

INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE. DECISIONES Y DESAFÍOS DE LA PRÁCTICA JUDICIAL.

Fórmulas. Enfoque interdisciplinario. Jurisprudencia provincial y algunas propuestas.

Por Patricio M. COSENTINO¹

1. DETERMINACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO.

La tarea comienza siendo de tipo *cualitativa*. Aquí los abogados al analizar y preparar su caso para ser judicializado y, posteriormente, los jueces al dictar sus sentencias deben analizar las pruebas disponibles (en el primer caso) o las ofrecidas y producidas (al momento de sentenciar), y determinar si conforme la normativa vigente y aplicable al mismo, se verifica la existencia del daño y sus presupuestos (*aestimatio*), para luego enunciar las parcelas que componen “la cuenta indemnizatoria” que pretenden sean acogidas. La cuenta indemnizatoria se integra fundamentalmente del *capital*, los *intereses* y las *costas*. Como sub-rubros, identificamos los mencionados en el art. 1738 del CCyC (daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, daño espiritual, etc.).

Verificada la existencia del daño, corresponde en un paso posterior -y no menor-, el de efectuar la *cuantificación* del daño. Es decir, determinar cuál es el monto o *quantum* indemnizatorio. Cuantificar el daño, es decir darle contenido patrimonial nominal en base a su envergadura².

Son las dos caras de la misma moneda, pero se presentan en momentos diferentes ya que sólo podemos cuantificar aquel daño cuya estructura está determinada. Desde el conocimiento del contenido del daño, podemos luego otorgarle un valor pecuniario. Resultan dos operaciones sucesivas: primero establecer su composición intrínseca, y luego determinar su valor concreto³.

La valoración del daño puede ser estimada mediante los siguientes mecanismos: 1) **El convencional**, por ejemplo mediante una cláusula penal o luego de iniciado el proceso a través de una transacción; 2) **El legal**, por ejemplo en el caso de las leyes 19.101, 24.557 y 20.744; o el 3) **El judicial**, donde el juez a partir de la prueba de la existencia del detrimento material y/o moral, estima la cuantía a partir de las reglas de la experiencia, la realidad económica circundante con sustento en las facultades del art. 167 CPCCh y 165 CPCCN⁴.

El Código Civil derogado contaba con normas que trataban específicamente la indemnización por daño patrimonial derivada de la muerte en los arts. 1084 y 1085⁵, y también por incapacidad en el art. 1086⁶. Dichas normas no ofrecían pautas

¹ Abogado (UBA). Secretario Letrado del Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Trelew, Chubut (por concurso). Abogado Especialista en Derecho de Daños (UBA) y Discapacidad y Derechos (UBA). Diplomado en Derecho de Consumidor (C.Ab.Cordoba). Diplomado sobre Oralidad y Derecho Procesal Civil (Universidad AUSTRAL). Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA); Posgrados en Discapacidad en Derechos (UBA), Relaciones Individuales del Trabajo (dictados en la UBA y en el Colegio de Abogados de San Isidro); integrante del Programa y Grupo Federal de Discapacidad y Derechos de la UBA y docente de grado y posgrado en la materia de derecho del consumidor; Docente invitado en la materia Discapacidad y Derechos en la carrera de grado en la UBA y en Derecho Civil I de la UNPSJB. Docente invitado de grado y posgrado (UBA).

² Ver: JALIL, Julián Emil. Cuantificación de Daños. Región Patagonia. Ed. LA LEY. 2017. Pág. 33.

³ OSSOLA, Federico A. “Responsabilidad Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, P. 233.

⁴ Jorge M. GALDÓS, “La Responsabilidad Civil...”, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021. P. 517.

⁵ **Art. 1.084.** Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla.

Art. 1.085. El derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueron culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo.

⁶ **Art. 1.086.** Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento.

a los efectos de mensurar las indemnizaciones correspondientes a ambos tipos de perjuicios. El art. 1084, incluso, facultaba a los jueces para la determinación de la indemnización, conforme “...a la prudencia...fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla...”.

Es decir que se encontraba legitimada la prudencia como instrumento de medición del Magistrado. Ahora bien, todos entendemos los inconvenientes de verificar que es lo que hay dentro de dicho concepto indeterminado. Recordemos que la falta de herramientas de medición a disposición del juez no sólo consiste en una invitación a la arbitrariedad, sino también, un riesgo para el justiciable que debe impugnar una sentencia injusta basada en la “prudencia”, recipiente compuesto por una sustancia desconocida e imposible de auditar, medir, pesar, etc.

Retomando el camino trazado por la norma vigente, el tema es *cuantitativo* y debemos adicionar elementos y herramientas externas a la disciplina jurídica como **las fórmulas matemáticas**. El nuevo CCyC proporciona las pautas necesarias para evaluar el perjuicio futuro. Nos proporciona variables, parámetros, un método, y prescribe al magistrado que se debe usar la fórmula para arribar a la indemnización.

Las mismas deben ser empleadas plasmando en sus variables datos - presupuestos de hecho- debidamente acreditados y/o probados en cada expediente, o que surjan de modo notorio (ver. Art. 1744 CCC), conforme pautas que la norma nos aporta para cuantificar conforme a derecho (ver. arts. 3 y 1746 del CCC). Asimismo, la indemnización debe ser plena, integral o íntegra (conf. art. 1740).

Las consecuencias que trae aparejada la orfandad probatoria con relación a la existencia o a la cuantía **difieren sustancialmente**. Ante la **falta de prueba de la existencia** del daño implica que el juez debe rechazar el rubro reclamado por falta de los requisitos del art. 1739 del CCyC. Mientras que en caso de **falta de prueba de la cuantía**, el Juez puede recurrir al “prudente arbitrio judicial” o al diferimiento de la cuantificación (ver. art. 165 CPCCN y 167 CPCCCh).⁷

Respecto a utilización del art. 167 del CPCCCh para cuantificar indemnizaciones, los jueces deben ser cuidadosos. El sentenciante no puede subrogarse en la dirección letrada de la parte que debió probar el contenido patrimonial que pretende, pudiendo devenir arbitrario el pronunciamiento por quebrantamiento de la igualdad de partes⁸.

Máxime, con la vigencia del nuevo Código (por ej. lo dispuesto en el caso de indemnización por fallecimiento del derogado art. 1084 y la diferencia con los arts. 1745/6 que establecen pautas obligatorias), que viene a limitar la discrecionalidad, so pena de arbitrariedad. En este orden de ideas debemos atenernos a la ley fondal, que proporciona pautas para su cuantificación (inclusive lo hace respecto del daño moral, pero es otro tema)⁹ y límites a la discrecionalidad para hacerlo (por ej. arts. 3, 1714 y 1750 -supuesto referido específicamente a sanciones-).

La fijación de la indemnización debe ser *razonablemente fundada* (conf. arg. artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación), aun en aquellos supuestos en los que, probada la existencia del daño, el juez deba justipreciarlo en función de lo previsto en el artículo art. 167 del Código Procesal y Civil de la Provincia del Chubut, porque así se permite a los damnificados y a los responsables civiles conocer fehacientemente los mecanismos que llevaron a aquel a determinar una reparación

⁷ Al respecto nos parece más lógica y armónica con lo que estipula el art. 3 del CCyC, lo que disponen los arts. 333 al 335 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, donde se pone el énfasis en la diligencia de quien debe acreditar la cuantía del daño y los presupuestos que debe cumplir, para que -llegado el caso- deba cuantificar el juez.

⁸ CNCiv., Sala L, 3/8/2009, ED, 234-586.

⁹ El art. 167 del CPCC no debe implicar que se otorgue una suma que signifique un enriquecimiento incausado. Concede al juez la facultad de cuantificar el importe del perjuicio, con la sola condición de hallarse acreditada su existencia, por lo cual puede ser ejercida utilizando las llamadas máximas de experiencia universal (conf. Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew, SDC N° 07/2017, con cita a Cámara 2da. Civil y Comercial de La Plata, Sala 1era., 23/11/2004, Tebaldi, Graciela V. y otros c/ Taborda, Nelly y otros s/ resarcimiento de daños y perjuicios, Juba sum. B301331).

y no otra, su reducción o su incremento¹⁰. En este sentido el art. 167 del CPCCCh, reza en su último párrafo: “(...) *La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.*”

Entonces, el código aprueba al momento de dictar la sentencia no estando justificado el monto o *quantum* del daño siempre que este acreditada la existencia del perjuicio o del crédito del accionante, que el juez lo pueda fijar. Claro está que no basta con que se pruebe la simple posibilidad de haber obtenido una ganancia. Se requiere en cada caso para aplicar este precepto prueba adecuada que si no llega a ser cabal o incuestionable, por lo menos, alcance ciertos límites que permitan al juzgador aplicar el art. 167 provincial-¹¹.

Es evidente que esta indeterminación respecto de los “límites” -como de la “sana crítica”- no deben ser una excusa para hacer sentencias que luego no sean revisables lógicamente por los posibles impugnantes. Es decir, el límite a esta atribución que nos da el código ritual consiste en la posibilidad de que los justiciables y sus letrados puedan revisar, esto es examinar y recorrer el procedimiento lógico que llevó al decisor a sentenciar de tal o cual manera.

Ahora bien, podemos decir sin temor a equivocarnos, que lo más importante en un juicio civil patrimonial una vez determinado quién o quiénes son los responsables es la determinación del monto indemnizatorio. Es decir, al ser la función primigenia de la responsabilidad civil -resarcitoria- no únicamente señalar al responsable, sino más bien, establecer cuánto/cuando/cómo debe reparar el daño, por lo que no parece lógico conservar una redacción tan abierta a la discrecionalidad judicial. Coincidiremos en que lo que hacen los jueces al justipreciar este tipo de indemnización es una *predicción* de un valor real que debe equivaler a un daño cierto futuro acreditado en el expediente, que debe acercarse a la *verdad*¹² y minimizar el *error*.

Y aquí debemos considerar que no es lo mismo efectuar juicios acertados que “tener buen juicio”. El nuevo art. 1746 del CCyC otorga un instrumento al juez con la finalidad de arribar a sentencias *más justas*, fundadas en derecho, pretendiendo una *coherencia* dentro del sistema y a los efectos de reducir el “ruido”¹³ generado a causa de decisiones basadas en el simple criterio del magistrado o “apreciación judicial”.

El mencionado art. 165 (CPCCN) del ritual -me permito inferir- tiene relación con un sistema judicial que ampara -o al menos abre la puerta- a **la prudencia judicial como fundamento legitimante de las decisiones** (más vinculado, por ejemplo, a los arts. 1084/85/6 del Código Civil que al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación). Además, consiste un desincentivo para las partes y los jueces de satisfacer los requisitos necesarios para obtener una correcta práctica forense que motive y obligue al dictado de sentencias justas y razonadas, conforme los requisitos que la ley, la Constitución Nacional y Tratados imponen.

