

CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS PERSONALES

por **CARLOS G. GREGORIO, ELENA I. HIGHTON**
y **GLADYS S. ÁLVAREZ**

SUMARIO: 1. Factores relevantes. 1.1. Factores legales. 1.2. Datos del demandado. 1.3. Características del daño. 1.4. Datos de la víctima. 1.4.1. Antes del accidente. 1.4.2. Después del accidente. 1.4.2.1. Muerte de la víctima durante el proceso. 1.4.2.2. Matrimonio posterior de quien reclama indemnización patrimonial por muerte. 1.4.3. Características previas o futuras, pérdida de chance de la víctima. 1.5. Datos sobre los reclamantes. 1.6. Relación con el riesgo. 1.7. Relación con la responsabilidad. 1.8. Dependencia del contexto socioeconómico. 2. Discusión.

La mayoría de las decisiones judiciales, inclusive a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coinciden en afirmar que no existe un cálculo matemático de las indemnizaciones. En “A. Fernández c/J. Ballejo y Provincia de Buenos Aires”¹ se dice:

...para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas –tal como lo hacen los actores en su escrito de demanda– sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.).

¹ CSJN, 11-3-93, *Fallos*: 316:912.

Y en “Lauget Silveira, Esther y otros c. Provincia de Buenos Aires”²:

...para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester confrontar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etcétera (conf. *Fallos*: 310:2103 y sentencias ya citadas).

En estos textos la Corte se está refiriendo a que no existen fórmulas matemáticas –expresiones algebraicas simples– y que el procedimiento que se realiza para arribar a un valor –generalmente expresado en unidades monetarias– es en realidad un complejo procedimiento que resulta de valorar los hechos, interpretar el derecho, considerar datos del caso y de la realidad, e incluirse en una tradición legal y judicial.

Es realmente imposible lograr una simplificación que reduzca todo este procedimiento a una fórmula, un algoritmo, o cualquier otro procedimiento de cálculo numérico; en este sentido –eventualmente– es posible hacer una estimación o pronóstico de qué ocurrirá cuando el caso sea decidido en sede judicial.

También es necesario aceptar que nuestro sistema legal no pretende que dos jueces distintos arriben a soluciones exactamente iguales en sus números. Existe consenso en que cualquier procedimiento es aproximado y que si hipotéticamente se diera el mismo caso a todos los jueces de una jurisdicción los montos decididos deberían mostrar una “tendencia”, pero de la existencia de decisiones que se alejen de esa tendencia surge la elasticidad con que el sistema judicial puede adaptarse a situaciones nuevas o a los cambios socioeconómicos. La pérdida de esta exactitud, se transforma en ventaja cuando se descubre que la cuantificación de daños nunca está ceñida a un conjunto fijo de factores, sino que es posible siempre que se establezcan nuevos hechos o se generen nuevos contextos. Un sistema cristalizado no sería capaz de cambiarse o adaptarse a nuevas realidades.

En este sentido también es admisible preguntarse si es posible encontrar un modelo matemático que explique los montos indemniza-

² CSJN, 15-7-97, *Fallos*: 316:165.

torios resultantes de decisiones judiciales del pasado, y cuál podría ser su utilidad. Sin lugar a duda, un modelo así puede ser usado para realizar predicciones, pero quizás su uso más importante sea para establecer un criterio de racionalidad que permita establecer si el sistema judicial está –en su conjunto– tomando decisiones medianamente homogéneas, y si aquellas que se apartan de la tendencia mayoritaria tienen una fundamentación suficiente y admisible. Ésta es una tarea más académica que judicial; quizás un primer antecedente publicado viene de Japón y fue realizado por el profesor Otha³. Los modelos matemáticos son simplificaciones capaces de explicar y predecir sólo una parte de los casos, teniendo además sólo una capacidad estimativa, esto es, cualquier explicación o predicción debe admitirse con un cierto margen de error.

Una conclusión preliminar sería que el cálculo de las indemnizaciones es un proceso que debe considerar un conjunto de factores, y que estos factores no están –ni pueden estar– enumerados exhaustivamente (ni en la legislación, ni en la jurisprudencia), y tampoco su valoración reúne características generales. En este trabajo se intentará analizar una lista tan abarcativa como sea posible y señalar –con base en la jurisprudencia– cuándo cada factor es relevante o no.

1. Factores relevantes

Siempre con base en la jurisprudencia y la doctrina –y en convenciones internacionales– es posible encontrar que diversos componentes son determinantes de una indemnización. Así los factores legales, los datos del agente del daño, los datos de la víctima y de los reclamantes, las características del daño y del hecho causante del perjuicio, la información sobre el contexto social y económico, etcétera.

Cabe enumerar aquellos dominantes que –eventualmente entre otros– permiten calcular las indemnizaciones por daños personales.

³ OTHA, Tomoyuki, *The present situation of legal informatics in Japan*, en *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, C. Ciampi (ed.) 1 (1982) 77-82. North Holland Publishing Co.

