Publicación: Revista de Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires
Número 6 - Julio 2015
Fecha: 02-07-2015 Cita: IJ-LXXX-204

La SCBA y la cuantificación del daño en el Derecho del trabajo

Comentario al fallo *B., V. c/Municipalidad de Esteban Echeverría y Otros s/Accidente de Trabajo*

Emilio E. Romualdi

La prudencia es una virtud que se refiere a los medios y nos dice cómo debemos hacer lo que debemos hacer.

Tomás de Aquino

I. Introducción [arriba] -

Ciertamente, a mi entender, a partir del precedente Arostegui[1] de la Suprema Corte de Justicia Nacional que ha sido claramente referenciado en el precedente en análisis, la prudencia será más que nunca una necesaria cualidad de los jueces. Ello así ya que para cuantificar el daño se requerirá mucho de esta cualidad humana. Es que en pocos temas se puede con más certeza comprobar la afirmación de Dworkin[2] en cuanto a que “las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento” ya que en pocos temas como en la reparación del daño a las personas el conflicto certeza/seguridad jurídica-justicia/equidad adquiere una trascendencia tan evidente.

En este sentido, el denominado resarcimiento integral o reparación plena establecida en el art. 1740[3] del nuevo Código Civil y Comercial son en sí mismos un concepto vacío. La reparación (en realidad compensación) del daño está dada por dos variables: a) el daño resarcible, b) su valuación y cuantificación.

Sin perjuicio de ser la cuantificación el objeto de este trabajo - dado que el primero de estos aspectos merece una consideración preliminar, para luego abocarme al problema central de la cuantificación del daño.

II. Daño resarcible [arriba] -

Dentro de la idea general de abordaje del derecho de este trabajo y siguiendo a Larenz, se puede afirmar que la noción de daño sustantiviza un concepto jurídico abstracto[4]. Así,

como afirma Zanoni[5], la significación y alcance de la cuantificación de los daños implica un esfuerzo de particularización o concreción.

Así, la idea del daño se vincula con la obligación de responder. “Cuando de responsabilidad se habla, se hace referencia no a una idea autónoma, primaria, sino a un término complementario de una noción previa más profunda: la de deber u obligación”[6]. El deber de responder significa dar cuenta a otro del daño que se le ha causado[7]. En el Código Civil y Comercial que entrará en vigencia a partir del 1 de agosto de este año se establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva[8]”

Ahora bien uno no sólo responde por los daños que ha causado de manera directa, sino también por un tercero o por la imposición legal sin responsabilidad directa [9]. Es así que se puede afirmar que el deber de responder es la obligación, que le impone la ley a un sujeto por actos propios o ajenos, de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado. Para Josseland[10] hay responsabilidad siempre que alguien deba soportar un daño, sea el victimario o la víctima. Desplaza de este modo la apreciación de la conducta reprobable - culpa o dolo - por parte del autor material del daño hacia un simple planteo de decidir quién es el sacrificado para soportar el daño.

De este modo, como sostiene Zavala de González[11], la cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, define el contenido que debe dársele. Daño corporal no tiene un contenido en sí mismo, sino que su significado estará dado por las consecuencias resarcibles que determinará el juez en su resolución judicial. El daño relevante no es cualquier afectación a un interés legítimo o bien protegido jurídicamente sino solamente el que es resarcible[12]. Por tal motivo en el campo del derecho el concepto de daño no es algo dado sino una construcción: el daño indemnizable[13]. Consecuencia de ello es que lo relevante no es el daño-lesión sino el daño-consecuencia, cuyo contenido es dado por la jurisprudencia tanto en el orden nacional como internacional. En tal sentido, modernamente el daño es conceptualmente defecto existencial en relación a la situación subjetiva de la víctima[14] - disvalor personal[15] - que evoluciona sobre el tradicional concepto de limitarlo a la perturbación espiritual derivada de un acto antijurídico o ilícito de un tercero que de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado[16] hacia una reparación integral de los daños extrapatrimoniales. Así, el daño moral comprende todos los daños extrapatrimoniales sufridos por la víctima.

En derecho comparado se puede observar que no difiere mucho en lo normativo de los dispuesto por el art. 1835 del Código Civil paraguayo que establece que “ existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causado por el ilícito. La acción de indemnización del daño moral sólo comprenderá el damnificado directo”. En igual sentido se orientan los arts. 994 del Código civil Boliviano, 1556 del código Chileno y 1985 del Perú.

Esta claro que, a partir del precedente Arostegui[17], la Suprema Corte de Justicia Nacional Argentina ha ampliado notablemente el concepto de daño resarcible, tanto en el aspecto

patrimonial como extrapatrimonial, definiéndolo como la afectación al proyecto de vida - como se recepta en la reforma -, por lo que tanto el daño patrimonial como extrapatrimonial debe reconocer nuevos límites con horizontes más amplios.

Estos nuevos límites no son una originalidad jurisprudencial. Esta idea del proyecto de vida como fundamento de la reparación integral del ser humano había sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Loayza Tamayo”[18] que se consolida posteriormente en el precedente “Bulacio”[19] y más recientemente en el precedente Mapiripan[20]. La Corte Interamericana además de reconocer esta idea de sostiene que la reparación concebida de este modo contribuye a “reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones”[21].