No compartimos una visión *hiper-reglamentarista* que “encorsete” absurdamente al Juez al momento de tomar decisiones, pero está claro que esta norma perteneciente al derecho adjetivo puede generar dos consecuencias indeseadas: **1) Decisiones arbitrarias, pero *formalmente* amparadas en una disposición legal;** y **2) Dispersión en lo que refiere al monto de las sentencias en casos análogos -porque tampoco tenemos un sistema basado en precedentes-, lo que parece ser inocuo en un sistema que propugna el deber de resolver “cada caso**

¹⁰ Al respecto recomiendo la atenta lectura del fallo “Grippe” de la CSJN (02/09/2021), puntualmente el voto del Dr. Ricardo LORENZETTI (“GRIPPO GUILLERMO OSCAR, CLAUDIA P.ACUÑA Y OTROS c/ CAMPOS ENRIQUE OSCAR Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS(ACC.TRAN. C/LES. O MUERTE)”, CIV 080458/2006/1/RH001).

¹¹ CACCom. De Mar del Plata, sala II, 29/11/2011, “Suárez, Miguel A. C/ General Motors...”, Lexis N° 1/5510430).

¹² Que entenderemos como la adecuación entre una proposición y el estado de cosas que expresa.

¹³ Este término es definido en justamente la obra denominada “RUIDO” por Kahneman, Sibony y Sunstein, como una variabilidad no deseada en juicios sobre un mismo problema. Al respecto si bien en nuestra cultura jurídica no hay un caos idéntico a otro, efectivamente hay muchos con patrones semejantes que deben ser resueltos con las mismas herramientas, son -en términos de los autores- decisiones RECURRENTES -no singulares-. (ver en: D. KAHNEMAN, O. SIBONY y C. SUNSTEIN, “Ruido”, Ed. Debate, 2021. P- 49/51).

en particular” y que puede terminar tratando *cada caso semejante de modo distinto*. Respecto a esto último, utilizaremos el concepto de “ruido” en lo referido a las decisiones judiciales y la importancia tanto de evitar sentencias contradictorias en casos semejantes como, fundamentalmente en lo que hace a este trabajo, evitar la amplitud injustificada en lo que hace a la cuantificación de daños y su forma de estimarlos como causante de esa indefinición.

El lector posiblemente pensará que es simplemente una facultad dada ante un perjuicio acreditado, porque en definitiva no siempre se puede probar el monto por el que deben prosperar todos los rubros reclamados. Entendemos que la norma por su indeterminación puede generar un indeseado abuso (por ejemplo, hace poco más de 10/15 años era famosa la tendencia a utilizar parámetros “inmobiliarios” para cuantificar el denominado “valor vida” y cuantificar el daño moral como una parte del patrimonial), que como se presenta, hoy puede favorecer a uno y luego a otro, y empobrece el sistema de decisiones.

No es lo mismo presumir erogaciones por la indisponibilidad de un automóvil dañado (daño emergente), que las derivadas del lucro cesante por un estado de incapacidad transitoria. Mucho menos, estimar un *quantum* en concepto de indemnización por incapacidad permanente total o parcial (o lucro cesante futuro, depende el autor) sin que haya prueba al respecto y acudiendo a presunciones o antecedentes jurisprudenciales como fundamento de la decisión o a la simple “apreciación judicial”. Recordemos que el resarcimiento del daño causado por incapacidad sobreviniente resulta ser un *daño cierto por vía presuntiva*. Este tema puntual lo tratemos de aquí en adelante.

Como adelantamos, esto último, eternamente subestimado por el derecho argentino es proclive a generar “RUIDO”, o sea una falla en el juicio humano, que traducido al sistema judicial de una región, provincia o país, se traduce en la distorsión de la cultura y costumbres jurídicas, con implicancias económicas concretas (primas de seguros, gastos de prevención, etc.).

La prueba del daño

Nos dice Ferrer Beltrán¹⁴ que existen *tres momentos* distintos y sucesivos (aunque puedan presentarse entrelazados) de la actividad probatoria en el derecho: **a)** la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre los que se deberá adoptar la decisión; **b)** la valoración de esos elementos; y **c)** la adopción de esa decisión.

El **primer paso**, de esencial trascendencia, apunta a que la proposición y práctica de las pruebas debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso (*máxima qui non est in actis non est in mundo*). Por lo que al momento de decidir debemos valernos de los elementos de juicio en base a pruebas aportadas y admitidas en el proceso, y no de prueba privada de cada una de las partes.

En este sentido, una prueba es relevante si porta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia¹⁵.

En lo que hace al **segundo paso**, la valoración en nuestro sistema la libre valoración de la prueba debe efectuarse en el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Por lo que debemos tener en cuenta que el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual o respecto de un determinado conjunto de elementos de juicio (de modo que si cambia el contexto, el resultado puede ser otro); y la libre valoración de la prueba se entiende libre sólo en el sentido que no esta sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de dicha valoración. Adiciono que el decisor debe apoyarse empíricamente en el conjunto de elementos aportados en relación a una hipótesis conforme criterios generales de la lógica y la racionalidad¹⁶.

En el **tercer momento**, lo que hace al tiempo de la decisión, la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta. Y

¹⁴ Jordi Ferrer Beltrán, “La valoración racional de la prueba”, Ed. Marcial Pons, 2007. p-43.

¹⁵ Twining, 1990: 179.

¹⁶ Jordi Ferrer Beltrán, op. cit. p- 45.

se tendrá probada o no la hipótesis bajo análisis dependiendo del estándar de prueba que se utilice¹⁷

Al referirnos puntualmente a prueba del daño, verificamos dos circunstancias diferenciadas: **1)** la de la prueba de la existencia del daño y; **2)** la de la prueba de la extensión del daño ya acreditado.

Al pasar mencionamos la necesidad de probar el daño, como presupuesto ineludible de una sentencia justa. El art. 1744¹⁸ nos dice que el daño debe ser acreditado por quién lo invoca (carga de la prueba), con excepción de aquellos casos en los que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

Entonces, estos tres supuestos de excepción resultan:

- 1)** si se trata de daños: a) atribuidos, o b) presumidos legalmente¹⁹;
- 2)** que sean daños que surjan de una presunción “hominis” o judicial, o;
- 3)** que constituyan hechos notorios.

La prueba debe recaer sobre los presupuestos de hecho que tornan aplicable el supuesto normativo (art. 375 CPCCN, art. 381, 2° párrafo del CPCCCh)²⁰.

Ahora bien, no coincidimos con las *posturas amplias* que exigen simplemente la prueba de la existencia del presupuesto daño y no su extensión. Incumbe a la parte interesada acreditar *la existencia y la cuantía* del daño a quién lo alega o afirma, con excepción de los casos en los que la ley lo impute o presuma por ley; y el supuesto de los hechos notorios.

Cuando hablamos de prueba de presunciones, estas pueden ser **legales o judiciales, absolutas o relativas**. Las presunciones judiciales permiten al juez arribar a un convencimiento indirecto de los hechos ante la ausencia o insuficiencia de los medios probatorios. Es decir, desde un indicio probado por razonamiento inductivo se tienen por acreditados otros hechos no probados directamente por otros medios.

Hay **presunciones legales** (de fondo o procesales) en materia de daños, entre las que identificamos *la multa o cláusula penal* (salvo abuso no admite prueba en contrario); *seña* (art. 1059/1060) y el *interés moratorio* (art. 768), pueden ser *absolutas* (iuris et de iure) o *relativas*, que admiten prueba en contrario (o iuris tantum).

En lo que hace a los **daños presumidos y los imputados por ley**, son los inferidos y los que se atribuyen *por mandato legal*. Cuando hablamos de imputación legal, el ordenamiento jurídico los tiene por configurados y procedentes.

Las **presunciones simples u hominis** (judiciales), surgen de las reglas “de experiencia” de los jueces, a partir de una pluralidad concordante de hechos que permiten inferir o arribar como conclusión a un resultado, conforme las reglas de la sana crítica (ver arts. 163, inc. 5° y 384 del CPCC; 165, inc. 5° y 390 del CPCCCh y 1727 del CCyC).

En lo que hace a los **hechos notorios** estos **deben ser alegados, si bien en principio no probados**. Si bien pueden no requerir acreditación directa y específica sobre su certeza, puede resultar necesario probar su importancia a los efectos de cuantificar la condena. Asimismo, puede en ocasiones la notoriedad requerir de aporte de datos indiciarios, sobre cuya base el juez pueda arribar a la convicción sobre la realidad de los perjuicios²¹. En consecuencia, en caso de ser el daño manifiesto el demandado asume la carga de demostrar de modo adverso sobre su

¹⁷ Por ejemplo en el ámbito civil se suele utilizar el de la prueba prevaleciente, esto es, que prevalece la hipótesis que disponga de un grado de confirmación superior; en el penal operaría el estándar que exige que la hipótesis este confirmada “más allá de toda duda razonable”.

¹⁸ Norma que se correlaciona con la de los arts. 1734/5/6, referida a la carga de la prueba de los factores de atribución, eximentes de los factores de imputación del deber de resarcir (por ej. caso del arts. 1722, por F.A objetivo y de la falta de culpa por art. 1721); de la relación de causalidad (arts. 1726/7); las eximentes en relación al nexo causal (arts. 1729/31 y 1758) y; imposibilidad de cumplimiento (art. 1732 y 1733, conf. art. 1736).

¹⁹ Por ejemplo, nuestros tribunales han dicho que: “... ciertos gastos como traslados, medicamentos etc. no necesitan prueba directa y bien pueden inducirse conforme a las circunstancias del caso. Incluso el nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 1744, dice que “el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”. Pues bien, en este caso la prueba del daño surge notoriamente de los propios hechos.” (Sentencia Nro./Año: 62/2016- C.Apelaciones Esquel).

²⁰ Jorge M. GALDÓS, “La Responsabilidad Civil...”, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021. P. 511.

²¹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLES y Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Tomo III. Ed. Alveroni Ediciones, 2018.P-187.

inexistencia. Ello, por el mero hecho de alegar un hecho contrario al curso normal y ordinario de las cosas²².

2) INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. ANÁLISIS GENERAL DEL ART. 1746 DEL CCyC.

El art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación nos dice:

“Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización 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. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.”

Este precepto legal trata de modo explícito la indemnización por incapacidad permanente e incorpora pautas concretas de cuantificación en relación a los perjuicios económicos causados como consecuencia de las lesiones físicas y/o psíquicas²³, que afecten la aptitud del damnificado de realizar *actividades productivas o económicamente valorables*.

Aída Kemelmajer por su parte expuso que para constituir una aplicación adecuada del mencionado artículo 1746, las sentencias que cuantifiquen indemnizaciones deberán: “...contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine”. Incluso aclarando que tales requerimientos eran igualmente exigibles durante la vigencia del código anterior; ahora en virtud de los artículos 1, 7, 1746 y concs. del CCyC, aun para los procesos en trámite, motivados por hechos acontecidos antes del 1º de agosto de 2015²⁴.

La disminución invalidante, a su vez, genera un abanico de repercusiones que podemos enumerar sucintamente de la siguiente manera: **a)** El referido desequilibrio espiritual (2da. Parte art. 1738 y 1741); **b)** Gastos terapéuticos, farmacéuticos, de rehabilitación, transporte, etc.; **c)** los ingresos frustrados.