1.1. *Factores legales*

FACTOR	INCIDENCIA EN LA INDEMNIZACIÓN
Transporte aéreo	Tope indemnizatorio: Convenio de Varsovia de 1929; Convenio de Roma de 1952; Protocolo de La Haya de 1955; Convenio de Guadalajara de 1961; Código Aeronáutico, arts. 144/166
Transporte marítimo	Tope indemnizatorio: Convención de Bruselas de 1957; Convención de Viena de 1963; Convenio de Bruselas de 1971; Convención de Atenas de 1974; Protocolo de Londres de 1976; Protocolo de 1996; Ley de Navegación 20.094, arts 175, 331
Transporte ferroviario internacional	Tope indemnizatorio: convención de 1971 vigente en Europa desde 1994
Legislación laboral	Topes indemnizatorios: Accidentes de trabajo (leyes 9688, 24.028, 24.577) Riesgos del trabajo Despido (Convenio 158 OIT; leyes 11.729, 20.744, 24.013) Personal militar (leyes 19.101, 22.511)
Productos elaborados	Tope indemnizatorio: Directiva 85/374 Comunidad Económica Europea

1.2. *Datos del demandado*

FACTOR	INCIDENCIA EN LA INDEMNIZACIÓN
Patrimonio del demandado	La indemnización se adecua al patrimonio del demandado. Art. 907 Código Civil
No se pudo identificar un responsable	No existe indemnización. En otros países se dispone de un fondo de garantía (Francia) que actúa en estos casos

1.3. Características del daño

Doctrinariamente considerada, la incapacidad es la falta de salud derivada de un hecho ilícito. La invalidez física es un concepto médico antes que jurídico. De ahí que los montos indemnizatorios por incapacidad dependen en gran medida de la pericia médica. Sin embargo, las repercusiones que dicha minusvalía tiene, por ejemplo en la capacidad de ganar dinero, no constituye una noción puramente médica. Además, se dice reiteradamente que la aceptación del dictamen médico no implica estar a un porcentaje exacto de incapacidad y que, a los efectos civiles, se tienen en cuenta diversos aspectos de la vida de relación de la víctima y no sólo su pérdida de capacidad de ganancia.

Aunque explícitamente no se indica que la indemnización abarque aspectos extrapatrimoniales, según una posición, de acreditarse que la víctima sufrió una limitación funcional, igualmente se entiende producido un daño patrimonial que genera la obligación de indemnizar, aun cuando no hubiera tenido rentas, porque dicho daño tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de aquel tipo, sino también la proyección que aquélla tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital, el empobrecimiento de sus perspectivas futuras, etcétera⁴; que la indemnización tiene en mira todas las actividades del sujeto y su proyección sobre su personalidad tomada en su integridad⁵. Se afirma que la incapacidad se computa en general, prescindiendo de fijar un porcentaje exacto, basado el criterio en que las tablas de incapacidad laboral no son apropiadas a estos efectos civiles en que debe evaluarse la actividad total

⁴ CNCiv., sala F, L. 49.512 del 18-9-89 (inédito); LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, t. IV-A, p. 120, N° 2373; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, t. 5, p. 219, N° 13; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, t. III, p. 122; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, t. I, p. 150, N° 149; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. II-B, p. 191, N° 232; ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de las Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 292, N° 652.

⁵ CNCiv., sala F, 28-10-91, Jurisp. CCiv., Isis, sum. 0007811.

del sujeto y proyección de la secuela sobre su personalidad integral o disminución de posibilidades genéricas de vida.

Se considera, entonces, que la indemnización que se otorgue por incapacidad sobreviniente debe atender, primordialmente, al mantenimiento incólume de una determinada calidad de vida, cuya alteración, disminución o frustración, constituyen en sí un daño resarcible, conforme a una visión amplia del problema tratado⁶; que la indemnización por incapacidad sobreviniente no tiende solamente a cubrir las mermas de ingresos de una actividad laboral o profesional actual de la víctima, sino a compensar el demérito patrimonial respecto de todas las manifestaciones vitales de la persona humana⁷. Asimismo, que en el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla, en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etcétera, y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial; que en nuestros días tiende a prevalecer el criterio de que todo menoscabo o detrimento que se sufra en las áreas antes anunciadas, debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ejemplo, en “Toscano, Gustavo Cayetano c/Provincia Buenos Aires”⁹ dice:

...a los fines de fijar el monto de la indemnización debe tenerse en cuenta que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos –aunque elementos importantes a considerar– no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio.

También depende de la magnitud del daño; o sea, los lisiados graves reciben indemnizaciones diferenciales. Este hecho puede verse en el

⁶ CNCiv., sala D, 25-10-95, Jurisp. CCiv., Isis, sum. 0007034.

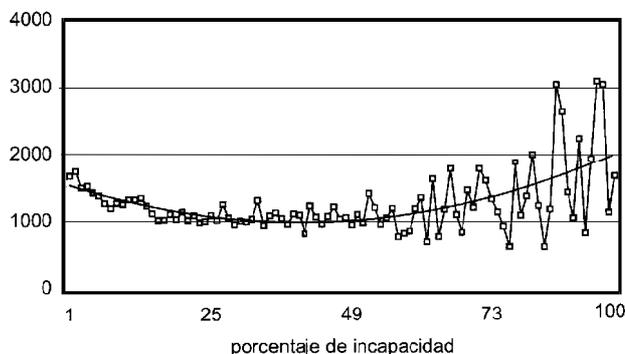
⁷ CNCiv., sala C, 21-11-89, Jurisp. CCiv., Isis, sum. 0007728.

⁸ CNCiv., sala C, 8-10-92, Jurisp. CCiv., Isis, sum. 0007729.

⁹ CSJN, 7-2-95, Fallos: 318:38 y L. L. 1995-D-89.

Gráfico 1 en el que es visible un incremento en el valor del punto para los porcentajes de incapacidad mayores¹⁰ de 75% y en menor medida para los porcentajes de incapacidad menores a un 5%.

