales liberales	225
h) Accidentes de tránsito	225
i) La responsabilidad del Estado (ley 26.944)	225
j) Responsabilidad ante el daño ambiental (ley 25.675)	226
k) Responsabilidad por violación del deber de seguridad en el plano del consumo (ley 24.240)	227
l) Responsabilidad por daños producidos por productos defectuosos en el plano del consumo (ley 24.240)	227
§ 40. El fundamento del factor objetivo de la responsabilidad	227
§ 41. La causa ajena como eximente de responsabilidad	228
§ 42. La prueba del factor de atribución	228
<i>Jurisprudencia</i>	230
<i>Modelo de demanda</i>	231

CAPÍTULO VII

ENLACE CAUSAL ENTRE EL DAÑO SUFRIDO POR LA VÍCTIMA Y EL HECHO QUE LO ORIGINA

§ 43. ¿La teoría de la adecuación o teoría de la imputación?	233
§ 44. La relación de causalidad adecuada en el Código Civil y Comercial	233
§ 45. Análisis «ex post facto» del hecho y su consecuencia	235
§ 46. Relación de causalidad y extensión del resarcimiento	235
§ 47. La previsibilidad de las consecuencias y la previsibilidad en la culpa	237
§ 48. Co-causa y concausa del resultado	238
§ 49. La imputación causal de las consecuencias ante un hecho involuntario	239
§ 50. Conclusión	239
<i>Jurisprudencia</i>	240
<i>Modelo de demanda</i>	241

PARTE SEGUNDA DAÑOS RESARCIBLES

CAPÍTULO VIII

NOCIONES GENERALES SOBRE EL DAÑO RESARCIBLE

§ 51. Introducción	245
§ 52. El daño y su configuración conceptual	246

§ 53. Diferencia entre daño-lesión y daño-consecuencia	247
§ 54. Los requisitos del daño o perjuicio resarcible	247
a) El carácter personal del daño	247
b) El carácter actual o futuro del daño	248
c) La certeza del daño	249
d) La subsistencia del daño	249
§ 55. La reparación plena	249
§ 56. La existencia de diferencias en la faz del resarcimiento del daño en la responsabilidad contractual y extracontractual pese a la unificación de ambas órbitas	251
<i>Jurisprudencia</i>	253
<i>Modelo de demanda</i>	254

CAPÍTULO IX

DAÑOS A LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SOCIAL DE LA PERSONA

A. VALORACIÓN DEL DAÑO POR INCAPACIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SOCIAL	257
§ 57. Diferencias entre la valoración y la cuantificación del daño	257
§ 58. La lesión a la integridad personal o a la integridad de los bienes y cosas que el daño produce	258
§ 59. Afectación de la integridad psico-física y social	259
§ 60. La lesión a la integridad física	259
§ 61. La lesión a la integridad psíquica	260
§ 62. La lesión a la integridad social	260
§ 63. La lesión a la integridad de los bienes y cosas	261
B. FÓRMULAS MATEMÁTICAS PARA CUANTIFICAR EL DAÑO PSICO-FÍSICO Y SOCIAL	262
§ 64. Introducción	262
a) La aplicación retroactiva del art. 1746 del CCCN	263
b) La incapacidad sobreviniente. Concepto y alcances	266
§ 65. Las fórmulas matemáticas financieras en la jurisprudencia argentina	267
§ 66. El caso «Vuoto, Dalmero Santiago y otro c. A.E.G. Telefonos Argentina S.A.I.C.»	270
§ 67. El caso «Arostegui, Pablo M. C. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y otro»	270
§ 68. El caso «Méndez, Alejandro Daniel c. Mylba S.A. y otro»	271
§ 69. Fórmula propuesta: «Méndez»	273
a) Fundamentos por los cuales debe aplicarse la fórmula «Méndez»	274
b) Las variables de las fórmulas y su prueba	275
1. Los ingresos de la víctima	275
2. La edad de la víctima	276
3. El porcentaje de incapacidad	278
4. La tasa de interés	279

c) La incapacidad psicológica permanente y transitoria	280
d) Los gastos médicos	281
§ 70. El empleo de otras fórmulas de cuantificación. Aspectos comparativos	282
§ 71. Lucro cesante e incapacidad física	283
§ 72. El daño-lesión y el daño-consecuencia	284
§ 73. Nuestra posición	285
<i>Jurisprudencia</i>	286
<i>Modelo de demanda</i>	289