Así, tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales “deben valuarse a partir de la persona valorada en sí misma, por el exclusivo hecho de ser persona - es decir persona en su subjetividad y dignidad irreductible, dotada de una personalidad singular y justamente por ello titular de atributos e intereses que no son susceptibles de apreciación en términos económicos. El Derecho se ocupa entonces de construir principios y reglas que tienen objeto la tutela de esa dimensión existencial[22]”

Esta concepción de un proyecto de vida como finalidad de la existencia humana tiene en el siglo XX su expresión filosófica más acabada con los pensadores vinculados al existencialismo. En todos ellos el presupuesto básico de la relación con los demás es la libertad y para ella el presupuesto necesario es la integridad física, psíquica y moral. La afectación de cualquiera de ellos afecta la libertad del individuo y limita su vida de relación en la que se consume la esencia del ser humano en su realización personal en búsqueda de la felicidad.

El ser humano es ec-sistente[23], situado pero también situado[24] que vive la vida como proyecto existencial. “La gloria del ser humano, sólo puede testificarla su libertad, pues en eso consiste su vida, vale decir, en vivirla libremente. No es que la libertad sea un valor más sino que en ella moran todos los valores. Es ella el reservorio de todas las valoraciones posibles. En ella se autentica el valor, la imagen y el sentido”[25]. Se sostiene así que el hombre es en esencia libertad fenomenalizada toda vez que en el “comportamiento humano libertad y voluntad son términos sinónimos y no podemos referir a ellos con olvido de alguna de sus tres dimensiones: la corporal, la espiritual y la socio personalitaria[26]

En este sentido, afirma la Corte que “tal como lo ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “[e]l ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad”[27]

La consecuencia natural es que la lesión corporal afecta la libertad del individuo y que es este daño - la ausencia de libertad plena - lo que el resarcimiento debe contemplar. De este modo, son todas las dimensiones de la persona humana las que serán objeto de resarcimiento concebida ésta como unidad psico-física[28] que trasciende el concepto del derecho del sujeto a su propio cuerpo - el ser de una persona - a una dimensión más profunda: la de humanidad de la persona.

De esta manera, a modo conclusivo se puede afirmar que el daño moral, como el daño psíquico, como el dolor en sí mismo, son consecuencias de la lesión física que se reconoce como hecho que origina el resarcimiento - es decir la incapacidad derivada de la lesión física -, que se proyectará en el daño-consecuencia como afectación de la libertad de elección del individuo, presupuesto básico de su realización personal, sin cuyo pleno ejercicio no encontrará la felicidad.

En nuestro actual código civil las consecuencias causales indemnizables encuentran limitación en lo dispuesto por los arts. 520, 521 y 522 del Código Civil en la responsabilidad contractual y en los art. 901 a 905 en la responsabilidad. En la primera la responsabilidad sólo se extiende hasta las consecuencias inmediatas y excepcionalmente a las consecuencias mediatas. En las segundas hasta las consecuencias mediatas y excepcionalmente hasta las consecuencias causales o remotas. Ciertamente es que el contenido de las consecuencias indemnizables las establece la jurisprudencia que una vez más otorga significado a los conceptos abstractos de la norma. Esto es la relación daño-categoría de consecuencia son establecidos por el juez más allá de que algunas normas establezcan la naturaleza de algún daño resarcible[29]. El nuevo código unifica el sistema cuando establece en su art. 726 cuando establece que “son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

Finalmente, se ha sostenido que los efectos de una reparación plena, bajo el vocablo incapacidad, han de computarse: a) la lesión en sí misma como ofensa a la integridad corporal del individuo (incapacidad física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral), c) el menoscabo que también aparece en su vida de relación al dificultar y amenguar sus interrelaciones con las otras personas en distintos aspectos, al lado de similares dificultades e impedimentos en su relación con las cosas (disminución de la capacidad integral del sujeto); d) el daño o incapacidad estética[30].

Establecidas estas consideraciones corresponde abordar la segunda variable previamente establecida objeto de estudio.

III. Cuantificación del daño y fórmula matemática [arriba] -

El segundo problema, una vez determinadas las consecuencias causales indemnizables, es la cuantificación de las mismas. En conflicto central entre la ley de riesgos del trabajo (Ley 24.557) y el sistema del código civil es el método de evaluación.

La ley de riesgos tiene un sistema de evaluación legal del daño - baremos o tarifa[31] - y el Código civil tiene un sistema de evaluación judicial sin tope cuántico. Esta última característica es lo que hace que se la confunda con integralidad. La realidad es que el sistema del Código Civil es el de valuación judicial del daño subjetivo de los daños reconocidos como resarcibles. La misma Corte en el precedente Gorosito[32] ha reconocido esta característica. Distinto, a modo de ejemplo, es el caso del transporte aéreo, donde se ha fijado un sistema de valuación judicial del daño con un tope cuantitativo - límite -[33].

Los sistemas de valuación judicial, si bien no tienen los cuestionamientos de los sistemas de valuación legal, presentan mayores dificultades para identificar el método de cuantificación efectuado por el juez. Es que, una vez determinadas las categorías y consecuencias indemnizables, queda en manos de la discrecionalidad judicial la cuantificación final del daño lo que usualmente crea incertidumbre en su resultado final.

Es así que como sostienen Kemelmajer de Carlucci y Pizarro[34], éste con cita de Iribarne, que el sistema de reparación integral con valuación judicial ha generado que algunos doctrinarios la califiquen como “caótica”[35].

Una observación crítica a la valuación judicial del daño, entre varias, ha efectuado el profesor español Jesús Pintos Ager quien sostiene que este sistema de cuantificación “favorece la presencia de optimismo como error en la conjetura de las expectativas ante la dificultad de predecir la cuantía resarcitoria”[36].