Gráfico 1. Valor medio del punto de incapacidad en función del porcentaje de incapacidad¹¹ (superpuesta la línea de tendencia)



Ambos elementos –incapacidades leves y lesiones graves– son un indicio de que los jueces no consideran definitivo el porcentaje de incapacidad de la pericia; en estas situaciones se estarían considerando otros aspectos o daños que el porcentaje de incapacidad –por su simplicidad– no logra representar. Aparte de estas consideraciones, la sensación que traduce el Gráfico 1 es que en la mayoría de los casos los jueces confían en los datos aportados por la pericia.

¹⁰ También se observa una mayor dispersión de los valores –alternancia de valores altos con valores bajos–; esto se debe a dos causas: sólo algunos lisiados graves reciben indemnizaciones diferencialmente más altas, probablemente explicables por el tipo de lesión, y en segundo lugar, la cantidad de casos son mucho menores, situación que estadísticamente provoca una dispersión de los montos.

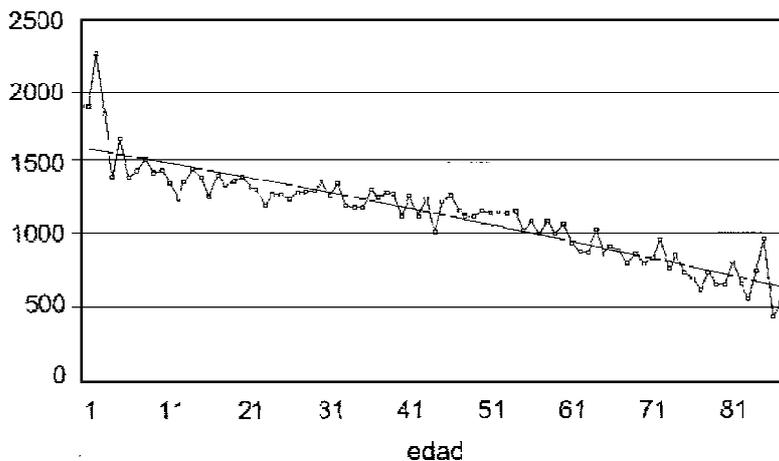
¹¹ Los datos que aparecen aquí graficados –al igual que los de los gráficos y tablas siguientes– corresponden a la Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales (accesible en www.ijjusticia.edu.ar) cuya fecha de sentencia es posterior al 1-3-91 e incluyen decisiones hasta el 30-4-2002. Las diferencias que puedan observarse con

1.4. Datos de la víctima

1.4.1. Antes del accidente

Son los principales datos de la víctima y sus aptitudes, capacidad, actividad, etcétera, anteriores al hecho perjudicial, los que influyen en el cálculo de la indemnización. Sin duda, el dato que aparece con mayor capacidad explicativa es la edad (Gráfico 2). También se observa que la ocupación, capacitación y el sexo inciden en las cuantías indemnizatorias (Tablas 1, 2 y 3).

Gráfico 2. Valor medio del punto de incapacidad en función de la edad de la víctima (superpuesta la línea de tendencia)



gráficos similares publicados en artículos anteriores se deben a que se han incluido sentencias más actualizadas. Estos cambios señalan, además, que pueden haber pequeñas variaciones temporales en las tendencias y que estos indicadores son capaces de apreciarlas en forma dinámica. Todos los valores –excepto los Gráficos 3 y 4– están expresados en pesos.

Tabla 1. Valor medio del punto de incapacidad en función de la ocupación de la víctima

OCUPACIÓN	VALOR DEL PUNTO
Changas	1163.6
Obrero	1284.1
Oficio	1170.2
Ama de casa	1014.8
Empleado de comercio	1185.7
Empleado administrativo	1212.1
Empleada doméstica	1068.8
Comerciante	1098.6
Profesional	1237.1
Estudiante ¹²	1368.1
Jubilado o pensionado	831.1
Otras categorías	1229.1
Desocupado	1206.2
Sin datos	1296.0

Tabla 2. Valor medio del punto de incapacidad en función de la capacitación de la víctima

CAPACITACIÓN	VALOR DEL PUNTO
Primaria	1218.0

¹² Los valores medios del punto en esta tabla corresponden sólo a la clasificación por ocupación. Es visible cómo grupos presumiblemente jóvenes (estudiantes) tienen valores más altos que otros, como profesionales o jubilados y pensionados. Salvo estos casos

CAPACITACIÓN	VALOR DEL PUNTO
Secundaria	1258.4
Terciaria	1235.2
Universitaria	1353.4
Sin datos	1112.9

Tabla 3. Valor medio del punto de incapacidad en función del sexo de la víctima

SEXO	VALOR DEL PUNTO
Masculino	1210.2
Femenino	1110.5

Una consideración especial es necesaria sobre los ingresos de la víctima. Siguiendo las reglas del artículo 1084 del Código Civil, el responsable de la muerte de una persona tiene la obligación de pagar “...lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto...”, y del artículo 1086 se desprende que: “Si el delito fuese por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de [...] todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento”. De aquí surge que uno de los componentes más fuertes del daño patrimonial se relaciona con la pérdida de los ingresos.

El precedente más citado sobre la forma de estimar el valor actual de los ingresos futuros perdidos es “D. Vuoto y otro c/AEG Telefunken Argentina SAIC”¹³, donde se dice:

La reparación por daño material causado –en el caso de autos, fallecimiento– debe estar dada por un capital que puesto a interés del 6% se

explicables en términos de la edad, la ocupación parece no tener demasiada incidencia en la indemnización, téngase también como un argumento adicional que el valor del punto no disminuye para los desocupados.

