



## Cuantificación de daños y desconcierto Por Carlos Emilio Depetris

Comenzaré esta breve reflexión a partir de una situación ficticia que, aunque un poco traída de los pelos y no menos truculenta, servirá para graficar con claridad el problema que pretendo exponer:

*Algún tipo de institución educativa o formativa (un colegio con sedes repartidas en varias provincias, una agrupación de Scouts o una entidad deportiva) organiza un evento al que asisten adolescentes de 16 años de edad, provenientes de distintos puntos del país. En el marco del evento, los invitados son trasladados en colectivo a visitar un lugar de interés cercano y se produce un gravísimo accidente del cual resulta la muerte de 15 de los menores, incapacidades permanentes en otros 15 (que luego serán determinadas en un 40%, aproximadamente), y daños menores en los restantes ocupantes del vehículo. Todos los jóvenes son (o eran) estudiantes secundarios en escuelas públicas y de un similar nivel socio-económico. Promueven acciones resarcitorias tanto los padres de los jóvenes fallecidos como los menores incapacitados, a través de sus representantes legales. Por razones que no vienen al caso (supongamos que invocando la existencia de una relación de consumo y su normativa especial atinente a la competencia) cada juicio tramita ante el juez del domicilio de los padres y de los menores. Al cabo de unos tres años de litigio se dictan sentencias favorables a todos los reclamantes. Un grupo de padres organiza entonces una reunión de familiares y víctimas, y en dicho acto se procede a dar lectura a la parte resolutive de todas las sentencias. Los padres que reclamaron reparación por la muerte de sus hijos advierten a través de ese relato que hay diferencias importantes entre lo acordado a unos y a otros en rubros que, prima facie, no deberían recibir un trato muy diferente. Así, la reparación concedida por daño moral en Santa Fe a unos es de \$ 100.000, la de otros en Buenos Aires es de \$ 300.000, mientras que la de un matrimonio en Neuquén alcanza la suma de \$ 600.000. Con la indemnización por la incapacidad de los menores ocurre lo mismo: bajo bases similares o idénticas (tomando como edad la de 18 años, como salario el mínimo vital y móvil -pues ninguno de los jóvenes trabajaba entonces- y como grado de incapacidad un 40%) un menor recibe \$ 240.000 (con prescindencia de fórmulas matemáticas), otro unos \$ 380.000 (por aplicación fórmula "Vuotto"), a la vez otro una suma cercana a los \$ 415.000 (por aplicación fórmula ART), mientras que un menor se hace acreedor de \$ 1.700.000 (por aplicación fórmula "Méndez").*

Coincidiremos en que el acto conmemorativo terminaría en escándalo, con muchos concurrentes enojados ante tanta desigualdad, frustrados con sus abogados y sus jueces. Tal vez el hecho, incluso, fuese recogido por medios de prensa y al trascender la gente comentaría sobre la injusticia y expertos ilustrarían en radios y canales televisivos sobre la ineficiencia del sistema, la afectación de la seguridad jurídica o ya sobre la desigualdad injustificada del trato conferido por los tribunales a sus ciudadanos.

El punto que pretendo resaltar es que si a esta ficción le extraemos algunos detalles (sobre todo los menos creíbles: el dictado de todas las sentencias en tres años y su lectura comunitaria), nos quedaría un remanente fáctico que, aunque cueste creerlo, no dista de la realidad. Un repaso comparativo de algunos fallos dictados durante un período acotado de tiempo (digamos un par de años), por diversos tribunales del país en casos que presentan realidades más o menos similares,<sup>i</sup> arroja como resultado la existencia de distorsiones que verdaderamente generan asombro y desconcierto. De hecho, los montos consignados en el ejemplo no fueron puestos al azar sino que guardan respaldo jurisprudencial<sup>ii</sup> y, en el caso de las cuantías por incapacidades, utilicé las fórmulas allí aludidas.<sup>iii</sup>

Y este panorama es grave. Muestra un ejercicio descontrolado de la discrecionalidad judicial, al punto tal que por momentos dan ganas de adherir a aquello de que "el Derecho no es más que lo que los jueces dicen que es".<sup>iv</sup>