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci sostiene que un sector de la doctrina reconoce que los sistemas basados en baremos tienen un sin número de ventajas entre las cuales se pueden mencionar los siguientes[37]:

- 1) Sirve de marco e impulsa los acuerdos transaccionales
- 2) Agiliza la liquidación de siniestros
- 3) Reduce las actuaciones judiciales.
- 4) Permite a las aseguradoras establecer previsiones con la consecuente disminución de costos del seguro.
- 5) Fomenta el tratamiento igualitario para situaciones análogas.

Por otro lado, caben mencionar las observaciones de todo sistema de baremos que, como sostiene la autora citada, para ser aceptables deben ser razonables y permitir una plena efectividad de la tutela judicial[38]. La efectividad, en definitiva es un concepto que

dependerá de la apreciación judicial que con bases normativas, morales y hasta de carácter política de las que el pronunciamiento judicial nunca esta exento[39].

Los sistemas de valuación legal, por otro lado, son una verdadera transferencia de costos del generador del daño a quien lo sufre[40] observación que si bien Kemelmajer de Carlucci hace para los sistemas de limitación cuántica y valuación judicial, también le caben a los sistemas tarifados

Sin embargo, un aspecto de orden práctico es si, como sostiene Guibourg[41], las fórmulas matemáticas están siempre implícitas en la valuación judicial que hace el juez. Es decir, el baremo matemático de valuación es establecido por el juez al momento de sentenciar. Si bien esta afirmación no puede corroborarse en todos los casos, es este el paradigma cuestionado en Arostegui y que ha sido receptado por la SCBA en el fallo que se comenta: la fórmula matemática como método de cálculo

a) Métodos de evaluación matemáticos

Un método tradicional de evaluación del daño es la utilización de fórmulas financieras o fórmulas matemáticas rígidas o semirígidas.

En la ciudad de Buenos Aires, si bien no mayoritariamente, se usaba la denominada fórmula Vuotto[42]

En la provincia de Buenos Aires, si bien excepcionalmente realiza una mensura y cuantificación del daño, la SCBA había establecido, dentro del ámbito del derecho del trabajo en el precedente Aguirre[43], una fórmula que consistía en multiplicar el porcentual del salario conforme la incapacidad determinada por el perito médico por la cantidad de salarios que le restaban por percibir al trabajador para obtener su jubilación (Ej. 15% de incapacidad de un salario de \$ 20.000.- es igual a 3.000. Cantidad de meses que restan para jubilares a un trabajador de 40 años = 300 (3000 x 300 = 900.000.-). A dicha indemnización se le adicionaba el daño moral que en la PBA la mayoría de los tribunales suelen establecer, casi de forma automática, en un 20% de la incapacidad física - regla implícitamente establecida en la ley 26.773 -.

En Córdoba, si bien no en un caso laboral, el Tribunal Superior en el precedente Marshall[44] abordó este problema y sostuvo que “la verdad está en el justo medio. Ella no puede adscribirse al puro arbitrio judicial, sin parámetro objetivo alguno, ni puede -tampoco- limitarse a una sumatoria de operaciones matemáticas. Estas darán la base económica de la masa a resarcir, al paso que aquel "prudente arbitrio" llenará -con equidad- las "incógnitas" (extensión de la vida útil, capacidad futura de incrementar ingresos, etc.) y harán jugar principios legales que llevan a morigerar las sumas matemáticamente resultantes, en base a consideraciones éticas (el agente obró con dolo o culpa), o en razón del emplazamiento jurídico-patrimonial de las partes (cotejo entre la víctima y el autor del daño, y sus respectivas situaciones de pobreza o riqueza, etc.)”[45]. Finalmente, en dicho precedente se estableció un sistema similar a Vuotto otorgarle a los acreedores “un capital que, colocado a

un interés puro del 6 % (propio de una moneda teóricamente estable), les proporcione una renta anual equivalente a la que dejaron de percibir por la muerte del causante”

Esta fórmula fue adoptada por el fuero del trabajo en diversos fallos que remitían a ella cuando cuantificaban el daño[46].

En otras jurisdicciones la utilización de fórmulas matemáticas financieras también es frecuente y explícita tal el caso de Chubut[47], donde se usa un método similar al de la fórmula Vuotto. En Mendoza[48] se ha utilizado un método similar a Aguirre pero tomando como referencia la edad promedio de vida. En Neuquén[49] se aplica una fórmula financiera similar a la establecida en el precedente Vuotto.

Es de hacer notar que incluso algunas propuestas de modificación de la ley 24.557 incluían la fórmula Vuotto como manera de salvar la inconstitucionalidad de la L.R.T manteniendo su sistema cerrado de reparación[50] o que, como se ha sostenido, aún no aplicada, era una referencia al momento de establecer parámetros de conciliación o avaluación del daño[51]

Es que no puede dejar de resaltarse que las fórmulas, que en definitiva reflejan una tarifación del daño sea a través de una avaluación legal del daño (leyes 9.688, 24.028, 24.557) o una avaluación judicial del daño como el caso de Vuotto, Aguirre, Marshall u otras similares, han sido el procedimiento original de cuantificación del daño en el derecho del trabajo[52].

Otra manera de cuantificar el daño es el denominado punto por incapacidad o punto “flexible” que ha sido un método bastante usual para la determinación del daño en el fuero civil y federal civil y comercial[53]

A modo de ejemplo y conforme Kemelmajer de Carlucci[54] se reconocen en Italia al menos 3 escuelas de cuantificación del daño.