¹³ CNAT, sala 3, 16-6-78, E. D. 1979-312.

amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieran recibido de no haber mediado el evento [...] el capital que corresponde fijar en concepto de daño material es de \$ 1.400.000 actualizado a la fecha de la sentencia. Para alcanzar esa cifra he aplicado la fórmula matemática adoptada en casos anteriores:

$$C = \alpha \times (1 - Vn) \times 1/i; \text{ donde } Vn = 1/(1 + i)^n$$

Y donde α = retiro por período, n = número de períodos, i = tasa de interés (coeficiente) en el período.

En la práctica, muchos jueces se orientan con la utilización de cálculos actuariales que intentan estimar cuál sería el capital que, invertido en condiciones de riesgo mínimo en el mercado de capital, produciría una renta mensual igual a los ingresos actuales; la persistencia de este procedimiento debería ser igual a los años que le restan a la víctima para alcanzar, o la edad de jubilación, o la expectativa de vida. Esta práctica está también presente en la jurisprudencia de los EE. UU. Los casos más mencionados son “Jones & Laughlin Steel Corp. vs. Pfeifer”, 462 U.S. 523 (1983); “Beaulieu vs. Elliot”, 434 P. 2d 665, y “State of Alaska vs. Mary Guinn”, 555 P. 2d 530, en los que se aplican cálculos actuariales similares, quizás sólo con la diferencia de que la tasa de descuento es la que corresponde a la inversión de menor riesgo—generalmente bonos del tesoro—y en estos casos se especula sobre las posibilidades de variaciones por inflación o incrementos debidos a una mayor especialización laboral.

En decisiones recientes los magistrados no mencionan explícitamente el uso de fórmulas actuariales en los cálculos que—eventualmente—realizan para orientar su decisión. Sí se ha observado que los montos indemnizatorios guardan un razonable acompañamiento con los que se obtienen al aplicar la fórmula *Vuoto*¹⁴. Esto permite interpretar que, aun cuando la mención explícita de cálculos actuariales desaparece de la

¹⁴ ÁLVAREZ, Gladys; GREGORIO, Carlos G. y HIGHTON, Elena, *Cuantificación de daños personales: publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21, 1999, ps. 127/190.

jurisprudencia y se niega explícitamente, aparentemente se continúan utilizando como una referencia relevante en la construcción de los montos indemnizatorios.

En varios fallos la Corte Suprema de Justicia ha opinado sobre este punto. La negativa a utilizarlas, el abandono o falta de explicitación en cuanto a la adopción de fórmulas actuariales, podrían explicarse con varios argumentos¹⁵:

- La fórmula es de tal simpleza que resulta técnicamente inadecuada;
- la incapacidad o valor vida resarcible no es sólo laborativa;
- se consideran relevantes otros factores (aparte de los ingresos) para la estimación del monto indemnizatorio;
- existen dificultades para la prueba de los ingresos;
- en los últimos años se han observado grandes variaciones entre pleno empleo y desempleo, lo que no permite inferir válidamente que la situación actual se extienda indefinidamente en el tiempo.

En Brasil –por ejemplo– la jurisprudencia es bastante firme al conceder indemnizaciones expresadas en términos de salarios mensuales mínimos, y no como una cantidad fija y única. Este proceder da la sensación de crear una vinculación demasiado fuerte entre salario de la víctima e indemnización del daño y además deja sin resolver el procedimiento efectivo por el que la víctima o los reclamantes reciben la indemnización, ya que luego es posible una negociación con la compañía de seguros para convertir los salarios mínimos en una cifra única. Pese a no ser una figura difundida en la jurisprudencia argentina, la indemnización en términos de cuotas mensuales podría haber sido una excelente forma para indemnizar los gastos médicos futuros en casos de lesiones en los que la expectativa de vida es incierta (ver “Díaz, G. J. vs. Duarte, Dionisio”)¹⁶.

¹⁵ La CSJN critica en “Puddu c/Sequenza SA” el uso de la fórmula sin que exista prueba del daño (J. A. 1978-IV-528). Luego en “G. Prille de Nicolini c/Segba y otro” dice que “el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante la comprensión integral de los valores materiales y espirituales” (L. L. 1988-A-218).

¹⁶ CNCiv., sala G, 28-6-2000, <http://www.redjurista.com/diazciv.htm>: En este caso el accidente le produce a la víctima un estado vegetativo que implica un gasto de atención médica permanente. Si en este caso se utilizara una expectativa de vida entre 70 y 72

1.4.2. *Después del accidente*

También, más bien excepcionalmente, cabe tomar datos o hechos sobrevinientes que afectan a la víctima.

Cabe mencionar:

1.4.2.1. *Muerte de la víctima durante el proceso*

Existen dos criterios en la jurisprudencia para manejar procesalmente hechos posteriores al accidente y anteriores a la sentencia. En el caso “Juan Borysiuk c/Santiago Ibarra y otro”¹⁷ el doctor Bossert dijo sobre el valor vida:

...Nada tiene que ver para la estimación de este daño que, tres meses después de la muerte de su hija, el padre se haya suicidado, según se expresa en la pericia psicológica, sin perjuicio de que, tal vez, la causa de esta muerte haya sido el dolor insuperable por la muerte de su hija –cuestión ajena a este litigio– lo cierto es que la indemnización debe acordarse por el daño inferido, que se evalúa al momento de producirse el hecho ilícito.

Contrariamente, en “Félix Torres c/Microómnibus Norte SA”¹⁸ y en “R. Lamas c/Línea 10 SA”¹⁹, se entendió que:

...la sobreviniente muerte de [la víctima] ha puesto coto a la incertidumbre propia del prudencial cálculo de chances perdidas en virtud de la discapacidad verificada, de modo que cualquier resarcimiento debería adecuarse ahora al escaso lapso transcurrido entre el día del ilícito, 20 de junio de 1990, y el fallecimiento ocurrido el 1º de mayo de 1993.