La regla del artículo 1746 CCyC se integra por dos campos relativamente diferenciables:

1) La *“aptitud para realizar actividades productivas”*, esto es, las que obtienen una remuneración **explícita y directa** en el mercado;

2) Aquellas *“económicamente valorables”*²⁵, que comprenden actividades no remuneradas, pero que son valorables en dinero. No son productivas, ni tampoco extrapatrimoniales (como las recreativas, con objetivo gratificante, para despejarse, etc.). En este espectro incluimos a las tareas domésticas, autotransporte, higiene personal, mantenimiento hogareño, etc. por las que no se recibe una remuneración

²² Dice la Cámara de Esquel en el caso de la muerte de un ser querido, que “Entre las excepciones a la exigencia de prueba contenidas en el artículo 1744 están aquellos casos en que el daño “surja notorio de los propios hechos” y el daño moral es precisamente aquel que surge notorio de los propios hechos que tienen virtualidad para producirlo, pues no hay otra posibilidad de probarlos (o inducirlos) que no sea la virtualidad de ciertos hechos para producirlo.” (Sentencia n° 43/2020, del 01/12/2020).

²³ Recordemos que el código derogado en su art. 1086 mencionaba las “heridas u ofensas físicas”, siendo dicha enunciación por las “lesiones e incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial”, sin incluir la incapacidad transitoria.

²⁴ Kemelmajer de Carlucci, A., La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016, p. 234 y ss.

²⁵ Supuesto que la maestra Matilde Zavala de Gonzáles acuñaba con el término “Incapacidad vital”.

explicita por parte de terceros, pero tienen un “precio sombra”, representado por el costo de los servicios equivalentes que sustituyan su utilidad²⁶.

En relación a este último punto, la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A refirió: “(...) discapacidad **es tanto para la realización de actividades productivas como para el desarrollo de las restantes actividades de la vida** y por tal razón es razonable y aceptable que se agregue un plus para indemnizar la repercusión de la incapacidad en actividades sociales, deportivas, culturales, tareas informales, etc..- En tal sentido se sostiene que “para que la reparación sea plena, se debe sumar a la cantidad estimada para compensar la disminución de su capacidad laboral, otra que compense el nivel de incapacidad para la vida social que la disminución de su integridad psicosomática le ha dejado” (Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético – Director Jorge H. Alterini – T° VIII, pag. 313)²⁷ (SIC).

Podemos decir que aquí ubicamos una cuestión trascendente, que es la que radica en el **deber de cumplir dichas pautas positivizadas**. No solamente en la lógica necesidad de valernos de fórmulas matemáticas para cuantificar²⁸, sino –y esto es fundamental- en el “juego” que cumple la correcta aplicación de la norma conforme el art. 3 del CCyC, en tanto se le exige al juez el **deber** de “*resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*.”. También observaremos la interrelación e interdependencia que tiene el resultado de la aplicación de este precepto, con el del art. 1744 (ref. Prueba del daño).

Es decir, no sólo menciona el art. 1746 las pautas necesarias para cuantificar el daño patrimonial por incapacidad física, sino que también, partiendo de la existencia de esta última y las especiales circunstancias acreditadas en cada caso, establece que operará una presunción legal respecto de los gastos médicos²⁹, farmacéuticos y por transporte, “...*que resulten razonables en función de la índole de la índole de las lesiones o de la incapacidad*” (sic).

Se encuentran comprendidos aquellos gastos por medicamentos y prestaciones médico/terapéuticas no sólo en el período inmediato-posterior a la convalecencia del damnificado, sino las que resulten razonablemente necesarias para la rehabilitación del dañado a efectos de mejorar su calidad de vida³⁰. Se encuentran *excluidos* los gastos que se soliciten respecto de terapias aleatorias o conjeturales.

Los gastos terapéuticos o de curación son *forzosos*, en tanto sean “*razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad*” (CCC), operando una flexibilidad probatoria, por lo que no se requiere una prueba efectiva y acabada sobre su realidad y cuantía³¹.

²⁶ Nos parece interesante este tema, ya que no solamente es concordante con el deber de reparar el daño en forma integral y evaluando globalmente las repercusiones en el aspecto personal/económico y social, sino que dependiendo de la situación de la víctima suele estimarse en porcentajes que arriban entre el 10/30% del monto de indemnización por incapacidad sobreviniente.

²⁷ Voto de la Dra. Cordon Ferrando, en la Sentencia N° 12 /2021 del 16/04/2021.

²⁸ Podemos mencionar el conocido fallo “Vuotto” (Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 16 de junio de 1978, recaído en los autos “Vuoto, Dalmero v. AEGT Telefunken”) y veinte años después, el dictado por la misma Sala de la CNAT, “Mendez v. Mylba”, del 28/4/2008. Pero también, otras, de idénticos resultados que “Vuotto”, como las fórmulas “Marshall”, “Las Heras-Requena”, “Moore Bernasconi”, etc.

²⁹ Siempre que sean razonables de acuerdo a las especiales circunstancias de la naturaleza de las dolencias padecidas.

³⁰ Al respecto pongo énfasis en la necesidad de acreditar la idoneidad y fundamento científico de los tratamientos que se indiquen como necesarios y que deben ser contemplados para cuantificar este daño emergente futuro. Al respecto se impone su requerimiento en la prueba pericial, mediante puntos de pericia claros y concretos. Los tratamientos no deben ser estrictamente “de cura”, sino también los que propendan a rehabilitar o compensar carencias con miembros sanos, superar dolores y aportar un bienestar.

³¹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ y Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA (...) Tomo III, op. Cit. , p-281.

Dichos gastos pueden ser reclamados por la víctima o terceros que hayan abonado los que se hayan erogado con anterioridad (familiares, mutuales, aseguradoras, empleadores, etc.)³².

2. I) Reparación “integral” o “plena” del derecho civil. Precedentes, actualidad y un camino para seguir transitando.

A partir de los precedentes "Santa Coloma"³³, "Gunther"³⁴ y "Luján"³⁵ —todos pronunciamientos del 05/08/1986—, la CSJN estableció que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, encontrándose en forma implícita en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

Arrimándonos a tiempos actuales, en "Aquino"³⁶ la Corte descalificó por inconstitucional el inc. 1º del art. 39 de la ley 24.557 ya que la Ley de Riesgos del Trabajo solo indemnizaba daños materiales y, dentro de estos, únicamente el lucro cesante (que, asimismo, evaluaba menguadamente), concluyendo la Corte que aquella "no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos".

En dicho pronunciamiento expuso: "... que el 'valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. **Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia.** No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, **lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo.** ..." ³⁷ (la negrita me pertenece).

En esa misma concordancia, el art. 35 de la Constitución del Chubut establece que toda persona víctima de un delito tiene derecho a ser asistida en forma integral y especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social.

No debemos omitir entre tantos pronunciamientos efectuados sobre la temática, el conocido fallo "Ontiveros"³⁸. En dicho caso una jueza mendocina, sufrió un accidente laboral le produjo una incapacidad de la total obrera del 60%. Señaló allí el máximo tribunal que: "el monto establecido por la corte provincial a valores de octubre de 2012 es notoriamente inferior al total de las prestaciones dinerarias mínimas que —para fines de ese mes— estaban contempladas en el sistema especial de reparación de daños derivados de accidentes de trabajo previsto en las leyes 24.557 y 26.773 y su reglamentación. (...) Y ciertamente resulta inconcebible que una indemnización civil, que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los accidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial"³⁹. Entonces, partimos de la idea que el porcentaje pericial de incapacidad laboral aunque pueda ser útil como una pauta genérica de referencia, no constituye un patrón que el juzgador deba seguir inevitablemente⁴⁰; entre otras razones, **porque no corresponde justipreciar la faz laboral únicamente (es un componente más)⁴¹ sino también las consecuencias que afecten a la víctima,** tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio⁴².

³² Si bien excede el ámbito de este trabajo, aunque el damnificado se encuentre afiliado a una obra social que cubra los costos o los disminuya, corresponde que el responsable indemnice este concepto resarcitorio. Lo que pretende la norma es la sanación o curación del sujeto dañado, no así disminuir.

³³ Fallos 308:1160.

³⁴ Fallos 308:1118.

³⁵ Fallos 308:1109.

³⁶ Fallos. 327:3753.

³⁷ Considerando 3º del voto de la mayoría.

³⁸ Fallos 340:1038

³⁹ Considerando 9º del voto de la mayoría.

⁴⁰ Criterio sostenido por la CSJN en fallos: 308:1109; 312:2412, entre otros.

⁴¹ CSJN, 1-4-97, "Lacuadra, Ernesto Adolfo y otros c/ SA Nestlé de Productos Alimenticios", Fallos: 320:451.

⁴² También lo sostiene la CSJN en los fallos 318:1715; 322:2658; 326:847; 327:2722; 329:4944, entre otros.

Se ha dicho en diversos pronunciamientos vinculados con infortunios laborales que dieron lugar a la aplicación del sistema indemnizatorio del derecho común, que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su *vida de relación*, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera; y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral. **De ahí que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos -aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no solo 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.** Asimismo, ha destacado 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 carrera⁴³.

Ahora bien, es nuestra opinión y retomando lo dicho en el fallo mayoritario de "Ontiveros", debemos tener cuidado observar el resarcimiento de la incapacidad definitiva desde otros -múltiples- ámbitos en que la persona humana proyecta su personalidad integralmente considerada⁴⁴, cuestión ventilada en el fallo mencionado. Me explico: es cierto que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva; y si bien ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva, pero definitivamente no como daño cierto-patrimonial. Surge del art. 1746 que se estima la indemnización tomando pautas *productivas o económicamente valorables* (sic), y no la indemnización a la incapacidad *per se*, cuestión referida al concepto de **daño-lesión**.

Agrego, resulta equivocado atenerse rígidamente al peritaje médico a la hora de establecer la cuantía del resarcimiento de los únicos daños materiales que tuvo en cuenta, es decir, aquellos que son ajenos a la pérdida de la aptitud para realizar actividades productivas. Corresponde **valorar desde una perspectiva amplia la afectación de la actividad social y deportiva** -en caso de acreditarse en cada caso-, y examinar, incluso, si las consecuencias del accidente **privaron al damnificado de la posibilidad futura de ascender en su carrera** (en ese caso a título de pérdida de chance). Esta concepción relativa a las consecuencias de la afectación de la integridad psicofísica desde debe adoptarse para cuantificar la indemnización por daño moral; indemnización que, de acuerdo con lo expresado por la propia corte provincial, debiendo ser idónea o adecuada a suministrar a la víctima aquellos bienes de consuelo naturalmente en relación con la índole del bien frustrado⁴⁵.

Bajo esta concepción omnicomprendiva del deber de reparar -en forma integral-, con sustento constitucional, la CSJN ha dicho que: "(...) el monto establecido por la corte provincial a valores de octubre de 2012 **es notoriamente inferior al total de las prestaciones dinerarias mínimas que -para fines de ese mes- estaban contempladas en el sistema especial de reparación de daños derivados de accidentes de trabajo previsto en las leyes 24.557 y 26.773** Y su reglamentación."; agregando que: "...resulta inconcebible que una indemnización civil, que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los accidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial."⁴⁶

Yendo más allá de la percepción ontológica del daño y sus consecuencias, su representación en el ámbito jurídico, conforme pautas legales positivas y, posteriormente, el decisorio jurisdiccional en el caso concreto, **la CSJN ha dicho que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas**

⁴³ Del conocido fallo Arostegui (331: 570) y sus citas.