1 Criterio de Génova: Que aplicaba el párrafo 3 del art. 4 de la ley 38/77 se aplicó hasta septiembre de 1998 en el que adhirió al sistema milanés[55]

2 Criterio de Pisa: sistema que toma el cálculo por punto cuyo valor es el promedio de los resultados establecidos por la jurisprudencia de mérito.

3 Criterio de Milano: Que tienen un criterio progresivo con relación a la invalidez y regresivo respecto de la edad[56]

Este último método ha sido aceptado por la casación italiana siempre que no sea arbitraria cuya demostración está a cargo de quien lo cuestiona[57].

Lo cierto es que aún cuando se utilice una fórmula matemática la discrecionalidad judicial hace que las soluciones sean dispersas o divergentes.

En España esta situación de dispersión motivó en su momento que que la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEDAIA) elaborara un baremo conocido como sistema SEDAIA 91 de carácter científico-doctrinal que fueron publicadas como anexo en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de marzo de 1991 que luego reconocida por la ley 30/1985 fue reconocida como un sistema constitucionalmente válido por el Tribunal Constitucional español[58]

Se podría así seguir detallando sistemas de cuantificación, que en derecho comparado generan dispersión y preocupación, con innegables vasos comunicantes entre las soluciones jurisprudenciales[59].

b) Observaciones a las fórmulas matemáticas

Sin pretender agotar las observaciones analizaré algunas de las efectuadas a esta manera de cuantificar el daño.

b.1) Fórmulas financieras

b.1.1) Insuficiencia por contenido: Una primera observación surge el precedente Arosteguí de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se encuentra comprendido en la esencia del fallo dicado por la SCBA. En aróstegui se sostuvo que “ la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y que, por el otro, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116)”[60] Consecuencia de ello es que introduce la indemnización de la pérdida de chance como un aspecto que el juzgador debe contemplar al momento de establecer el valor de la indemnización al sostener que tampoco en la fórmula Vuotto se había “ dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 308:1109, 1117).

Es decir, se sostiene que la fórmula era insuficiente por no contemplar la totalidad del daño ocasionado a la víctima.

En precedente Méndez[61] la sala III de la Cámara de Trabajo de la ciudad de Buenos Aires intenta manteniendo el paradigma de establecer una fórmula financiera, sortear las observaciones de la CSJN.

Básicamente manteniendo la fórmula modifica algunas variables:

- Extiende la fórmula hasta los 75 años. El empleo de la fórmula “Vuoto” había tomado en cuenta el fin de la “vida útil” de la víctima estimable en 65 años criterio similar al de Ghersi[62], que al tomar al sujeto como unidad productiva vincula la reparación a la fecha en la que ésta participa de la vida productiva. Cabría aquí la observación de que muchas personas, sobre todo las de menores recursos, continúan trabajando luego de dicha edad y la fórmula no estaba previendo esta circunstancia. En el voto de Méndez como autocrítica al precedente Vuotto se afirma que el hecho es “que la (presupuesta) merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. Por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte, parece justificado ahora introducir esta modificación y elevar la edad tope a 75 años”.

El razonamiento es tan claro que no merece comentario en cuanto a su lógica. La primera observación “externa” es que se adopta un criterio de promedio de expectativa de vida que es el desarrollado por la jurisprudencia mendocina ya citada en este trabajo. Cabría en este sentido realizar la observación de la discrecionalidad[63] en tomar el límite de 75 años. Ciertamente es que cualquier límite siempre tiene este carácter y tiene un cierto sesgo de una verdadera aporía. Aquí cabe mencionar a modo de ejemplo, el argumento del montón elaborado por Eubúlides[64]. Preguntaba a sus discípulos si dos granos de trigo son un montón?. Todos contestaban que no. Así formulaba la pregunta cada vez que ingresaba un grano. Al llegar a diez alguien dijo que eso era un montón. Allí cabían dos preguntas. La primera es cómo es posible que diez granos constituyan un montón y nueve no?. La segunda es porque para alguno era un montón y para otros no?. Las mismas preguntas pueden formularse para los límites cuánticos. La respuesta hoy es tan difícil como lo era para los griegos de ayer.

En definitiva, todo límite es una decisión discrecional que adopta el legislador o en este caso el juez con la finalidad que él haya considerado válida para establecerla. En este sentido se ha dicho que “la discreción y la discrecionalidad se identifican así con la posibilidad de elegir, pero no de cualquier manera sino buscando, dentro de la ley, la solución mejor, más adecuada, más responsable. En el ámbito de los poderes públicos esta capacidad se convierte en esencial para garantizar la efectiva realización del Derecho”[65]. Se puede discutir la edad tomada como referencia pero en cualquier caso la solución tendrá esta característica. De cualquier modo, el efecto de la modificación es que se incrementa el capital de sentencia

- Baja de la tasa de interés. En el mismo contexto de las variables a emplear se justifica el empleo de una tasa de interés de 6% en el momento original porque - a esa tasa - era aproximadamente posible hacer un depósito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Considera que esta situación ha cambiado a lo largo de los años, por lo que le parece prudente reducir dicha tasa a la de 4%, que es la estimada por la propia Corte Suprema, para depósitos en divisas, en el fallo “Massa, Juan Agustín c/PEN” del 27/12/06. Lo cierto es que, al disminuir el interés el resultado final - capital de sentencia - será mayor, toda vez que para obtener una misma renta a un interés menor se requiere de un capital mayor.