Este fallo, al momento de estimar los daños por lesiones, reduce los ingresos perdidos al período que va desde la fecha del accidente hasta la

años –la habitualmente usada en condiciones normales– los gastos médicos futuros crecerían a valores millonarios. El conocimiento médico sobre la sobrevida probable en estos casos es incierto, y asumir los parámetros normales de sobrevida podría traducirse en un enriquecimiento ilícito.

¹⁷ CNCiv., sala F, 2-8-1991.

¹⁸ CNCiv., sala E, 16-11-94.

¹⁹ CNCiv., sala A, 30-10-98.

muerte de la víctima (por causas aparentemente no relacionadas con las lesiones). El razonamiento subyacente se basa en que en relación con determinados hechos (futuros), al no ser factible su prueba en el proceso, se construyen presunciones basadas en inferencias estadísticas, e. g. que en promedio una mujer que vive en la pampa húmeda alcanza los 72 años, o sea $E\{\text{vida} \mid \text{mujer}\} = 72 \text{ años}^{20}$. Esta información no constituye un hecho probado pues no existe la prueba estadística²¹; por el contrario, la muerte de la víctima sí es un hecho probado en el proceso y es información más cierta al momento de aplicar los cálculos actuariales. Desde este punto de vista, los eventos presumidos deben dar paso y ceder ante los hechos probados.

En el primer fallo se afirma que los daños se evalúan al momento de producirse el hecho ilícito y no se interpreta como relevante la información sobre la sobrevivencia del reclamante. Ciertamente, no se considera que los razonamientos actuariales tengan fuerza normativa, por lo que menos se discutirá si opera o no una presunción estadística sobre la edad de sobrevivencia.

1.4.2.2. *Matrimonio posterior de quien reclama indemnización patrimonial por muerte*

En un interesante fallo²², que contiene criterios divergentes sobre este espinoso tema que ha dividido a la doctrina, el primer voto del magistrado que luego quedó en disidencia consideró que en la tarea de fijar el cuántum de la indemnización del daño material que corresponde a la actora por la muerte de su concubino, debe ponderarse que aquélla contrajo nuevas nupcias; que, en consecuencia, el período de

²⁰ En realidad es posible afinar esta estimación introduciendo más datos de la víctima; por ejemplo, la edad y el estado de salud al momento del accidente.

²¹ Sobre el concepto de prueba estadística puede verse ÁLVAREZ, Gladys y GREGORIO, Carlos G., *Prueba de exclusión o presunción de paternidad*, en L. L. 1992-E-252/255.

²² C1^aCCom. de La Plata, sala I, 10-12-98, “G. D. S. c/Czokoly, Rubén E.”, L. L. Responsabilidad Civil y Seguros, 1999-811. La mayoría cita el precedente de la C1^a de Bahía Blanca, del 24-12-65, E. D. 114-672 –que da cuenta es el único publicado sobre el tema– en que se dijo que un argumento semejante era “además de impío, jurídicamente inatendible”.

carencia de apoyo económico provocado por el deceso de una anterior pareja ha de cesar, por lo menos, a la fecha de celebración del matrimonio.

Mas por mayoría formada por los restantes jueces, se entendió que el matrimonio contraído por quien reclama la indemnización del daño material provocado por la muerte de su concubino no influye en la determinación de la reparación pues se trata de una modificación extrínseca que no guarda relación causal con el hecho ilícito generador del daño indemnizable; que la personalísima decisión de la actora –víctima jurídica del homicidio de su concubino– de contraer matrimonio y comenzar una nueva vida en pareja, no puede liberar ni favorecer al victimario considerando que dichas nupcias la situaron en idéntica o mejor posición patrimonial a la que tenía durante su anterior convivencia; que se trata de una circunstancia que en modo alguno influye en la fijación de la indemnización del daño material.

Dijo además la mayoría que no cabe computar a los fines resarcitorios las variaciones del daño que provienen de un factor extraño; que como se ha sostenido reiteradamente, en tanto no corresponde restar la pensión o seguro cobrado por la viuda, o por caso, la lotería que se sacó el damnificado o la cuantiosa donación que recibió de un tercero, también cabe rechazar por injusto que esta decisión personalísima libere al agente del daño; que no se puede razonar sobre la base de la fungibilidad de seres humanos. Indica que, inclusive, con el criterio de hacer cesar el daño, con carácter previo habría que indagar si con el segundo marido la mujer puede conseguir igual nivel de vida o inferior a aquel que tenía con el primer marido, para poder así definir si nos hallamos ante un cese total o parcial del perjuicio; que más aún, en el supuesto que el cónyuge actual carezca de bienes, sea un desocupado, sufra alguna incapacidad, sea un inepto o un holgazán a cuyo sustento debe contribuir la actora y de resultas de lo cual empeorara su situación patrimonial con respecto a la que gozaba con su anterior pareja, habría –siendo consecuente con tal línea de pensamiento– que aumentar la indemnización, en la exacta medida de la carga patrimonial que representa sostener al actual esposo.

En definitiva, las variaciones computables son sólo las intrínsecas, es

decir el agravamiento o mejora respecto del daño, que provenga del hecho imputable al victimario y que con éste tenga relación causal.