⁴⁴ Cita en el fallo de la CSJN "GRIPPO", de Fallos: 334:376, puntualmente la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Petracchi, considerando 12.

⁴⁵ CSJN en autos: "RECURSO DE HECHO Ontiveros, Stella Maris cl Prevención ART S.A. Y otros si accidente ~ inc. y caso" del 10/8/2017.

⁴⁶ Fallo "Ontiveros" ya citado, Considerando 9°, la negrita me pertenece.

de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida⁴⁷.

Dicha perspectiva, ahora plasmada en el art. 1746 del CCyC nos obliga a analizar cualitativamente las premisas que proporciona cada caso alejándonos de “razonamientos automáticos” o la aplicación sin fundamento de fórmulas para resolverlos de forma *rápida* pero *no justa*.

Finalizando la selección de fallos efectuada para pensar el tema, mencionaremos el reciente fallo “Grippe”, donde la CSJN deja asentado que los jueces no pueden soslayar la aplicación de criterios matemáticos para evaluar las indemnizaciones por muerte e incapacidad sobreviniente, aunque —en palabras de la Corte— el cálculo resultante sea solo una “pauta orientadora”. De hecho, el Tribunal se cuida bien de destacar que la aplicación de estos “criterios objetivos” no importa “desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida cuenta del margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (art. 165, Cód. Civ. y Com.), sino recurrir a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite —o cuanto menos minimice— valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen”.

2. II) Incapacidad sobreviniente, su dimensión temporal.

En el caso del art. 1746 hablamos de *incapacidad permanente*, sin perjuicio que tanto ésta como la *incapacidad transitoria* pueden causar también consecuencias patrimoniales encuadrables en el **daño emergente** (gastos terapéuticos como los farmacéuticos, atención médica, hospitalaria, kinesiológica; y otros conexos como de transporte).

Según nuestro entender no alude al *strictu sensu* al **lucro cesante** (si bien sectores de reconocida doctrina -Pizarro, Zavala de González- aluden a este concepto indemnizatorio como lucro cesante futuro), posición que comparten autores como Galdós⁴⁸, ya que el art. 1746 alude a la incapacidad permanente y la incapacidad transitoria se indemniza a título de lucro cesante derivado de la merma patrimonial transitoria, desde la fecha de la lesión hasta que la víctima se recupere. Se compone de las consecuencias que se producen cuando luego del período terapéutico subsisten secuelas que invaliden al damnificado en forma total o parcial, pero permanentemente.

La incapacidad sobreviniente parte de un supuesto de hecho que puede derivar en daño tanto patrimonial como extrapatrimonial. Ahora bien, tanto en el período de convalecencia como en el que se consolida la incapacidad pueden ser frustrados beneficios económicos (o las oportunidades de obtenerlos). La existencia acreditada de secuelas derivadas de “lesiones o incapacidad” (conf. art. 1746) con posterioridad del período terapéutico es lo que se debe evaluar en cada caso a este respecto. El supuesto del art. 1746 taxativamente se encuadra dentro del denominado daño patrimonial, por lo que cabe excluir totalmente cualquier pretensión de indemnizar, bajo este ropaje, daño moral alguno⁴⁹.

Como es sabido, la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por fin reparar el desmedro producido con carácter permanente en las aptitudes psíquicas o físicas del individuo y que incide sobre su aptitud productiva en general⁵⁰, abarcando no solo aspectos laborales sino también aquellos que se vinculan con su capacidad vital y potencialidad genérica, que son también mensurables —aun estimativamente— en términos económicos. Entendido esto último como la imposibilidad por parte del damnificado de llevar a cabo actividades que no reportan

⁴⁷ Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847; 334:376; y 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 7°, entre muchos otros.

⁴⁸ Ver: Jorge M. GALDÓS, “La Responsabilidad Civil”; Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2020, p- 572/3.

⁴⁹ Ossola..., op. cit.

⁵⁰ SCBA, Ac. 42.528 en fecha 19/06/1990.

una utilidad económica pero que, sin embargo, son patrimonialmente mensurables e inciden en diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo.

Una de las formas para cuantificar esta merma en la aptitud productiva del sujeto en esa doble faz, consiste en **calcular el valor presente de una renta futura no perpetua**, determinando un capital actual productor de una renta periódica que represente las ganancias frustradas por la incapacidad, y que se amortizará en el tiempo en que razonablemente la persona podría desarrollar aquellas aptitudes total o parcialmente afectadas.

Entonces **resulta improcedente superponer temporalmente el resarcimiento por lucro cesante por pérdidas materiales derivadas de la incapacidad**, siendo en ocasiones el mismo daño económico, demarcado por la finalización de la etapa terapéutica⁵¹. Suele suceder en la casuística que haya una imposibilidad total de efectuar actividades laborales o productivas durante el período de convalecencia, pero luego de concluida la etapa terapéutica (o antes inclusive) resulte que la incapacidad no es total, sino parcial⁵². Esta situación incluye el supuesto en que la víctima se desempeñe en relación de dependencia y goce de una licencia que evite la causación de un perjuicio económico por lucro cesante⁵³.

Así lo afirmó la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew: “La certeza que debe revestir el lucro cesante, aunque sea relativa, impone demostrar el perjuicio alegado. La prueba de lesiones a la integridad psicofísica y de la consecuente inmovilización de la víctima, por sí sola no permite concluir en la producción de un lucro cesante. Es que la acreditación debe poner de relieve el daño mismo (las ganancias o utilidades frustradas) y no sólo la situación lesiva que constituye su génesis.”⁵⁴

Con idénticas consideraciones la Sala A de dicha Cámara puntualizó: “La **incapacidad transitoria es la que dura temporariamente** porque transcurrido el periodo de curación desaparece o remite, por lo que nunca se consolida definitivamente y **se indemniza a título de lucro cesante**”⁵⁵ (SIC, el resaltado me pertenece). Y también: “La incapacidad sobreviniente es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. En tal sentido, la incapacidad stricto sensu o incapacidad sobreviniente, **es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima**. Por otra parte, la posible inhabilidad de ésta hasta el alta es encuadrada por la jurisprudencia como “lucro cesante”, en relación a las ganancias frustradas durante ese período. Si bien el daño económico conexo a la ulterior incapacidad sobreviniente puede consistir también en un lucro cesante, hay ciertas diferencias prácticas entre ambos estadios. De tal modo, la afectación de la integridad física o síquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso” (la negrita me pertenece)⁵⁶.

Lo relevante de esta distinción no se ancla únicamente en lo terminológico. Presuponer que siempre procede en el caso de incapacidad permanente efectuar el cálculo desde el hecho dañoso, porque sí, implica entender lisa y llanamente que

⁵¹ Hay reconocida doctrina que engloba esta parcela resarcitoria dentro del lucro cesante, distinguiendo el lucro cesante en “pasado” y “futuro”. Aquí, más allá de lo terminológico, lo importante es diferenciar las notorias diferencias que presentan ambos supuestos en su sustancia y -por supuesto- en la forma que debemos cuantificarlos.

⁵² Pensemos esta distinción, inclusive, como una diferenciación que puede favorecer reclamos precisos que derivarán inevitablemente en sentencias que se expidan sobre las consecuencias dañosas en las distintas etapas de la recuperación del damnificado.

⁵³ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ y Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA (...) Tomo III, op. Cit. , p- 297.

⁵⁴ Sentencia nro. 3/2018 del 09/02/2018.

⁵⁵ Sentencia nro. 2/2019 del 02/07/2019.

⁵⁶ Sentencia 3/2020, del 14/02/2020. Con cita: Zavala de González, Matilde, 1996. Resarcimiento de Daños, T. 2 – Daños a las personas. Buenos Aires: Hammurabi, págs. 343/344.-

la afectación **resultó ser la misma desde el suceso y se mantendrá inmutable de allí en adelante hasta el punto temporal límite que elijamos para el cálculo.**

Sabemos que no sucede comúnmente esto y que la práctica forense para simplificar los reclamos y ante la dificultad probatoria, se omite el detalle. Por ejemplo: es frecuente que durante un primer período posterior al hecho el damnificado se haya encontrado impedido de realizar tanto actividades productivas como económicamente valorables *en forma total o de forma más acentuada que al consolidarse la incapacidad*. En consecuencia, tendremos una sentencia que probablemente sea *formalmente* válida, pero *materialmente* no cumpla con la finalidad de condenar a reparar en forma *total* los daños padecidos.

Distinto es el supuesto en que nos encontremos con un damnificado con gravísimos daños que generen una incapacidad total o absoluta e irreversible desde el hecho dañoso, donde se indemniza la imposibilidad de realizar actividades productivas o económicamente valorables desde el comienzo.

Esta es otra de las válidas razones para entender que la indemnización por afectación a la integridad psicofísica debe ser abordada como una obligación de valor y no de dar sumas de dinero⁵⁷, debiendo cuantificarse a **valores actuales**, esto es al momento del dictado de la sentencia (siempre dentro de lo posible, con los elementos aportados en la causa).

La indemnización por incapacidad sobreviniente comprende el menoscabo padecido por el damnificado que se ve afectado negativamente, invalidándolo o disminuyendo sus aptitudes funcionales – debido a la afectación en su integridad psico-física- en forma permanente, en sus intereses jurídicos patrimoniales. La norma identifica dos aspectos que nos permitirán determinar las consecuencias a resarcir -y que se deben acreditar en cada caso-, las derivadas de la disminución en la aptitud de realizar *actividades productivas y las económicamente valorables*.

El art. 1746 pone énfasis en los efectos económicos/patrimoniales de la incapacidad, es decir aquéllos que derivan de la afectación de las funciones vitales del sujeto. Esto se traduce en la pérdida de las potencialidades del damnificado *en comparación* con la situación de aquél antes del suceso dañoso.

Es decir, en los términos del artículo corresponde indemnizar ante la existencia un suceso que produce un menoscabo fáctico o “naturalístico” que, a su vez y necesariamente, afecta las funciones vitales del damnificado, derivando en incapacidad sobreviniente. Como consecuencia de aquello, debe existir una repercusión sobre los intereses de tipo patrimonial y extrapatrimonial (o espirituales), dependiendo cada caso.

Siempre vamos a hablar de las consecuencias de la incapacidad como indemnizables (y que por ende deber ser cuantificadas por quién decide), no la indemnización del menoscabo físico o psíquico *per se*, que no es daño jurídico (como dijimos al comienzo de este trabajo). Se debe resarcir la *merma* causada por la afectación de la integridad de las funciones vitales de las personas injustamente dañadas.

Avanzando, el texto de la norma nos deja pautas claras sobre las que el juez debe manejarse para cuantificar el lucro cesante. Y aquí surge el problema que hay que abordar y resolver: la reparación debe ser *plena o integral* (conforme lo establece el art. 1740 del CCC, por pautas del art. 1746 también referido) en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la **víctima** frente al daño injustamente sufrido y; particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, represente una

⁵⁷ Sabemos que cuantificar a valores históricos es una invitación a que se paguen montos que no representarán en lo absoluto el detrimento padecido por la víctima. La liquidación contendrá valores alterados por la aplicación de tasas de interés que responden al giro comercial de las entidades bancarias, basadas en cálculos actuariales y contables, en función de costos, estimaciones y, fundamentalmente, la inflación endémica que padece nuestro país.

extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado, sin caer en supuestos de excesos en los montos otorgados por los jueces⁵⁸.