CAPÍTULO X

LOS GASTOS MÉDICOS Y FARMACÉUTICOS DERIVADOS DE LA INCAPACIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA

§ 74. La restitución a la situación anterior al daño	293
§ 75. El alcance de la presunción «iuris tantum» de los gastos necesarios	295
§ 76. La inversión probatoria para desvirtuar la presunción «iuris tantum» de gastos necesarios	295
§ 77. La valoración con criterio amplio de los gastos efectuados	296
§ 78. La asistencia médica en obras sociales y hospitales públicos	297
a) Gastos erogados en hospitales públicos	298
b) Gastos cubiertos por la obra social	298
§ 79. Gastos cubiertos por la ART	298
§ 80. Gastos de tratamiento psicológico	299
§ 81. Gastos de traslado en taxis o remises ante la dificultad de utilizar colectivos o subtes	299
§ 82. La prevención del daño por falta de medicación mediante el amparo constitucional	299
<i>Jurisprudencia</i>	300
<i>Modelo de demanda</i>	302

CAPÍTULO XI

EL DAÑO PSÍQUICO

§ 83. El daño psíquico desde la perspectiva de la psicología	307
§ 84. El daño psíquico desde la perspectiva del derecho	308
§ 85. La pericia psicológica y la determinación de la incapacidad por parte del Juez	309
§ 86. El informe psicológico expedido por un profesional médico	310
§ 87. El principio de congruencia cuando el daño psicológico no se pide expresamente	310
§ 88. La autonomía del daño psicológico del físico	311
§ 89. Daño a la psique y daño psicológico	312
§ 90. La falta de acreditación de la relación causal	313
§ 91. El carácter transitorio de la incapacidad	314

§ 92. El cómputo de los intereses a partir de la pericia	315
§ 93. Conclusión	315
<i>Jurisprudencia</i>	316
<i>Modelo de demanda</i>	318

CAPÍTULO XII

EL DAÑO ESTÉTICO

§ 94. Introducción. La prospectiva del daño estético	321
§ 95. El daño estético: concepto y alcances	322
§ 96. La autonomía del daño estético	322
§ 97. La necesidad de evitar la duplicidad de daños	323
§ 98. La repercusión del daño estético en la esfera extrapatrimonial	324
§ 99. La repercusión del daño estético en la incapacidad física	326
§ 100. La repercusión del daño estético en la integridad social	326
§ 101. Nuestra posición	327
<i>Jurisprudencia</i>	327
<i>Modelo de demanda</i>	329

CAPÍTULO XIII

EL LUCRO CESANTE

§ 102. Introducción	333
§ 103. Concepto de lucro cesante	335
§ 104. Requisitos	335
§ 105. El lucro cesante derivado del incumplimiento obligacional y del principio de no dañar	337
§ 106. El daño emergente y el lucro cesante	337
§ 107. La incapacidad sobreviniente y el lucro cesante	337
§ 108. La privación de uso y el lucro cesante	338
§ 109. El valor de la pericia en la determinación de «quantum» del lucro cesante	339
§ 110. La relación de causalidad entre el lucro cesante y el hecho que le dio origen	339
§ 111. La prueba del lucro cesante	340
§ 112. El lucro cesante futuro	340
§ 113. El descuento de los gastos personales de la víctima para la cuantificación del lucro cesante	341
<i>Jurisprudencia</i>	341
a. Inmuebles	341
b. Demora en la entrega de inmueble	341
c. Empleado infiel	342
d. Fletes	342
e. Insubsistencia del daño	342
f. Locación	342

g. Mala praxis médica	343
h. Martilleros	343
i. Pérdida de mercadería	343
j. Rescisión contractual	343
k. Taxis	343
Modelo de demanda	344

CAPÍTULO XIV

LA PÉRDIDA DE LA «CHANCE»