1.4.3. *Características previas o futuras, pérdida de chance de la víctima*

En muy pocos casos se discute si la capacidad productiva de la víctima al momento del accidente habría variado en el futuro. Cuando se razona en términos de ingresos perdidos se estima que esos ingresos al momento del accidente habrían sido del mismo tenor de los perdidos en el futuro. En algunos casos se especula sobre mejoras salariales –no incrementos por inflación sino por una mayor especialización o éxito profesional–. En el caso decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Scamarcia, M. c/Provincia de Buenos Aires”²³, la víctima es un futbolista aficionado y se discute la probabilidad de que llegue a ser profesional.

1.5. *Datos sobre los reclamantes*

Un factor relevante que afecta significativamente el daño moral es la convivencia o no de los reclamantes con la víctima; asimismo, incide en el daño patrimonial, pues es relevante a los fines de la ayuda económica o en actividad que puede medirse como un valor, brindada entre víctima y reclamante.

No obstante, este tipo de tendencias son difíciles de establecer estadísticamente pues los casos de valor vida son más complejos y menos frecuentes. Por ejemplo, interesa establecer si el número de reclamantes incide en las indemnizaciones por valor vida, pero no se dispone de información suficiente.

1.6. *Relación con el riesgo*

En un análisis estadístico anterior²⁴, se observó que los daños corpo-

²³ CSJN, 2-9-95, E. D. 182-740.

²⁴ HIGHTON, Elena, ÁLVAREZ, Gladys y GREGORIO, Carlos G., *Constitucionalidad e inconstitucionalidad de la cuantificación de los daños personales por baremación en España y análisis de la cuantificación de los daños personales provenientes de accidentes de tránsito en relación a los causados por una contingencia*

rales provenientes de contingencias diversas al accidente de tránsito tienen mayor incertidumbre y, aparentemente, se reconocen montos proporcionalmente superiores, es decir que los montos indemnizatorios, en alguna medida, dependerían del tipo de riesgo o características del accidente; aunque también indicábamos que el número de accidentes de tránsito es significativamente mayor que el de otros accidentes, y en la comparación estadística de dos grupos de datos cuyos tamaños son diametralmente distintos, conviene analizar si el grupo distinto tiene una representación homogénea, observándose que los casos correspondientes a otros accidentes están sesgados por porcentajes de incapacidad pequeños y edades extremas, o por daños y secuelas que salen de lo común e impactan más, o que exceden los parámetros de cuantificación con que los jueces están familiarizados.

El estudio fue justamente motivado por la conclusión a que llegó el Tribunal Constitucional de España en cuanto a la constitucionalidad de la baremación de daños corporales provenientes de accidentes de la circulación, pese a no tarifarse los provenientes de otros riesgos.

1.7. *Relación con la responsabilidad*

Sobre este punto se pueden acotar algunas observaciones. La primera se relaciona con la sentencia del Tribunal Constitucional de España en la que se excluye del baremo establecido por la ley 30, y en lo tocante a la incapacidad temporal, aquellos casos en los que existió “culpa relevante del conductor, determinante del daño a reparar”. El término no fue claramente definido y ya ha corrido bastante tinta sobre él, pero nuevamente introduce el concepto de la indemnización de un daño como una sanción civil.

El daño moral en nuestra tradición legal tuvo en parte esa función, pero hoy ese concepto ha sido abandonado. No obstante pareciera haber cierta necesidad de encontrar una forma de establecer sanciones civiles.

distinta en Argentina, en Revista de Derecho de Daños, N° 2001-1, ps. 271/305. Ver los casos y datos concretos en ese trabajo. La sentencia española es referida a la ley 30/1995 que contiene un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En un caso reciente, “T. de B., M. P. c/K., G.”²⁵, se dice:

Se privó al paciente de un relevante elemento de juicio, pero ello no puede llevar en este supuesto en particular a una absoluta presunción en su favor, sino que debe ser evaluada en relación a los antecedentes del caso y meritando también las pruebas rendidas. En ese orden de ideas es de advertir que al no contarse con dicho elemento imprescindible (historia clínica) para resolver la causa no se puede reprochar la conducta del médico en la ocasión ni acreditar por lo tanto que el nexo causal no tenga ninguna fractura. Ello lleva en consecuencia a que deba en el caso imputársele a la codemandada Clínica Bazterrica la responsabilidad por el incumplimiento en su custodia, y la medida de tal incumplimiento –en términos económicos– estará dada, a mi criterio, por la determinación de un monto global, único, no parcializado según los rubros reclamados en la demanda, en favor de la actora en función del tipo y características particulares de la enfermedad padecida, consecuencias resultantes, tratamientos necesarios, informes obrantes, peritación médica rendida, demás antecedentes de la causa y lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal. En función de ello estimo prudencial determinar dicho importe en la suma actualizada al 31 de marzo de 1991 (conf. ley 23.928) de doscientos mil pesos (\$ 200.000,00) por ser el mismo a mi criterio representativo del daño causado por el hecho de no haber cumplido con la guarda citada y medido en razón de las circunstancias que provocan el impedimento de la determinación de la existencia o no de la mala praxis y del consentimiento informado. En definitiva considero que esa suma importa una sanción ejemplar para la clínica codemandada por no cumplir adecuadamente con su deber de custodia que deberá afrontar en beneficio de la menor.

Otro caso puede ser puesto también en el mismo orden de ideas: en “Romano Larroca, José Gerardo c/Editorial Perfil SA”²⁶ se discuten el daño moral y lucro cesante derivados de lesiones a los derechos de la personalidad espiritual (intimidad, honor, imagen). Sin embargo el monto indemnizatorio es pequeño al considerarlo con las ganancias del negocio editorial. De esta forma, un monto de estas características no

²⁵ CNCiv., sala K, 25-8-2000.