Sería posible objetar que la denuncia no reviste mayor interés al no constituir un descubrimiento, algo novedoso; que los operadores jurídicos sabemos que esto funciona así, que las respuestas del Derecho no son (ni pueden en verdad serlo) idénticas, siempre proporcionadas o equivalentes, menos aún en el ámbito tan inasible de la cuantificación de ciertos daños como el moral donde no hay unidad de medida disponible. El planteo sería razonable si no omitiese considerar: (i) que no todos los operadores jurídicos son conscientes de la intensidad de las distorsiones verificables en este campo; los abogados litigantes suelen informarse sobre cuantificaciones fijadas en su jurisdicción, despreocupándose de lo que acontece en las foráneas; no pocos jueces parecen creer cumplida su tarea con la fijación de un monto que consideran integral, razonable y equitativo en función de las circunstancias de "su" caso, desentendiéndose de las consecuencias distorsivas para el sistema que eventualmente su decisión aporta, al prescindir y alejarse de mayoritarias tendencias jurisprudenciales cuyo seguimiento sería una valiosa contribución a la aspiración de uniformidad; (ii) que la sociedad civil, ajena al acontecer tribunalicio, desconoce que esto sucede, y aquellos miembros que devienen en partes de un proceso como víctimas no suelen realizar investigaciones empíricas comparativas al respecto; más bien descansan en la información que reciben de sus abogados; (iii) que si todos los operadores jurídicos y los ciudadanos fueren conscientes de estas disparidades y de su gravedad,<sup>v</sup> el problema estaría más presente en la agenda de los juristas y quizás de los políticos, dando lugar a más asiduos estudios y debates que lo afronten y a reformas que traigan consigo un nivel más aceptable de uniformidad en las adjudicaciones.

Como esto último no viene ocurriendo,<sup>vi</sup> la denuncia, aun de juzgarse reiterativa, encuentra justificación. También podría alguien contra argumentar que este tipo de distorsiones en las respuestas judiciales no son exclusivas de la cuantificación del daño sino comunes a todo el sistema jurídico, propias de la indeterminación insita del Derecho, de la "era del desorden" a la que pertenecemos,<sup>vii</sup> de la incertidumbre actual en la creación y aplicación del Derecho, o ya de un lastre inevitable del mayor protagonismo asumido por los jueces en su creación, a partir del paradigma del Estado constitucional que parece presidir la experiencia jurídica de nuestros tiempos. Ninguna duda cabe de acerca de la incertidumbre actual y la falta de uniformidad decisonal, como de que pocas certezas van quedando en este fin de la modernidad (o postmodernidad), menos aún en la experiencia jurídica. Ahora, convengamos en que el problema de las asimetrías en la fijación de cuantías resarcitorias (tal vez a la par que en otros ámbitos puntuales) traspasa el límite del absurdo incursionando en el escándalo jurídico, y en que cualesquiera sean las causas, no podemos resignarnos, algo debe hacerse al respecto.

¿Qué implicaría ese "algo"? ¿Sería posible cambiar la realidad descrita? Obviamente entiendo que sí y habría mucho por hacer. Una respuesta mínimamente aceptable demandaría mayor espacio; no obstante, podríamos enunciar al menos algunas posibles líneas de acción. Para empezar, ser conscientes de la existencia del problema y de sus trágicas consecuencias en términos de seguridad jurídica, de igualdad y de eficiencia del sistema de daños. Después, acordar más atención al Derecho Comparado, conocer otras experiencias y sus resultados.<sup>viii</sup> Aunque claramente no existen regímenes perfectos donde reine la más absoluta paridad de trato en casos que lo ameritan, hay experiencias alentadoras para contemplar.

La de España es una de ellas: como es sabido, se cuenta allí con un régimen especial de responsabilidad civil y seguro en materia de daños causados en la circulación de vehículos a motor (Ley 30/1995), que al contener un sistema de tasación de daños personales ha reducido en buena medida la discrecionalidad judicial y las disparidades. Aunque es vinculante para el juez, posee ciertos márgenes de flexibilidad al prever los llamados "factores de corrección" con los que se puede modificar el baremo si así lo exigen las circunstancias del caso. Los montos de los baremos son actualizados anualmente, y es interesante señalar que el sistema viene teniendo aplicación jurisprudencial en casos ajenos a la circulación de vehículos, lo que muestra un grado relevante de aceptación.