§ 114. Introducción	347
§ 115. Concepto	348
§ 116. Supuestos comprendidos dentro del espectro de la «chance»	348
§ 117. Clasificación de los tipos de «chance»	349
§ 118. Requisitos para la configuración de la «chance»	350
— La certeza del daño en la pérdida de la «chance»	350
1. Construcción jurídica entre la certeza y la incertidumbre	352
2. La certeza y la mera probabilidad	352
§ 119. La relación de causalidad entre el hecho generador y la oportunidad perdida	352
§ 120. La prueba de la oportunidad perdida	353
§ 121. El contenido de la indemnización ante la oportunidad perdida	354
§ 122. La cuantificación de la pérdida de la «chance»	354
§ 123. Conclusión	355
<i>Jurisprudencia</i>	355
<i>Modelo de demanda</i>	357

CAPÍTULO XV

EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

§ 124. Introducción	359
§ 125. Conceptualización del daño al proyecto de vida	360
§ 126. El daño al proyecto de vida directo y el daño al proyecto de vida indirecto	361
§ 127. Categorías del proyecto de vida	362
§ 128. El daño al proyecto de vida como daño moral o como lesión en la integridad de la persona	362
a) El daño al proyecto de vida como lesión a la integridad social (daño a la vida de relación)	363
b) El daño al proyecto de vida como daño extrapatrimonial	365
c) La cuantificación del daño al proyecto de vida	366
§ 129. Conclusión	367
<i>Jurisprudencia</i>	367
<i>Modelo de demanda</i>	369

CAPÍTULO XVI

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

§ 130. Contenido del menoscabo extrapatrimonial	373
§ 131. El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial	374
§ 132. Hacia una conceptualización del daño extrapatrimonial	374
§ 133. La naturaleza jurídica	377
a) Tesis punitiva	377
b) Tesis compensatoria o reparatoria	377
c) Tesis mixta	379
§ 134. La legitimación activa. Análisis histórico y actualidad	380
§ 135. El daño moral y el riesgo tolerable, ¿la vida duele?	382
§ 136. Cuantificación del daño extrapatrimonial a través de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias	383
<i>Jurisprudencia</i>	384
<i>Modelo de demanda</i>	386

CAPÍTULO XVII

EL FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA

§ 137. Introducción	389
§ 138. El daño patrimonial por fallecimiento. El carácter de la presunción legal	389
§ 139. La cuantificación del daño patrimonial por fallecimiento	390
a) La ponderación judicial	390
b) La aplicación de las fórmulas polinómicas	391
§ 140. El descuento de los gastos de supervivencia del occiso y lo pagado por la aseguradora	392
§ 141. El daño extrapatrimonial por el fallecimiento	392
§ 142. La cuantificación a valores actuales	393
§ 143. La muerte del cónyuge	393
a) El daño patrimonial	393
b) El daño extrapatrimonial	394
§ 144. La muerte del conviviente	394
a) Daño patrimonial por la muerte del conviviente	394
b) El daño extrapatrimonial por la muerte del conviviente	395
§ 145. La muerte de la madre o el padre	395
a) El daño patrimonial por la muerte de la madre o del padre	395
1. El valor vida	395
2. Tareas en el seno familiar	397
3. La edad avanzada del padre o de la madre	397
4. La situación especial del hijo con discapacidad cuando fallece la madre o el padre	398
b) El daño extrapatrimonial derivado de la muerte del padre o de la madre	399

§ 146. La muerte de un hijo o hija	399
a) El daño patrimonial por la muerte de un hijo: la pérdida de la «chance»	400
1. El hecho de que el hijo estuviera por formar su propia familia	402
2. La existencia de otra hija/o	402
b) El daño extrapatrimonial por la muerte del hijo o la hija	403
§ 147. La muerte de un hermano	403
a) El daño patrimonial por la muerte de un hermano o hermana	403
b) El daño extrapatrimonial por la muerte de un hermano o hermana	404
1. Posición que no admite el resarcimiento del daño extrapatrimonial por la muerte de un hermano o hermana	404
2. Posición que admite el resarcimiento del daño extrapatrimonial por la muerte de un hermano o hermana	404
<i>Jurisprudencia</i>	405
a. La responsabilidad por muerte	405
b. Cuantificación	407
<i>Modelo de demanda</i>	415
 BIBLIOGRAFÍA GENERAL	 435