- Congelamiento del salario de la víctima. La misma sala reconoce que la que la fórmula original congelaba el ingreso de la víctima para el objetivo de calcular la indemnización, en el momento del daño, sin tomar en cuenta la “chance” o perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño habrá disminuido. Sin embargo, sostienen que en este aspecto que no es ésta la única circunstancia, más o menos aleatoria, que puede incidir en la correspondencia entre el resarcimiento y el verdadero lucro cesante.

Por otro lado, en el mismo fallo “Mendez” se destacan otros 4 aspectos que considera relevantes en cuanto al alea indemnizatoria:

1) Que dicho ingreso disminuya o aun desaparezca: la víctima, de no haber sufrido el daño cuyas consecuencias se juzgan, no sólo podría mejorar de fortuna sino también sufrir otro daño posterior o aun fallecer.

2) Certeza de la cuantía del lucro cesante de un trabajador: es posible que siga trabajando con su incapacidad, si ésta se lo permite y con el consiguiente mayor esfuerzo, con el mismo salario.

3) La posibilidad de pérdida del empleo. En este sentido, hace una afirmación consecuente con una realidad de la economía moderna que es la inestabilidad en el empleo y la posibilidad que le resulte difícil o aun imposible conseguir otro, según la incapacidad que padece, su edad y otras variables propias del mercado de trabajo, cuya evolución es imposible prever.

4) La mayor alea cuando la edad de la víctima es menor y por tanto son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. Concluye entonces que cualquier medida es puramente conjetural que se acrecienta en la medida que la edad del damnificado es menor y por tanto las posibilidades de modificación de su estado actual es mayor, pero que es necesario escoger una a fin de establecer la indemnización. En este último sentido realiza una nueva apreciación discrecional al establecer que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro. Introduce entonces una nueva variable sosteniendo que el ingreso a computar = ingreso actual x 60 ./ . edad (tope de 60 años). Una vez más, la consecuencia matemática es el incremento del capital de sentencia

Es de destacar que como la fórmula matemática puede avaluar el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente quedando el daño moral excluido de la misma y sujeto a discrecionalidad subjetiva del juez.

La natural consecuencia de ello, es que finalmente el resultado es totalmente subjetivo porque la discrecionalidad en la fijación del daño moral termina condicionando o relativizando el cálculo matemático financiero.

En la obra ya citada, Pizarro menciona a los sectores doctrinarios que afirman la necesidad de establecer parámetros para evitar que su discrecional fijación pueda afectar la economía de las empresas proponiendo la necesidad de un tope o una tarificación del daño moral[66] . La idea de ese autor es la de publicitar los montos a fin de generar una suerte de “costumbre jurisprudencial” que establezca parámetros más uniformes es inductista, de orden práctico pero carente de verificación en cuanto a que tenga los efectos deseados.

Lo cierto es que es difícil cuantificar matemáticamente el daño moral con una fórmula financiera y mucho menos con base en el salario dado que claramente no existe una relación entre ingreso y afectación de los aspectos más íntimos de la persona.

b.1.2) Discriminación o insuficiencia del salario como base de cálculo: No sólo por los aspectos destacados en el precedente Arostegui resulta una fórmula basada en el salario una base de cálculo adecuada para establecer una indemnización. Es que precisamente en quien menos gana la proyección del daño físico a su vida cotidiana y por tanto su afectación al proyecto de vida es mayor. Es que quien menos gana necesita la utilización de su cuerpo para su vida cotidiana tanto en los aspectos laborales como de relación. Para graficar la idea: quien gana \$ 6.000.- viaja en colectivo, pinta su casa, hace los arreglos de plomería o albañilería o corta el pasto. Quien gana \$ 45.000.- viaja en auto - lo que conlleva mayor confort para soportar la discapacidad o el dolor y terceriza la mayor parte sino todas las tareas antes mencionadas.

Sin embargo con cualquier fórmula basada en el salario lo que recibe el trabajador de menores ingresos es sustancialmente menor a quien percibe un salario más alto. Es cierto que sus necesidades suelen ser económicamente menores y por tanto una indemnización menor cubre sus expectativas tal vez igual que para el de mayores ingresos. Sin embargo, pero este punto de observación es limitativo al aspecto económico del sujeto y como ya quedara plasmado en Arostegui esta visión es restrictiva y ha sido desechada o al menos fuertemente cuestionada por la CSJN.

b.2) Punto flexible por incapacidad: Este es un sistema que ha sido utilizado con bastante asiduidad en el derecho civil. Es bastante habitual que un abogado pregunte “cuanto dan aquí por punto de incapacidad”. Lo cierto es que el método es atractivo por lo simple. Normalmente, por cada por ciento o punto de incapacidad se fija un valor de referencia que es flexible conforme las particularidades de cada caso. Ciertamente la flexibilidad es lo que hace que aparezca la discrecionalidad del juez en cuanto a establecer cuales son los aspectos que tendrá en cuenta - edad, características personales, etc -. Obsérvese que en el método Milano mencionado anteriormente se introduce una mixtura matemática al establecer una tabla progresiva con relación a la invalidez y regresiva respecto de la edad que intenta limitar precisamente la discrecionalidad del juez y dar mayor certeza o previsibilidad al cálculo.

Sin embargo, este sistema parte de un presupuesto a mi entender erróneo. Esto es que la incapacidad mayor es la muerte (100%). De tal modo el valor por punto o grado de incapacidad es el 1% del valor vida. Es ocioso recorrer la jurisprudencia en cuanto a que los

daños físicos en muchísimos casos resultan con una indemnización mayor, por la gravedad de su trascendencia sobre la persona, que la que resultaría de una muerte. Un adolescente con dos piernas seccionadas tiene un daño enorme en cuanto a su protección futura que seguramente generará una indemnización mayor que si hubiese fallecido. Ciertamente es que en estos casos la legitimación activa es distinta. Esto es en la muerte serán sus causahabientes y en la lesión es el propio damnificado.