2. III) Las variables contenidas en el art. 1746 del CCC. Su función algorítmica y el problema de los datos, la información y conocimiento.

La norma bajo análisis no hace más que estipular **pautas ineludibles** para el cálculo de la indemnización de las consecuencias derivadas de la existencia de incapacidad sobreviniente. Su aplicación se hace extensiva al supuesto del cálculo de la indemnización por fallecimiento (art. 1745).

Debemos diferenciar el procedimiento de decisión y el de la expresión de ese procedimiento. Aunque se pueda –excepcionalmente- arribar en determinados casos de modo casi automático y sencillo el monto de la indemnización, el decisor debe explicar las premisas y el análisis del que partió y fundamentalmente, porque de premisas diferentes se puede llegar al mismo resultado. Y las premisas no son más, ni menos, que hechos que debieron considerarse acreditados o bases fácticas asumibles (sea por presunciones, por hechos notorios o de la carga de la prueba)⁵⁹.

El nuevo articulado deja clara su adscripción al *método de capital humano* y también prescribe en términos suficientemente precisos (no sugiere, ni da un consejo de seguimiento optativo), un procedimiento definido de cuantificación. Es decir, indemniza la incapacidad sufrida mediante una suma única, que deberá representar el valor que obtendría la víctima por el ejercicio previsible de esa capacidad a lo largo del tiempo. El menoscabo de esa capacidad se correlaciona con manifestaciones anteriores a la sentencia y usualmente, también posteriores. **En otras palabras, períodos temporales pasados y futuros al momento de cómputo, normalmente se conjugan en su determinación.**⁶⁰

Como desarrollaremos en este texto, el hecho del pasaje de decisiones fundadas en la apreciación judicial partiendo de una condena por atribución de responsabilidad civil en cabeza del sujeto dañoso a otra perspectiva, más funcional a sentencias razonablemente fundadas y con estructuras lógicas adecuadas, nos impone en la materia trabajar con datos concretos derivados de cada caso. De modo simplificado: el juez debe aplicar el derecho y valerse para decidir de elementos de prueba que aporten la información que sirva de sustento para su pronunciamiento.

Para esto, quién decida debe hacer un manejo adecuado de la información disponible a los efectos de resolver la causa en los términos que el ordenamiento jurídico establece (por ej. conf. arts. 1738/9/45/46, etc.). Debe valerse de los datos y el conocimiento para decidir, no puede prescindir de uno o del otro.

Cuando hablamos de datos, nos referimos a un valor “crudo” asignado a una entidad con relación a una propiedad que puede ser cuantitativa o cualitativa⁶¹. Ahora bien, cuando los datos son transformados mediante la aplicación de algún proceso de análisis o se los interpreta en un determinado contexto, abandonan la condición de “crudos” y se convierten en información⁶². En los procesos judiciales dependeremos de los hechos probados mediante la prueba lícita aportada en la causa que resulte decisiva para resolver el conflicto (arts. 382 y 391 CPCCCh)

El art. 1746 cumple la función de un algoritmo⁶³. Esto es, un conjunto de instrucciones, reglas o una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones⁶⁴. Informalmente estos pasos

⁵⁸ CSJN en Fallos: 314:729, considerando 40; 316:1949, considerando 4°; 335:2333, considerando 20, entre otros.

⁵⁹ Acciarri, Hugo, “Aplicación de fórmulas de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad según el Código Civil y Comercial” publicado en Jurisprudencia Argentina, 2016-IV, 14/12/2016, p. 10.

⁶⁰ Acciarri, Hugo, “Aplicación de fórmulas de rentas...” op. cit, p. 1.

⁶¹ Juan G. CORVALÁN (Dir.), en “Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho”, Tomo I, Ed. Thompson Reuters La Ley, 2021, p- 18.

⁶² Juan G. CORVALÁN... op. cit. p- 19.

⁶³ Uno de tantos. Una receta de cocina, el procedimiento para cambiar la rueda de un auto o los pasos que debemos cumplir para hacer un asado que satisfaga a los comensales.

⁶⁴ Juan G. CORVALÁN... op. cit. p- 21.

implican una secuencia de operaciones para tomar una entrada y convertirla en una salida.

Muchas veces, para resolver el problema que se nos plantea, esto es abarcar las variables que necesitamos para el cálculo de la indemnización por incapacidad acudimos a métodos heurísticos. Denominamos “heurísticos” a los procedimientos abreviados que nos permiten actuar rápidamente, dando respuesta a pesar de que no tengamos la información suficiente. Siendo mecanismos de inferencia, o atajos, para llegar a conclusiones, a pesar de los escasos de información, carencia de significado y limitaciones de memoria⁶⁵.

También, el vacío argumental en las sentencias favorece no solo a la heurística, sino también el aumento de posibilidades de incurrir en decisiones sesgadas, estereotipos de género (por ej. en lo que hace al ingreso de las mujeres y el monto indemnizatorio consiguiente)

No podemos omitir que muchos de los problemas epistemológicos relacionados con las decisiones judiciales tienen vinculación con la escasa información aportada por las partes (y sus letrados), modelos procesales que carecen o generan incentivos inadecuados e insuficientes, para que las partes aporten la información necesaria, además del exceso de trabajo en los tribunales por mala gestión administrativa y jurisdiccional, etc.

2.III. A) Edad del damnificado.

Aquí se debe considerar la edad del damnificado al momento de la consolidación de la incapacidad o la edad de la muerte. La edad desde el momento del hecho hasta la consolidación de la incapacidad implicará la incapacidad transitoria de la persona siniestrada.

El mayor inconveniente se plantea en lo relativo a las *edades tope* hasta las cuales se efectuará el cálculo. Al respecto contamos con distintas alternativas como la edad jubilatoria correspondiente a la actividad que desempeñaba la persona⁶⁶; la edad “útil” que variará dependiendo las jurisdicciones⁶⁷; y otros la edad promedio de vida conforme el sexo y la zona geográfica que habite el accionante o la víctima fatal del suceso dañoso. Este criterio, por ejemplo, es el adoptado por la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, por la informada por el INDEC para la región patagónica para el período 2015-2040, para el año 2020, 75 años para los hombres y 82 las mujeres⁶⁸.

La Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn en un reciente fallo, dispuso que correspondía revocar la edad de 80 años (víctima mujer) utilizados por el tribunal inferior a los efectos del cómputo, por no haberse fundamentado debidamente. En su lugar dispuso, correspondía aplicar la edad máxima de 75 años⁶⁹.

Como dijimos anteriormente, la CSJN ha dicho que no se debe considerar solamente la etapa laboral del daño, concluyendo la edad para la estimación al momento del retiro o beneficio jubilatorio. Surge esto al analizar el art. 1746, que habla de *actividades productivas* -o económicamente valorables- de modo genérico y no exclusivamente laborales, inclusive debiendo ser indemnizado el damnificado aunque continúe realizando una tarea remunerada luego del suceso dañoso; porque ambas forman parte de la integridad funcional de la persona⁷⁰.

⁶⁵ Pamela TOLOSA, capítulo titulado “Algoritmos, Estereotipos de Género y Sesgos. ¿Puede hacer algo el Derecho?”, en “Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho”, Tomo I, op. cit, p- 331 y 2.

⁶⁶ Por ej. la edad de 65 años según la CCom. 1° Nominación de Córdoba, 22-9-2015, “Raineri, G. E c/ Ceballos, C. G”, www.jurisprudenciaca.justiciacodoba.gob.ar/cordoba.php.

⁶⁷ A los 68 años, caso C3°CCom. De Santa Fe, 3-6-2019, “L.,J.E c/ Oviedo, Daniel Oscar y otros s/ Daños y perjuicios”, Rubinzal Online, 21-12090782-1, RC J 5350/19; a los 72 en C1°CCom. De Córdoba, 3-9-2015, “Venreyra, Silvia del Carmen c/ Vathiotis, Nicolás y otros”, www.jurisprudenciaca.justiciacodoba.gob.ar/cordoba.php; o los 75 años del conocido y mencionado fallo “Méndez” de la Sala III de la CNAT.

⁶⁸ Ver en: https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/proyecciones_prov_2010_2040.pdf, página 8.

⁶⁹ SD N° 73/2021, Expte. N° 36/2021, del 28/10/2021 y SD N° 71/2021, del 26/10/2021.

⁷⁰ Fallo GRIPPO de la CSJN, considerando 18°.

La Cámara de Apelaciones de Trelew expuso al respecto: “no corresponde acoger el planteo de la accionada en cuanto pretende que la variable que denomina vida útil se compute hasta los 58 años de edad de la actora, por obtener a esa edad, según sostiene, el beneficio jubilatorio. Al respecto, es oportuno reiterar que el art. 1746 del Cód. Civil y Comercial literalmente establece que en el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, lo que, como indiqué en párrafo precedente, es aplicable al trabajador jubilado. Ello es así, dado que la pérdida de capacidad laborativa que se indemniza bajo la denominación incapacidad sobreviviente no se recupera ni extingue con la jubilación de la víctima.” (SIC). Agregó el colegiado: “Al respecto, además considero importante destacar que después de la doctrina de la Corte expuesta en el caso "Arostegui", la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos: "Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba SA y Otro s/ Accidente - Acción Civil", modificó la denominada fórmula Vuoto y al elaborar dicha modificación, en lo que se refiere a la vida útil computable se indicó que la presunta merma de salario que el trabajador puede sufrir como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional y por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte, se consideró adecuado elevar la edad tope a computar a 75 años.”.⁷¹

Algunos hitos, sencillamente predecibles en términos generales, **como la jubilación o el ingreso al mercado de trabajo** para quienes aún no lo hubieran hecho, jalonan puntos críticos. Así, para quien obtenga ingresos profesionales importantes durante su período más productivo, podría pensarse que su jubilación -de ser obligatoria- implicará una reducción en el valor de su capacidad, en cuanto las tareas que pueda seguir realizando tendrán una correlación patrimonial menor. A la inversa, las indemnizaciones a personas de edad inferior a la admisible para ingresar mercado de trabajo plantean un caso inverso e interesante. Podría pensarse, por ejemplo, que los valores que reflejen la capacidad (nuevamente: para los conceptos patrimoniales previstos por el artículo 1746 CCyC) serían nulos hasta alguna edad umbral, como los 14 o los 18 años. Para calcular, en consecuencia, bastará prever para el periodo que vaya desde el inicio del cómputo hasta ese umbral, un valor cero para el concepto “A”, y de ahí en adelante el que pueda razonablemente preverse (desde un Salario Mínimo Vital y Móvil, a valores superiores, parecería lo adecuado)⁷².

2.III. B) Tasa de descuento.

El sentido común y la lógica imponen la distinción, no siempre considerada por la práctica jurídica: una cosa es calcular la frustración de *ingresos futuros* derivados de la incapacidad (posteriores al dictado de la sentencia) y otra muy distinta la de hacer lo propio con la frustración de ingresos *ya producida o ingresos pasados perdidos* (las pérdidas experimentadas desde el hecho dañoso hasta el momento de la sentencia)⁷³.