²⁶ CNCiv., sala B, 3-9-2001.

guarda relación con la finalidad de prevención de abusos de la libertad de expresión. Para ahondar más en la necesidad de daños punitivos o sanciones civiles en algunos tipos de casos, es pertinente citar de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷:

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

1.8. *Dependencia del contexto socioeconómico*

Los Gráficos 3 y 4 muestran la relación entre el valor del punto de incapacidad y el dólar norteamericano como indicador de la fortaleza de la moneda. Se observa que los jueces no están pensando en cuál sería el valor de las indemnizaciones al convertirlo en una moneda extranjera de referencia. Si bien la paridad del dólar y el peso fue exacta entre 1991 y 2001 el valor del punto muestra una tendencia creciente entre 1988 y 1997, se estabiliza desde 1998 y hasta diciembre de 2001. Sin embargo las indemnizaciones fijadas en los primeros meses del 2002 –con nuevas paridades dólar/peso– muestran que los valores indemnizatorios tienden a ser constantes en pesos. Así sería posible adelantar una conclusión en el sentido que es mayor la dependencia de factores económicos internos que de la paridad monetaria.

²⁷ Texto de la declaración en: www.cidh.oas.org/relatoria/spanish/Declaracion.htm. Esta declaración debe ser vista en el contexto de casos de “censura previa”, como por ejemplo: “Francisco Martorell vs. Chile”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/chile11-96.htm>).

Gráfico 3. Valor mediano del punto de incapacidad expresado en dólares estadounidenses²⁸

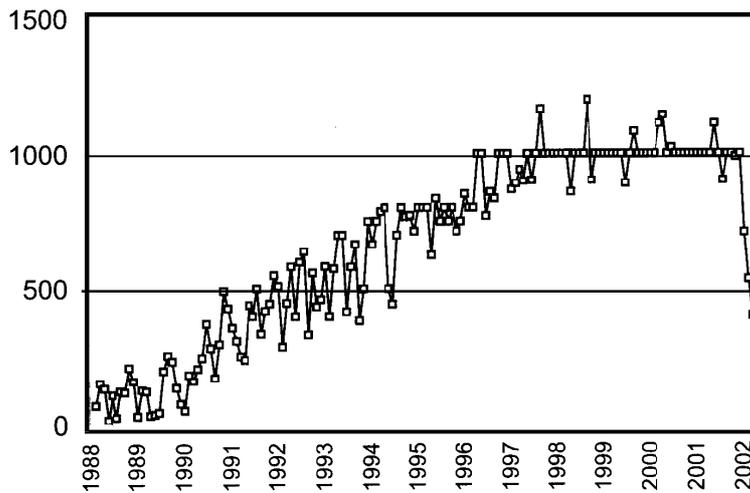
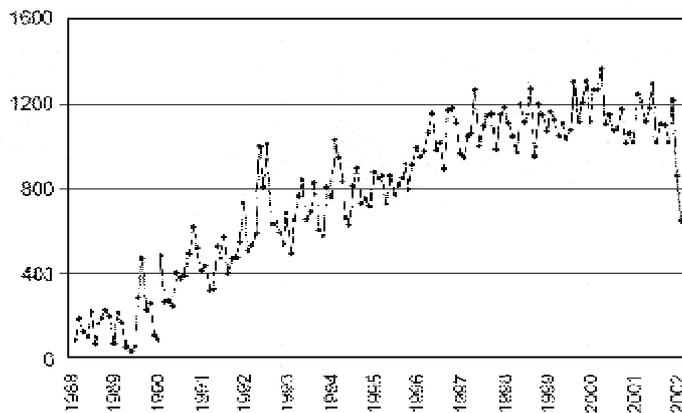


Gráfico 4. Valor medio del punto de incapacidad expresado en dólares estadounidenses



²⁸ Existen dos medidas estadísticas para describir un grupo o una población. La más

2. Discusión

En el párrafo anterior se ha presentado un panorama somero –mayormente relacionados con el valor del punto por incapacidad– sobre cuáles serían los factores que inciden en la determinación de los montos indemnizatorios. Se han sólo mostrado algunos casos particulares y se han omitido temas relevantes como el del daño moral, valor vida y pérdida de chance. Tampoco se han incluido circunstancias –que si bien son poco frecuentes– podrían influir en los montos indemnizatorios, por ejemplo: multiplicidad de víctimas, varias víctimas en el mismo grupo familiar, período de convalecencia, número de intervenciones quirúrgicas, si la muerte del accidentado fue en el instante del hecho o si, por el contrario, se suman sufrimientos adicionales para la víctima y sus familiares, etcétera.

Este enfoque lleva a concluir que la determinación de los montos indemnizatorios podría estar fuertemente determinada por algunos cálculos realizados sobre datos del hecho, de la víctima y de los reclamantes; pero es necesario, además, considerar otros elementos o datos relevantes, y en estos casos no es posible apoyarse en estudios estadísticos, sino que es necesario analizar cuidadosamente la jurisprudencia.