No obstante, el presupuesto de la fórmula no deja de ser el que ya anticipara. Por tanto, resulta que para salvar la particularidad de cada caso la flexibilidad del punto en base a la discrecionalidad del juez es tal, que la fórmula termina siendo subjetiva con una base de aparente objetividad. Es que, como sostiene Vigo[67], la experiencia jurídica más elemental confirma que la matriz en la que se forja el derecho es la axiológica o ética y ella tiñe precisamente a la resolución judicial”. Sin dudas, cuando mayor discrecionalidad hay mayor subjetividad axiológica existe al momento de establecer la indemnización.

En definitiva a mayor rigidez, mayor objetividad y previsibilidad pero menor equidad. Nuevamente el conflicto planteado al inicio del trabajo

IV. Consideraciones finales [arriba] -

Como ya anticipara, lo cierto es que el conflicto central en esta cuestión es seguridad jurídica o previsibilidad y justicia del caso concreto. La seguridad jurídica lo representa la fórmula matemática o el límite cuántico y la justicia la integral la reparación del daño sufrido con un método de cuantificación judicial en base a consecuencias causales reconocidas como indemnizables disperso e impreciso .

De cualquier modo, lo importante es el resultado final y si la indemnización cumple en compensar adecuadamente los daños resarcibles.

En este sentido, no puedo dejar de afirmar que en definitiva la indemnización en particular con relación a la incapacidad sobreviniente, la lesión estética o el daño moral, entre otros daños resarcibles, no es más que una ficción basada en una proyección del hoy hacia el mañana. Lo cierto es que cualquier método que utilice la norma o el juez, se toma como referencia la situación del sujeto hoy y a partir de allí hace una especulación racional-emocional de los daños que la lesión le causará a la persona sobre la que ciertamente no conocemos siquiera cual será efectivamente su tiempo de vida

Como afirma Guibourg en Méndez “es altamente improbable que la víctima dé a la indemnización que recibe el uso supuesto por la fórmula “Vuotto” o cualquier otra: lo más seguro es que, según cuál sea su cuantía, la destine a pagar deudas, a actualizar consumos postergados o a intentar algún emprendimiento personal de corte lucrativo. Esta elección corresponde a la víctima personalmente y no es apropiado interferir en ella: el uso del capital supuesto por la fórmula de referencia no tiene otro objeto que facilitar el cálculo financiero del resarcimiento del daño en este particular aspecto”. Es decir que con un criterio basado en el derecho de propiedad y la libertad de elección y disponibilidad de su

patrimonio se ratifica el concepto de no interferencia en las decisiones del beneficiario de la indemnización. Y lo cierto que en general la indemnización cubrirá necesidades subjetivas inmediatas, pero de ningún modo tendrá vinculación con las futuras dificultades derivadas del infortunio y sus consecuencias físicas”.

Lo que quiero significar es que en definitiva la indemnización es una compensación convencional[68] que resarce a la víctima del daño producido por un evento dañoso. La indemnización es hoy, no mañana. La indemnización no puede prever agravamientos, decisiones erróneas, dificultades financieras o económicas particulares o sociales que afecten al individuo.

También es cierto que tal como sostiene Holmes[69] “la gente desea saber en que circunstancias y hasta que punto correrá el riesgo de hallarse enfrentada a una fuerza tan superior” (la del poder judicial). De allí su postura de que ello justifica la tarea de predecir la incidencia de la fuerza pública por los tribunales. Esa predicción requiere previsibilidad que es precisamente lo que se opone en cierto modo a justicia en la medida que el quantum indemnizatorio sea insatisfactorio.

Sin embargo, aún cuando “nos veamos obligados a aceptar de segunda mano la mayoría de las reglas en que basamos nuestra acción y nuestro pensamiento, debe concluirse que a cada individuo le está vedado el intento de engastar un rincón de su mundo en el orden de la razón, o que todos nosotros colectivamente debemos renunciar a conquista para la razón todo ámbito posible”[70]

Ante esta necesidad de razonabilidad las fórmulas matemáticas aparecen como más racionales. Digo aparecen, porque en definitiva la elección de los parámetros a partir de los cuales se realiza el cálculo son absolutamente discrecionales tanto en la fórmulas financieras como por punto de incapacidad o mixtas. Ellas permiten un control racional mayor, pero no dejan de ser en su esencia discrecionales a partir de la decisión del juzgador de incorporar o excluir determinados parámetros en la fórmula. Confrontar Vuotto con Méndez es prueba de ello.

En síntesis, la sentencia que establece un monto indemnizatorio no deja de ser un juicio interpretativo prudencial. Como tal “ hay un destinatario al que se le indica qué es lo que le corresponde en esas circunstancias y la conducta consiguiente de lo que debe hacer o no hacer, y el aporte de la retórica está en argumentar para convencer o persuadir, refutando las razones que se invocan para respaldar los otros medios posibles”[71]. También es cierto que el saber o conocimiento jurídico “siendo constitutivamente práctico, no tiene por objeto la contemplación de una esencia inteligible, sino que su finalidad es dirigir o valorar con mayor o menor precisión y rectitud a la conducta en la que aparece comprometida la justicia”[72]

En estos términos, la cuantificación del daño en cuanto a la verdadera incidencia futura en la vida del damnificado es en esencia inteligible. La determinación del método objetivo-matemático o subjetivo no es más que variantes sobre la facultad del juez para establecer los parámetros a partir de los cuales fija el monto. Así, en esencia lo relevante no es el

método, sino la justificación adecuada del mismo que permita un razonado control del mismo.