Es que mientras para el lucro cesante futuro o la indemnización por incapacidad sobreviniente debe usarse una tasa de descuento que compense el *cobro anticipado de ingresos futuros* (es decir, de una tasa de interés que en vez de incrementar el quantum lo reducirá), para el lucro cesante actual (o pasado) no solo sería inapropiado aplicar ese descuento pues **no habría pago anticipado que compensar**, sino que es menester adicionar un interés que, cuanto menos, compense la indisponibilidad del capital que debió percibirse en el pasado por la víctima (es decir, aplicar una tasa de interés que sume, no que reste)⁷⁴.

⁷¹ Voto del Dr. Peral, en la Sentencia N° 12 /2021 del 16/04/2021.

⁷² Acciarri, Hugo, “Aplicación de fórmulas de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad según el Código Civil y Comercial”, Publicado en Jurisprudencia Argentina, 2016-IV, 14/12/2016, p. 17.

⁷³ Distinción tratada por el STJ de la Provincia del Chubut, en la Sentencia N° 9/2020, autos: “F P, M L C/ V, M O Y OTRA S/ SUMARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS) (Expte 301/2018), del 10/03/2020. Expediente: 25094/2019 Fecha de firma: 10/03/2020

⁷⁴ Pita, Enrique Máximo y Depetris, Carlos E., “La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)”, La Ley online, 15/02/2021, Cita Online: AR/DOC/4058/2020.

En este sentido ha dicho el STJ provincial: "...no puede ni debe confundirse a este interés de la fórmula "Vuoto" (art. 1746, CCyC) con el interés moratorio que también prevé la sentencia (art. 768, CCyC), pues tienen funciones diferentes. El primero apunta -en síntesis de lo anterior- a calcular (como tasa de descuento) el monto que debe fijarse para reparar un perjuicio; mientras que el segundo apunta a inhibir (como tasa de incremento) los efectos de la tardanza en hacer efectiva esa reparación, cuyo débito nace ex re con la producción del daño (arts. 233, 772 y 1748, CCyC)⁷⁵".

En síntesis: El interés en las fórmulas que analizaremos tiene un doble rol: **a)** Por un lado la tasa representa una estimación de las rentas que producirá el capital mandado a pagar en relación a los daños no producidos aún (futuros) a favor de quién recibe ese capital y; **b)** Por el otro, el interés tiene la función de ir de a poco extinguiendo el capital que recibe el damnificado, de modo tal que sirva solo para producir una compensación por daños futuros.

Esta segunda función intenta que, teniendo en cuenta la producción de rentas esperadas para el damnificado, al finalizar el plazo durante el cual los daños futuros se estimaban producibles el capital se extinga. Si el capital permitiera producir las rentas esperadas y se mantuviera incólume el damnificado tendría así un capital adicional que representaría un enriquecimiento sin causa⁷⁶.

Entonces, reiteramos, no debe confundirse la tasa de interés moratorio —que podrá ser *activa* o *pura* según el caso— con la llamada "tasa de descuento" que se aplica en el cálculo de los ingresos futuros frustrados, según las diversas alternativas propuestas.

Esta tasa —que suele variar entre el 4% y el 8%— cumple un rol distinto y, a diferencia del interés moratorio, cuando más alta es la tasa, menor es el resultado final obtenido.⁷⁷ A mayor tasa de interés habrá menor indemnización.

2. III. C) El ingreso de la víctima.

1) Se deberán tener en cuenta los ingresos de la víctima, acreditados o previsibles. Por ejemplo, si trabajaba al momento del daño, deberían computarse sus ingresos anuales, actualizados al momento de la sentencia, ya que, se trata de una obligación de valor que se transforma recién, entonces, a obligación dineraria (art. 772, Cód. Civ. y Com.).

Ante la ausencia de un ingreso acreditado, autores relevantes en la materia, como Pizarro y Vallespinos⁷⁸, y Acciarri⁷⁹, admiten la posibilidad de tomar como base al promedio resultante de las convenciones colectivas de trabajo más representativas.

El carácter actual o cercano del ingreso a contemplar al momento de la sentencia presenta inconvenientes probatorios, porque no se suele disponer de un ingreso actualizado, máxime considerando los procesos de acelerada inflación que padecemos. Un criterio meramente nominalista, delegará demasiado en la utilización de tasas bancarias de interés para que corrijan los efectos indeseados de la inflación y contemplen el daño moratorio subyacente.

Como alternativas se dispone de la posibilidad de recurrir al dictado de una medida para mejor proveer que tienda a esclarecer este aspecto, puede el juez o jueza acceder a información que le sea útil consultando las escalas salariales que se publican en internet por los gremios respectivos, asimismo la posibilidad de diferir la determinación del monto para la etapa de ejecución de la sentencia.

⁷⁵ STJ de Chubut, Sentencia 9/2020, con cita de: Pita, "Cómputo de los intereses en la responsabilidad extracontractual", RDD 2013-3, ed. Rubinzal Culzoni, pp. 263-26".

⁷⁶ JUÁREZ FERRER, Martín, "El interés en las fórmulas de cuantificación del lucro cesante", en "Cuantificación del daño-Región Córdoba" (Dirección. Martín Juárez Ferrer), La Ley, 2017, p. 207.

⁷⁷ JUÁREZ FERRER, Martín, "El interés en ... op cit. La Ley, 2017, p. 177.

⁷⁸ Tratado...ob.cit.t.I p.775

⁷⁹ Acciarri, Hugo A. Elementos de análisis económico del derecho de daños, Buenos Aires: La Ley, 2015, pág. 250.

En supuestos de **cuentapropistas y profesionales independientes**, podría tenerse como base su situación fiscal (categoría de monotributista, condición frente al IVA, etc.) para determinar esta variable. Si no hay acreditación de ingresos al momento del hecho, se juzga razonable acudir al salario mínimo vital y móvil como pauta indicativa para el cálculo⁸⁰ o algunos autores recomiendan acudir a las categorías inferiores de escalas salariales correspondientes a convenios colectivos dentro de los que se encuentran muchos trabajadores formales (por ej. comercio).

En idéntico sentido, se ha sostenido que cuando realiza la víctima actividades informales: "...(filetero), contexto en el cual —en ausencia de evidencia fehaciente sobre sus ingresos efectivos— corresponde estimar una retribución actual tomando como pauta el Salario Mínimo Vital y Móvil determinado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Acción Social de la Presidencia de la Nación"⁸¹. (SIC).

Este último camino ha trazado la Sala A, de la Cámara de Trelew en un reciente fallo ha sostenido ante la **ausencia de ingresos acreditados**: "...para efectuar un cálculo acorde a dicha fórmula [Moore Bernasconi], computaré el salario mínimo vital y móvil vigente al momento del accidente toda vez que —como se señaló— no se encuentran determinados los ingresos de la actora en su actividad como gestora ni ninguna otra. Partiendo de ello, debe traducirse en dinero la disminución de la capacidad aplicándose el porcentaje de ella a los hipotéticos ingresos mensuales de la víctima, para luego obtener la reducción salarial anual presunta y sobre dicha base, computando el promedio de vida general, la edad de la actora y un interés anual puro, finalmente se obtiene el monto indemnizatorio."⁸².

En lo que hace a lesiones indemnizables de **menores de edad al momento del hecho** y la proyección a futuro de la indemnización del art. 1746, la Sala "B" del mencionado Tribunal, en un interesante fallo sostuvo que: "...tratándose el damnificado directo de un menor de edad que no desempeña actividad lucrativa no se configuraría un perjuicio económico actual. No soslayo en tal dirección que el porcentual de incapacidad sobreviniente permanente que fue determinado (8%) (...) aunque no ocasione un inmediato daño igualmente es indemnizable como valor del que la víctima se ve privado. Ello justifica, (...) tomar como edad computable **para iniciar la evaluación del perjuicio económico futuro la edad de 18 años**. Esto último que se expone, si se entiende que el objeto a indemnizar no reside propiamente en la disminución de aptitudes de la víctima sino **en lo que ellas significan mediata e instrumentalmente para el despliegue de actividades productivas**"⁸³ (SIC, el resaltado me pertenece).

Respecto a los damnificados que continúen percibiendo sus ingresos aún encontrándose afectada su integridad psicofísica ha dicho el Dr. Lorenzetti en el citado fallo "Grippe", que: "El fallo deja en claro con cita de reiterados antecedentes que "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (...)".

2) Nos hemos referido a una de las novedades que ha incorporado el nuevo texto legal, respecto a aquellas consecuencias resarcibles separables de la merma en los ingresos generados en términos laborales o productivos, en sentido estricto. Al respecto decía el maestro Mosset Iturraspe, hace ya 40 años: "...la incapacidad física muestra dos rostros: uno, que se traduce en la minoración de las posibilidades de ganancias 'connatural con el ser humano en el empleo de sus energías'; y otro, relacionado con las restantes actividades de la persona, disminuida por una

⁸⁰ Pita, Enrique Máximo y Depetris, Carlos E., "La cuantificación ..."

⁸¹ Mar del Plata, Sala Segunda, Fallo "Ruiz Díaz", 18/8/16, MJJ100598, con cita también a otro pronunciamiento del mismo Tribunal en: "Lattanzi, Vicente c/ Henrik, Daniel y Otros s/ Daños Y Perjuicios", Causa 136.476, sentencia del 13/11/2008.

⁸² Sentencia Definitiva 20 /2021, del 25/08/2021.

⁸³ Sentencia Definitiva 16/2021, del 15/09/2021.

incapacidad” añadiendo más adelante que el daño y su resarcibilidad “...son independientes de la existencia de una incapacidad laboral o de cualquier tipo que, en consecuencia, puede o no concurrir con el menoscabo de algún aspecto de la personalidad integral”⁸⁴.

La incapacidad física o lesión a la integridad psicofísica de la víctima, sin dudas provoca una clara “insuficiencia material” para desenvolverse por sí y realizar actividades “útiles”, lo que tiene una indudable proyección económica que merece ser reparada; y ello así más allá de la repercusión espiritual (daño moral) que pueda aparejar el menoscabo a la integridad psicofísica de la persona⁸⁵. 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, etc., y los deterioros o menoscabos a tales que haceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial. Este aspecto es denominado como **incapacidad vital o afectación a la aptitud y potencialidad genérica**, para realizar actividades que, si bien no remuneradas y no productoras de ganancias, si reportan utilidades (para quién las despliega y para su grupo familiar)⁸⁶.

Fácilmente podrá advertir el lector que no solamente resarcir estas consecuencias implicará posiblemente aumentar en determinados casos las indemnizaciones, sino también, reconocer tareas que se desarrollan comúnmente y que representan una suerte de precio sombra, por lo que su valor no es fácilmente determinable e individualizable en el mercado.

Al respecto, el Trabajo Doméstico y de Cuidados No Remunerado (TDCNR) es el trabajo que permite que las personas se alimenten, vean sus necesidades de cuidados satisfechas, cuenten con un espacio en condiciones de habitabilidad, reproduzcan en general sus actividades cotidianas y puedan participar en el mercado laboral, estudiar o disfrutar del ocio, entre otras. La distribución del TDCNR es estructuralmente desigual: 9 de cada 10 mujeres realizan estas tareas, que significan en promedio 6,4 horas diarias. **Ellas dedican tres veces más tiempo que los varones**. Esta distribución asimétrica contribuye a explicar que su participación en el mercado laboral sea más baja que la de los varones. También incide en que tengan trabajos más precarios, que implican a su vez una mayor desprotección social; por ejemplo no tener acceso a una obra social y, en un futuro, tener una mayor dificultad para acceder a una jubilación por no tener aportes. Las mujeres presentan mayores niveles de desocupación, ganan menos y, por consiguiente, son más pobres. En este sentido, es imprescindible entender que las condiciones del trabajo remunerado están estrechamente ligadas a cómo se resuelven las tareas no remuneradas⁸⁷.