Otro caso interesante, aunque menos drástico, es el de Francia. La llamada ley Badinter (1985), también limitada a los accidentes de circulación, obliga a las aseguradoras a hacer una oferta a la víctima que ha sufrido daños personales dentro de un plazo de ocho meses desde el accidente; si la víctima no acepta y luego consigue una indemnización superior en el litigio judicial, la aseguradora debe pagarla con más un 15% que es destinado a un fondo. Se establece el deber de publicar las indemnizaciones establecidas por acuerdo o por los jueces, y esta difusión obligatoria ha contribuido a la uniformidad resarcitoria.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial pudo ser una oportunidad para instaurar cambios relevantes en esta problemática, pero la misma no estaba suficientemente instalada en el debate para que tal cosa ocurriera. Sin embargo, deben destacarse algunas mejoras. Así, el art. 1741 referido a las consecuencias no patrimoniales, establece al final que la indemnización deberá fijarse "*ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*"; se incorpora así pauta valorativa que era utilizada implícitamente por algunos jueces, más allá de que resulte discutible el acierto de su elección. A su vez, el art. 1746 prevé que la indemnización por incapacidad "... *debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades*"; con ello el legislador toma partido por uno de los diversos criterios que hoy se aplican, acotando los amplísimos márgenes de discrecionalidad existentes.

Es dable esperar que nuestros jueces al interpretar estas nuevas pautas, asuman un mayor compromiso con la (a veces descuidada) aspiración de acordar un trato similar a situaciones semejantes.<sup>ix</sup> Una mirada consecuencialista y una actitud responsable frente a la gravedad del problema denunciado, así lo exigen.

<sup>i</sup> Podría apuntarse que no existen dos casos idénticos, lo que es verdad, pero también lo es que ciertas situaciones similares (padres afectados espiritualmente por las muertes de sus hijos) deberían recibir respuestas similares, en tanto en principio no hay modo de medir allí distintos grados de afectación.

<sup>ii</sup> En un trabajo anterior menciono en concreto varios precedentes, incluso dictados en una misma jurisdicción, que patentizan este tipo de distorsiones; v. *Conocimiento judicial del daño y cuantificación*, en Revista de Derecho de Daños, 2013-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 119 y ss.; en particular, pp. 134, 135, 149 y 150.

<sup>iii</sup> Se utilizó el sistema de cálculo de la página <http://segurosyrriesgos.com.ar/calcular-indemnizacion-con-formulas-vuotto-y-mendez/>. Fecha de consulta: 28/01/15.

<sup>iv</sup> Cabe aclarar, aunque constituya un lugar común, que la expresión es de O.W. Holmes, predecesor del realismo norteamericano.

<sup>v</sup> Claramente no lo son, de allí el interés en imaginar inicialmente una situación en la que las sentencias fueran dadas a conocer conjunta y simultáneamente.

<sup>vi</sup> No es que no existan trabajos que se ocupen del problema, los hay e incluso muy serios, entre los que pueden destacarse los realizados por HIGHTON, GREGORIO y ALVAREZ (entre otras publicaciones, remito a HIGHTON, Elena I.; GREGORIO, Carlos G. y ALVAREZ, Gladys, *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, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, N° 21, ps. 127 y ss., y *Predecibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes*, en la misma Revista, 2004-3, pp. 7 y ss.).

<sup>vii</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, ps. 28 y ss..

<sup>viii</sup> Suele haber cierta renuencia hacia esto de traspasar o reproducir soluciones ajenas, pero en verdad no hay razones valederas para no hacerlo en la medida de que pueda ello justificarse y se contemplen las adaptaciones necesarias a la propia idiosincrasia.

<sup>ix</sup> Dando así cumplimiento a la «regla de justicia» de Perelman, que exige la aplicación de un tratamiento idéntico a seres o a situaciones que se integran en una misma categoría; v. PERELMAN, Chaïm, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la Argumentación*, trad. de J. Sevilla Muñoz, Madrid, Ed. Credos, 1989, p. 340.