Aun cuando dispongamos de una lista suficientemente completa de

difundida es la media o promedio que se calcula sumando todos los valores del grupo y dividiendo la suma por el número de elementos en el grupo. En nuestro caso los montos indemnizatorios no se distribuyen uniformemente, sino que existen más montos pequeños y muy pocos montos muy altos (denominados cola de la distribución). Estos montos muy altos son –por lo general– casos raros y suelen ser significativamente altos. En términos estadísticos se dice que la distribución de los montos indemnizatorios sigue una distribución log-normal. La característica más importante de esta distribución es la asimetría. Si se utilizara la media para describir al grupo, ésta estaría muy influenciada por los valores extremos en la cola, no teniendo estos valores ninguna incidencia en la tendencia. Por eso se utiliza otra medida de tendencia central que se denomina mediana. Para calcularla se ordenan todos los montos indemnizatorios en cada grupo de casos de menor a mayor, y se le asigna a la mediana el monto indemnizado en el caso que está exactamente en el medio. Así el valor mediano deja a su izquierda (montos menores) tantos casos como a su derecha (montos mayores). La gran ventaja es que este valor no puede ser influenciado por los valores extremos en la cola. Si la distribución fuera simétrica, media y mediana serían exactamente iguales. Ver MARÍN COBO, Ángel, *La distribución logarítmico-normal. Aplicación a la distribución del coste de siniestros*, en *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, N° 25 (1985) 79-90.

factores, ¿es suficiente referirse a estas categorías (sobre la víctima, el reclamante, el accidente, etc.) para calcular la indemnización... o aún resta posicionar esos montos en una tradición legal y judicial? En la práctica no vale lo mismo una indemnización en EE. UU., Europa, Argentina, Uruguay²⁹, Brasil, México o El Salvador; pero no valen lo mismo no sólo porque estamos ante situaciones socioeconómicas distintas, sino porque las tradiciones legales y judiciales han llevado a posicionar los montos indemnizatorios en un nivel determinado, que bien podría haber sido otro. Se estima que este nivel puede estar influenciado –entre otros factores– por criterios de prevención de accidentes, pero probablemente se relacione aún más con una concepción más amplia de la responsabilidad civil. Se puede observar que cuanto mayor es el nivel en las cuantías de las indemnizaciones en un determinado país, mayor es la diversidad de conflictos (*i. e.*, tipos de accidentes, ya sean responsabilidades profesionales, por productos elaborados, etc.) que llegan al sistema judicial y donde éste entiende que existió responsabilidad civil.

Las indemnizaciones pueden ser racionales comparativamente entre sí, dentro de una jurisdicción o de un país; pero son posibles diferentes niveles y no por ello las cuantías (medias o medianas) son más razonables en un país que en otro; estas diferencias sólo se deben a un equilibrio alcanzado como resultado de la consolidación de conceptos relacionados con la responsabilidad civil.

Ahora –recapitulando– dentro de un sistema legal (un país) son muchos los factores que influyen sobre el cálculo de la indemnización –algunos analizables estadísticamente y otros no–. Es un problema multivariado en el que cada factor introduce información y también aumenta el margen de error (*i. e.*, incertidumbre o imprecisión). Esta característica multivariada incrementa la sensación (y la realidad) de incertidumbre, impredecibilidad y volatilidad.

En muchos países se han intentado soluciones para disminuir esta sensación de incertidumbre. Se incentivaron los acuerdos entre las partes (Ley Badinter en Francia), se crearon baremos obligatorios (Ley 30 en

²⁹ Ver CARNELLI, Santiago, *Anuario del Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXI, ps. 98/152.

España), o baremos indicativos (Francia). El sistema que está en funcionamiento ahora en la Argentina se asemeja en parte al existente en EE. UU. y algunos países de Europa (fundamentalmente Francia), y se basa en la racionalidad que cada nuevo monto pueda tener con los precedentes jurisprudenciales.

El uso de los precedentes para calcular una indemnización mostraba una gran dificultad: los criterios de selección y publicación de la jurisprudencia no se relacionaban con los montos, sino con el interés jurídico de la decisión judicial. Esta forma de difundir la jurisprudencia significó que sólo una mínima parte de los casos decididos se publicaran. Para utilizar la jurisprudencia en el cálculo de los montos indemnizatorios es necesario que se publiquen todos los casos –o por lo menos todos aquellos en los que no existan excepciones a las reglas generales de cálculo– y que los casos pertinentes estén razonablemente a disposición sin problemas de saturación de la búsqueda.

Esta forma de difundir la jurisprudencia y de hacer búsquedas es hoy sólo posible con la existencia de Internet; una cantidad prácticamente ilimitada de espacio para texto –en el pasado la publicación en papel y sus costos significaban un límite para el proceso de selección de casos– y un motor de búsqueda que pueda resolver la recuperación de precedentes realmente próximos o pertinentes a las características fácticas de un daño que se quiera indemnizar; este motor de búsqueda debe además resolver los problemas derivados de la saturación (*i. e.*, “destrucción de un conjunto coherente de la jurisprudencia por la inundación de los precedentes redundantes”)³⁰.

No es de extrañar que un cambio tecnológico como Internet pueda haber repercutido y cambiado la forma en que las distintas fuentes del Derecho concurren a la explicitación de una norma. Recientemente se ha afirmado que la Ley de los Rendimientos Decrecientes formulada en 1815 por el economista inglés David Ricardo³¹ –y que fue un pilar de la ciencia económica– debe modificarse pues Internet ha creado un nuevo concepto de mercado que, por lo menos, no tiene las mismas limitacio-

³⁰ BRENNER, Susan W., *Precedent Inflation*, Transaction Publisher, USA, 1992.

³¹ RICARDO, David, *An Essay on Profits*, Printed for John Murray, Albemarle Street, London, 1815.

nes espaciales que los mercados tradicionales. Quizás ahora, así como Internet modificó sustancialmente algunas leyes económicas, haya modificado el equilibrio que existía entre las distintas fuentes del Derecho y éstas también hayan cambiado. Hoy podría insinuarse que la publicación masiva de jurisprudencia en Internet, con la posibilidad de conocer las variables de cada caso y su similitud o proximidad a otros casos, es capaz de normar el Derecho de Daños en una forma más eficiente que una simplificación legislativa como pueden ser los baremos.