En este marco ¿ cuál es la crisis de la fórmula matemática?. Conceptualmente su rigidez. En particular las que siguen fórmulas financieras ya que son rígidas a partir de los parámetros establecidos por el juez. Las fórmulas de punto flexible permiten una mayor discrecionalidad en el cálculo por el juez para cuantificar las diversas variables ajenas al plano laboral del individuo. No puedo dejar de destacar que en el precedente Méndez se sorteaba el inconveniente de la rigidez al calcular el daño moral de manera totalmente subjetiva englobando en el mismo las particularidades de cada damnificado.

En definitiva, el conflicto es más aparente que real. Lo determinante, es que el magistrado, en el proceso de evaluación, contemple íntegramente al sujeto activo de la pretensión procesal y que el resultado de su cálculo arroje un resarcimiento adecuado conforme los parámetros sociales vigentes.

Notas [arriba] -

[1] SCJN Arostegui Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otro 8 de abril de 2008

[2] Dworkin, Ronald El Imperio de la Justicia, Segunda edición, Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 15

[3] ARTÍCULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

[4] Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, Ariel, Barcelona, 1980, pág. 440 y siguientes

[5] Zannoni, Eduardo A. Significado y alcance de la cuantificación del daño (una aproximación generalizadora) Revista de Derecho de Daños 2001 -1 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 7

[6] Caseaux, Pedro N. y Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones -Tomo III - Editora Plantense, La Plata, 1970, pág. 14

[7] Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil - cuarta edición-, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 57

[8] ARTÍCULO 1737 CCyC - Concepto de daño

[9] En esta distinción surge claramente la diferencia entre culpa e imputabilidad.

[10] Jossierand. Lois La responsabilité envers sois-meme, París, Dalloz Hebdomadaire, 1934, Crónica, p. 73 - (citado por Caseaux -Trigo Represas, ob. cit. Tomo III, pag. 20).

- [11] Zavala de González, Matilde Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad sicofísica. 2ª edición, Hammurabi, Buenos aires, pág. 38
- [12] Negri, Nicolás Jorge Valoración del daño a la persona LL 21/4/2008, pág. 3
- [13] Martins-Costa, Judith “Los daños a las personas en el derecho brasileño y la naturaleza de la reparación, Responsabilidad Civil y Seguros Tomo 2001, La Ley, Buenos aires, pág. 101
- [14] ARTÍCULO 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.
- [15] Negri, Nicolás Jorge, ob cit, pág. 3
- [16] CNCiv., Sala E, 13/03/2008, “Servin, Daniel c/ Alonso, Hugo Omar y otros s/ daños y perjuicios S 13/03/2008,
- [17] SCJN Arostegui Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otro 8 de abril de 2008
- [18] Corte Interamericana de Derechos Humanos Loayza Tamayo vs. Perú, serie C n. 33, del 17/9/1997
- [19] Corte Interamericana de Derechos Humanos , Bulacio v. Argentina S : 18/09/2003, SJA 2/6/2004
- [20] Corte Interamericana de Derechos Humanos Masacre de Mapiripán v. Colombia 15/9/2005
- [21] Corte Interamericana de Derechos Humanos Loayza Tamayo vs. Perú párrafo 12 del voto de los jueces Trindade y Burelli
- [22] Martins-Costa, Judith ob cit pág. 101
- [23] Heidegger, Martín ; Carta sobre el Humanismo (segunda parte), pág 115
- [24] Cossio, Carlos La justicia, LL 136-1045
- [25] Herrera Figueroa, Miguel, Filosofía de los valores, Leuka, Buenos Aires, 1997, pág. 90
- [26] Herrera Figueroa, ob cit., pág. 92
- [27] CSJN Arostegui Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otro 8 de abril de 2008
- [28] DAvila, Rodolfo (comp.) Calidad de vida, La relación bio-psico-social del sujeto, Ed. Lugar, Buenos Aires, 2005
- [29] CC art. 522 con relación al daño moral.
- [30] CC0201 LP 103902 RSD-37-5 Correa, Carlos c/ Municipalidad de La Plata s/ Daños y perjuicios S 29-3-2005
- [31] Al igual por ejemplo que la ley sobre responsabilidad civil y seguros en la circulación de vehículo a motor en España (30/1985)
- [32] CSJN Gorosito, Juan R. v. Riva S.A. y otro S 01/02/2002, Fallos 325:11, JA 2002-I-64. Considerandos 16 y 17
- [33] Art. Código Aeronáutico, art. Sistema Varsovia - La Haya
- [34] Pizarro, Ramón Daniel Cantificación del la indemnización del daño moral en el Código Civil, Revista de Derecho de Daños 2001 -1 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 340
- [35] Kemelmajer de Carlucci, Aída Evaluación dal daño a la persona ? Libre apreciación judicial o sistema de Baremos? -(Especial referencia la situación española) Revista de Derecho de Daños 2001 -1 Cuantificación del daño, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 315
- [36] Pintos Ager, Jesús “Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos, InDret 4/2000, pág. 6
- [37] Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit., pág. 320
- [38] Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit. Pág. 333 con cita de Barreto de Benito El baremo de daños corporales, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 206
- [39] Cárcova, Carlos M Sobre el razonamiento judicial SJA 31/3/2004 - JA 2004-I-1054