Como dijimos anteriormente, las fórmulas no son malas ni buenas, tampoco los algoritmos de los que se vale la Inteligencia Artificial y cualquier sistema de decisiones automatizado. Lo relevante es el uso que les damos, los datos utilizamos, lo sesgados e incompletos que suelen ser los mismos. Es decir, la información que ponemos en una fórmula para -en casos como estos- cuantificar daños o representar la afectación patrimonial de las lesiones padecidas. Es sumamente relevante que quienes decidan contemplen estas circunstancias, pero también que quienes litigan aporten elementos de prueba tendientes a acreditar la merma económica de este tipo de consecuencias.

Resulta un dato de la realidad que las indemnizaciones por daños a **mujeres**, son menores respecto de los hombres, por no reconocer la entidad que tienen en muchas situaciones las tareas domésticas y de cuidado, por ejemplo. Esto responde

⁸⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, El valor de la vida humana, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1983, ps. 63 y 64

⁸⁵ Esta concepción del daño plasmada en el CyCC, ya desde hace más de una década fue acuñada por el STJ cordobés. Al respecto recomiendo la lectura del fallo dictado por dicho Organismo el día 25/06/2008, en autos: “DUTTO ALDO SECUNDINO C/ AMERICA YOLANDA CARRANZA Y OTRO - ORDINARIO - RECURSO DE CASACIÓN (Expte. D-02-07)”.

⁸⁶ En caso de gran incapacidad o muerte de un familiar, determinadas personas pueden resultar damnificadas indirectas como consecuencias del hecho ilícito conforme lo establece el art. 1745 del CCyC.

⁸⁷ Ver en “Los cuidados, un sector económico estratégico. Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados”

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf

no Remunerado al Producto Interno Bruto

a cuestiones vinculadas a sesgos de los juzgadores, pero también a situaciones de desigualdad⁸⁸, roles y estereotipos de género que no son advertidos. Al respecto recomiendo seguir el trabajo de los Dres. Acciarri y Tolosa⁸⁹, donde los distinguidos colegas ponen énfasis en evitar discriminar en materia de cuantificación de daños - entre otros relevantes y variados asuntos-.

En la práctica, se verifica que en caso de calcular los ingresos de la víctima que no desarrolla actividades remuneradas, se toma el SMVM u otro ingreso como parámetro y se adiciona un porcentaje a los efectos de representar la repercusión de la incapacidad en el patrimonio de aquél damnificado que debe acudir a terceros para realizar las actividades de la vida diaria que se encuentran a su cargo. También se puede acudir a valores concretos y no ya a una porción de por sí baja (como el SMVM). En este sentido, recomendamos como herramienta orientadora la “Calculadora del Cuidado”⁹⁰, una plataforma creada para medir el tiempo y el aporte económico de las tareas domésticas y de cuidado, puesta a disposición por el Ministerio de Economía de la Nación (Secretaría de Política Económica, Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género).

2.III. D) El porcentaje de incapacidad.

Como bien se advierte desde la doctrina y los reiterados fallos, nada obliga al juzgador a atarse a los porcentuales de incapacidad laboral fijados por el perito y cuantificar linealmente -y en esa misma proporción- la repercusión negativa que tales lesiones tienen en la aptitud de la víctima para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

Para cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente deben analizarse las características particulares del caso y las condiciones personales de la víctima en orden a definir con cierto grado de proximidad en qué medida la incapacidad puede gravitar en sus actividades habituales, para luego fijar el monto⁹¹.

En definitiva y como bien explica Iribarne⁹² se trata de que el Juez comprenda que es lo que puede hacer el lesionado con su capacidad residual, que posibilidades le restan y cuales disposiciones ha perdido.

2. IV) Fórmulas matemáticas. Enumeración, análisis, diferencias, aplicación y jurisprudencia.

En un recomendable artículo⁹³, el maestro Guibourg nos dice: “Las insistentes preguntas que anteceden pretenden poner de resalto cierta insuficiencia de nuestro razonamiento jurídico. Hay temas que sabemos resolver, ya que lo hacemos cotidianamente; pero que no sabemos cómo se resuelven. En otras palabras, ignoramos — y, lo que es peor, nos conformamos con ignorar — los procedimientos que nos conducen a conclusiones que, a su vez, pueden incidir gravemente sobre la vida de las personas.” Y agrega: “De esta manera, gran parte del derecho que vivimos, hacemos e invocamos está presidida por el “ojo de buen cubero”. Pero ¿quién es un buen cubero, y por qué? En el fondo de la etimología, la respuesta es fácil: es un fabricante de cubas que, a fuerza de experiencia, sabe cómo evitar que su producto tenga pérdidas y, por cierto, sabe además, con sólo mirar el recipiente, cuánto líquido cabe en él y cuánto le falta para llenarse. Sus estimaciones pueden confrontarse con la realidad: si su parecer difiere apreciablemente de la medición operada con instrumentos confiables, el individuo es un mal cubero.”

⁸⁸ Puedo mencionar el denominado “income gap” referido a la brecha de ingresos, muchas veces fundada en lisa y llanamente discriminaciones contra las mujeres.

⁸⁹ Entre otras conferencias, por ej: <https://www.youtube.com/watch?v=A4rWpNm-ogk> . y <https://www.youtube.com/watch?v=F2PyS3QPH7I> .

⁹⁰ Link de acceso a la calculadora: <https://www.argentina.gob.ar/economia/igualdadygenero/calculadora-del-cuidado>

⁹¹ Pizarro - Vallespinos en “Tratado de responsabilidad civil” Rubinzal-Culzoni tomo I p.749, Santa Fe, ctubre de 2017.

⁹² Iribarne, Héctor “De los daños a la persona” Ediar, Bs.As.1995 p.517.

⁹³ Guibourg, Ricardo A., “Los misterios del buen cubero”, Publicado en: LA LEY 31/05/2016, 31/05/2016, 1 - LA LEY2016-C, 1281.

Al respecto, y en lo que hace a las sentencias judiciales, dice Hugo Acciarri que: "... **La ciencia moderna y la forma republicana de gobierno comparten un rasgo valioso en lo que hace a la justificación de las decisiones públicas: el modo democrático de controlar y controvertir las afirmaciones de sus respectivos campos.** A diferencia de otras manifestaciones culturales, como el arte o la religión, no parecen admisibles -ni en la ciencia moderna, ni en las acciones públicas- justificaciones personalísimas. **Nada es científica ni jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quién lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es cuando resiste un proceso argumentativo abierto.** El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión, científica o jurídica, parece más bien una actitud oscurantista, que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza."⁹⁴ (El resaltado me pertenece).

La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo⁹⁵.

Al respecto, en un reciente fallo ha dicho la Cámara de Apelaciones de Trelew sala "B", con voto del Dr. Lucero: "...el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial sino, más bien, a la arbitrariedad. Ello por cuanto una fórmula no encorseta el razonamiento sino que simplemente lo expresa, aunque con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión."⁹⁶.

El uso adecuado de las fórmulas matemáticas en las decisiones judiciales no representa su protagonismo de forma irrazonable y automática, reemplazando el razonamiento explícito y necesario de quién decide (art. 3 del CCC), sino, simplemente una contribución a los efectos de facilitar la comprensión y refutación de las conclusiones a las que se arriben.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya en el año 2001 recurrió a esta modalidad en el precedente "Niños de la calle (Villagrán Morales) c. Guatemala", y expuso: "... Esta Corte considera que...debe tomar como base el salario mínimo para actividades no agrícolas en Guatemala...(que)...equivale, al tipo de cambio de junio de 1990, a US\$ 80.93...Así se obtendrán los ingresos de los que la víctima pudo haber disfrutado presumiblemente durante su vida probable, período que media entre la edad que tenía al momento de los hechos y el término de su expectativa de vida en 1990, año de los hechos ... A esta cantidad deberá restarse el 25% por concepto de gastos personales. El monto así resultante debe traerse a valor presente a la fecha de la sentencia..."

Ya hemos mencionado las dificultades que arrojaba la falta del uso de fórmulas matemáticas para cuantificar daños personales y sus consecuencias⁹⁷.

De manera tal que como punto de partida, la indemnización por beneficios materiales que previsiblemente se malograrán o por la oportunidad obstada para lograrlos -lucros cesantes futuros en sentido amplio o bien frustración aún no verificada de chances económicas- deriva de averiguar **cuál será la pérdida patrimonial periódica y durante cuánto tiempo.**

Se agrega al respecto que tal indagación no refleja disparidad alguna con el cese de lucros o de chances verificado en el pasado. Sin embargo, se explica que cuando se cubre nocividad futura se impone un distinto procedimiento de

⁹⁴ Hugo Acciarri, "Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños", Ed. La ley, 2015. P-227/8.

⁹⁵ Ver fallo de la Cámara CC de Mar del Plata, Sala Primera, en autos: "Paco Beltrán, Rodolfo...", c. 164033, del 21/08/2018.

⁹⁶ S.D N° 16/2021, del 15/09/2021.

⁹⁷ Opacidad y correlativa dificultad de control del razonamiento; ausencia de justificación aceptable y vicio constitucional derivado; desigualdad de los montos asignados en diferentes jurisdicciones o tribunales que sentenciaban sobre bases análogas, entre otras preocupantes situaciones observadas a lo largo de los años.

liquidación, pues mientras aquellas pérdidas ya ocurridas simplemente se suman, en las todavía no sucedidas debe evitarse la obtención por la víctima de una renta perpetua que, adicionada al capital entregado por adelantado, superaría el daño que se procura resarcir.

Se trata definitiva, de evaluar las posibilidades de inversión de dicho capital, y que se agote al completarse el lapso resarcitorio, junto con sus potenciales rentas a partir de un destino provechoso. Por hipótesis, éstas son alcanzables, atendiendo a que ingresa en el patrimonio de la víctima una suma tendiente a subsanar perjuicios aún no verificados y que, por eso, no tiene como destino su reparación "actual" sino "anticipada". Expresado de otra manera: en desmedros pasados, el monto total que se abone procura compensarlos de una sola vez; mientras que en los futuros, esa finalidad se logra progresivamente a medida que se verifique cada pérdida, pero entre tanto la víctima dispone de un capital y puede lograr réditos adicionales "antes" de que sobrevengan los detrimentos. Es decir, en pocas palabras, dicha técnica de renta capitalizada evalúa el capital y su productividad; además, conduce a que el capital junto con sus intereses, se extingan al finalizar el lapso a reparar.⁹⁸

Por otro lado, coincidiendo con el prestigioso profesor bahiense ya citado observamos problemas exógenos, los que no derivan de cada fórmula *per se* sino del uso inadecuado que se les pretende dar en determinados casos (esto se verá al analizar las fórmulas en concreto). Por ejemplo, la utilización de fórmulas de valor presente de una renta constante no perpetua ("Vuoto"⁹⁹, "Marshall"¹⁰⁰, "Las Heras-Requena", Moore-Bernasconi", etc.), en lo que hace a asumir que el ingreso al momento del hecho es el que se debe utilizar como variable, o que la tasa de descuento debe ser del 6% en todos los casos.