- [40] Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit., pág. 313. La autora relata un caso en el que un pasajero debió ser desembarcado por su conducta rebelde a bordo de la aeronave y respondió íntegramente por los daños sin que pueda invocar límite alguno.
- [41] Guibourg, Ricardo en su voto CNAT Sala III- Causa Nro. 27593/04 "Méndez, Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/ accidente - Acción civil" Sentencia 89.654, 28/4/08
- [42] C. Nac. Trab., sala 3, "Vuotto, Dalmero v. Telefonken Argentina S.A.", SD 36010 del 16/7/1978.
- [43] SCBA Aguirre, José c/ Gurevich S.A. s/ accidente de trabajo S 2/11/1982
- [44] TSJCórdoba, Marshall, Daniel A. S 22/03/1984 JA 1985-I; TSJC sala Civ. y Com. Di Lello, Pablo v. Barancelli, Cristián R. : 07/11/2007
- [45] Con cita en fallo de Montamat, Daniel G., "Uso de las técnicas de la matemática financiera en la determinación del lucro cesante", Revista de la Universidad Nacional de Río Cuarto, Córdoba, 1981, n. 1, p. 15; a quien presta razonado apoyo Carranza, Jorge A. en LL 1981-C-1258 y ss
- [46] Entre otros C. Trab., Córdoba sala 10? Manzano, Elda Dominga y otro por sí y en representación de hijos menores v. Sup. Gobierno de la Provincia de Córdoba S 15/08/2000; C. Trab. Villa María Labasto, Margarita y otros v. Industrias Martín Cubero S.A. y otros S 14/03/2006; C. Trab. Villa María García, Julio T. v. Cooperativa Agrícola Tampera de James Craik Ltda. S. 15/08/2007; C. Civ. Com. Trab. y Familia Villa Dolores Pedernera Juan M. v. Eduardo Arregui y otros S 07/03/2003
- [47] Cámara Apelaciones Circunscripción Noreste, Trelew Vallejos, Víctor Lorenzo c/ Pierce, Juan Roberto y otros S 19/3/2002 ; Benavides, Beatriz M c/ Relaméndez, Carina Beatriz y otro s/ daños y perjuicios S 24/4/2003;
- [48] Cámara Cuarta Civil y Comercial Mendoza Torres, Tomás A. y otros c/ Segovia René s/ daños y perjuicios S 19/11/2004
- [49] Cam. Apel. Todos los fueros Zapala C.H.H. y otra c/ Consejo Provincial de Educación y otros s/ daños y perjuicios S 4/5/2004
- [50] Facal, Carlos J. M. ?Quo vadis, LRT.? Un repaso a los recientes proyectos de reforma de la LRT. y una opinión personal RDLSS 2005-4-246
- [51] Ahuad, Ernesto J "Vuotto" + "Arostegui" + "Méndez" = "Vuotto II" RDLSS 2008-11-960
- [52] Rivera, Julio César Cuantificación Legal y judicial del daño, Revista Derecho de Daños 2001-1, Rubinzal Culzoni,, pág 22
- [53] Alvarez, Gladis S; Highton, Elena I y Gregorio Carlos "Indemnizaciones por daños a las personas: una comparación entre provincias" Revista Derecho de Daños 2005-3, Rubinzal Culzoni,, págs13/16
- [54] Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob cit., pág. 316/317
- [55] Zoja, Ricardo Il risarcimento del danno alla salute nel nuovo orientamento del Tribunale Genevose, Rivista Responsabilità civile e previdenza 1999, pág. 878
- [56] Giannini, Genaro Le nuove tabelle milanesi sul danno biologico , Rivista Responsabilità civile e previdenza 1996, pág. 403
- [57] Cass. Civile, Sentenza III 4/12/98 , Rivista Responsabilità civile e previdenza 5/1999, pág. G-515
- [58] T Constitucional , España, Juzgado de Instrucción de León y otros, S 29/6/2000
- [59] Kemelmajer de Carlucci, Aída, El daño a la persona ? Sirve al Derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana? Revista de Derecho de Derecho Privado y Comunitario año 1992 -1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 95
- [60] CSJN Arostegui Pablo Martín v. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otro considerando 5
- [61] CNAT Sala III- Causa Nro. 27593/04 "Méndez, Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/ accidente - Acción civil" Sentencia 89.654, 28/4/08
- [62] Ghersi, Carlos A Proceso de cuantificación de daños. Los conceptos de calidad de vida y pobreza SJA 3/10/2007 - JA 2007-IV-1161
- [63] El término es usado con el sentido que se desarrolla en el trabajo de Otero Parga,

Milagros Discrecionalidad versus arbitrariedad. El derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales de Justicia SJA 9/6/2004 JA 2004-II-1124. como el atributo necesario de los poderes públicos para poder realizar su función de la manera determinada.

[64] Máximo exponente de la escuela megárica que se desarrolló en Grecia en el Siglo IV A.C.

[65] Otero Parga, Milagros , Discrecionalidad versus arbitrariedad. El derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales de Justicia SJA 9/6/2004 - JA 2004-II-1124 , pág. 1125

[66] Pizarro, Ramón Daniel, ob cit, pág. 342

[67] Vigo, Rodolfo L Razonamiento justificatorio judicial JA 2004-I-1118 - SJA 31/3/2004

[68] El término expresado como convención colectiva

[69] Holmes, Oliver , La senda del derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 15

[70] Holmes, Oliver, ob cit, pág. 34

[71] Vigo, Rodolfo, ob cit.

[72] Vigo, Rodolfo, ob cit.