Entre los problemas endógenos, observamos la constante práctica de no incorporar al cálculo de la indemnización variaciones en los ingresos, **calculan un valor presente de renta constante**. Esta circunstancia se torna evidente en el caso de cálculos de indemnizaciones de víctimas que rondan los 20 años, ya que es lo usual -hecho notorio- que en su edad madura los seres humanos suelen incrementar sus ingresos en comparación al comienzo de su etapa inicial productiva. Este inconveniente parece pasar inadvertido al aplicar la conocida fórmula "Méndez"¹⁰¹, quizás por entender que la aplicación de la *sub-fórmula* que contiene e incrementa la variable "ingreso" por dar más, presumiblemente "da mejor".

2. IV. A) Fórmula "Vuoto"¹⁰²

1.) El caso.

Como dijimos anteriormente la aplicación de esta fórmula arroja como resultado la determinación del **valor presente de una renta constante no perpetua**, proporcionando el mismo resultado que otras conocidas fórmulas ya mencionadas, entre ellas: "Moore Bernasconi" $C = a * \left[1 - \frac{1}{(1+i)^n} \right] * \frac{1}{i}$; "Marshall" $C = A * (1 - V^n) * d$, "Las Heras-Requena" $C = A * b$; entre otras.

Su explicitación abreviada es la siguiente:

$$C = a \times b$$

Entonces:

a) "C" representa el monto indemnizatorio que debemos averiguar, obtenido multiplicando a x b;

⁹⁸ Ver: Zavala de González, Matilde, en "Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas", Ed. Astrea, 1ª reimpresión, año 2011, T. 2, pág. 230, & 214).

⁹⁹ "Vuoto, D. S. y otro c. AEG Telefunken Argentina S.A.I.C", C. Nac. Trab., sala 3ª, 16/6/1978, TySS de octubre de 1978. ED, t. 81, p. 312.

¹⁰⁰ "Marshall, D. A. s/Homicidio Culposo - Daños y Perjuicios", Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal,(22/03/1984) JA, 1985 I 214.

¹⁰¹ "Méndez, Alejandro c/Mylba S.A. y ot s/Accidente - Acción Civil", CNT, Sala III, 28 de abril de 2008.

¹⁰² "VUOTO DALMERO SANTIAGO Y OTRO C/ A.E.G. TELEFUNKEN ARGENTINA SOC. ANÓN. INDUSTRIAL Y COMERCIAL S/ ART.1113 COD. CIVIL" - CNTRAB - SALA III - (16/06/1978)

b) “a” representa la disminución patrimonial periódica sufrida por el damnificado, más un interés; y

c) “b” equivale a la totalidad de períodos a resarcir.

Adentrándonos en los hechos que motivaron el conocido fallo del que nació la fórmula, la cuestión versó sobre el monto de la indemnización debida con motivo del fallecimiento del hijo de 28 años de edad de los actores por un accidente de trabajo. El Juez de primera instancia fijó la indemnización en la suma de \$1.200.000.

Observarán que el fallo utiliza la fórmula a los efectos de determinar la pérdida de chance de ayuda futura que su hijo hubiera proporcionado a sus padres, ahora en el art. 1745, inc. c) del CCyC; antes en el Código de Vélez Sarsfield en los arts. 1084 y 1085.

La forma de cuantificar el daño remite al famoso precedente, con voto del Dr. Vázquez Vialard, que reza lo siguiente: «La reparación por daño material causado - en el caso de autos, fallecimiento-, debe estar dado, por un capital que puesto a **interés del 6%** se 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.”; y “...donde a = retiro por período, n = número de períodos, i = tasa de interés coeficiente) en el período» (SIC, el resaltado me pertenece).

$$C = a * (1 - Vn) * 1/i ;$$

donde $Vn = 1/(1 + i)^n$.

a = salario mensual x 13 x porcentaje de incapacidad

n = 65 - edad del accidentado

i = 6% = 0,06

La misma consiste en una fórmula financiera que posibilita determinar un **capital (C)**, que colocado a una **tasa de interés compuesto (i)**, le permita al damnificado retirar mensualmente un importe equivalente al desgaste del sueldo que verosímilmente puede ocasionarle el porcentaje de incapacidad que detenta durante el tiempo de vida que le resta hasta el momento de lograr el derecho a la jubilación (n), momento en el cual el referido capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados hasta ese momento.

Aquí, el **capital (C)** es la incógnita que es necesario determinar, puesto que es la base de la indemnización por daño material que le será reconocida al infortunado. Precisamente, los datos que permiten despejarla serán **la remuneración anual (A)**, **la cantidad de años que le faltan a la víctima para cumplir 65 años (n)**, **la tasa de interés compuesto anual del 6% (i)** y el **porcentaje de incapacidad laboral**.

Dicho de otra manera, esta fórmula, permite estipular una suma que, con los intereses que vaya devengando y con una paulatina disminución de su capital (por los retiros periódicos), alcance como aporte a la subsistencia durante el tiempo probable de vida útil que hubiera tenido la víctima de no haber sufrido el daño.

Expuso la Sala III de la CNAT: “... de acuerdo a la expectativa de edad que corresponde a hombres y mujeres en el país, considero razonable fijar en tal concepto el plazo de 20 años. En lo que se refiere al ingreso mensual que los mismos se han visto privados de percibir con motivo del deceso de su hijo (soltero 28 años) , estimo prudente fijarlo en el 20% de los ingresos que este tenía, dado que si bien con ese estado civil podía ser uno mayor, con la perspectiva de casarse es factible que el mismo disminuyera).-Al efecto, corresponde tomar como base el promedio de lo percibido durante los últimos tres meses íntegros trabajados por la víctima, lo que da un total de \$2.646 (ver pericia de fs. 146, punto c de fs. 146vta/147), por lo que los actores habrían dejado de percibir la suma de \$540 por mes (con base a julio de 1972) que actualizada a la fecha de esta sentencia de acuerdo con los índices que establece el art. 276 L.C.T. (t. Ordenado) da un total de \$46.735,52.-“

Luego sentenció: “De acuerdo con esos elementos de juicio, el capital que corresponde fijar en concepto de indemnización del daño material es de \$1.400.000

actualizado a la fecha de la sentencia.”; y cuantificó el daño moral en \$280.000, arribando la indemnización total para ambos actores en \$1.680.000.

Solamente con fines ilustrativos menciono que al momento de la sentencia (junio de 1978) un dólar estadounidense equivalía a 783,50 Pesos Ley (moneda de curso legal vigente en nuestro país hasta mayo/1983), por lo que aproximadamente la indemnización representaba observando dicha relación a la suma de U\$S 2.144,2. Atendiendo la inflación de la divisa a lo largo de las décadas en Estados Unidos, estimativamente 1 dólar en 1978, equivaldría en 2021 a 4,19¹⁰³.

2) Breves apreciaciones sobre el uso de la fórmula.

Podemos decir -en principio- que esta fórmula -aplicada hace más de 40 años- es compatible con los requisitos exigidos en la redacción del nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1746. Luego analizaremos los cambios introducidos con posterioridad al dictado del famoso fallo “Arostegui”, en relación a la modificación de la fórmula polinómica de “Vuoto”, que da nacimiento a la posterior “Méndez” o “Vuoto II”.

Sin perjuicio de ello, advertimos posibles inconvenientes sobre la **aplicación uniforme del ingreso** monetario de la víctima desde el momento del hecho, o respecto de la **tasa de descuento del 6% anual**. Si bien es cierto que esta fórmula favorece el dictado de sentencias “razonablemente fundadas” en comparación con la aplicación de la conocida fórmula “Méndez”, ya que esta última explícitamente **crea** en forma uniforme un **ingreso no acreditado** para todo el período de vida productiva de la persona -o al menos hasta los 75 años-. No obstante, el razonamiento de la fórmula es correcto, más allá que se modifiquen algunos valores que nos permitan determinar el capital (“C”).

Esto no nos impide advertir dos cuestiones: 1) que la aplicación automática de “Vuoto” y sin analizar las constancias de cada caso, podría generar soluciones injustas innecesariamente -en relación esto último a continuación mencionaremos lo sucedido en el fallo “Arostegui”-; y 2) que esta fórmula como el resto de las fórmulas de valor presente y renta constante, pueden y deben también permitirse según el caso, no entendiendo las mismas pétreas en cuanto a sus variables (por ej. escoger una u otra edad, tasa de descuento, etc.).

B) Surge “Arostegui” y -en consecuencia- “Méndez”.

B.1) El caso “Arostegui” de la CSJN.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda promovida por un trabajador contra su empleadora y la aseguradora de riesgos del trabajo (ART), en la que el primero reclamó con base en el Código Civil una indemnización por los daños derivados de un accidente laboral.

Para resolver el colegiado consideró que el actor (padre de tres hijos y que contaba 24 años al momento de los hechos, 25 de abril de 1997), padecía una incapacidad física del 65 % y psíquica del 10 % de la llamada total obrera, a consecuencia del infortunio sufrido cuando un compañero de tareas puso en movimiento la guillotina del balancín en el que aquél estaba trabajando, produciéndosele la amputación parcial de cuatro dedos de la mano derecha y tres de la mano izquierda.

Tras señalar que el daño era resarcible en los términos del Artículo 1113 del Código Civil, juzgó que **no se presentaban** en el caso los presupuestos fácticos que habilitaran la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 39.1 de la Ley N° 24.557, de riesgos del trabajo (LRT)¹⁰⁴.

¹⁰³ <https://www.dineroeneltiempo.com/dolar/de-1978-a-valor-presente>

¹⁰⁴ El derogado art. 39.1 de la originaria ley 24.557 que motivara el conocido fallo “Aquino” (Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. -21/09/2004 - Nro. Interno: 2652XXXV) decía: “ARTICULO 39. — Responsabilidad civil. 1. Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil.” (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/norma.htm>)

Y lo importante radica en el razonamiento de la Sala III, ya que para así decidir comparó lo que le correspondía percibir a la víctima por prestaciones dinerarias según el sistema tarifado previsto en el Artículo 14.2.b de la LRT y los montos que usualmente concedía la sala para reclamos basados en el derecho común.

Tuvo en cuenta que, desde el infortunio, el actor cobraba de la ART una renta mensual que, a partir del año 2000, era de aproximadamente \$ 306, por lo que, hasta la fecha de su jubilación, percibiría a Avalores constantes" un equivalente a \$ 163.098 (\$ 306 x 13 meses x 41 años). Por otro lado, para estimar la reparación del derecho civil, aplicó el criterio de su propia jurisprudencia asentada en el caso "Vuoto".

Estimó la indemnización por incapacidad en \$57.101,78, la cual elevó a \$72.101,78 al adicionarle reparaciones por los daños psíquicos (\$ 5.000) y moral (\$ 10.000). Entendió el colegiado que las sumas que percibiría el actor en el marco de la Ley 24.557 superaban las que correspondían por el derecho común, por lo que no se justificaba el planteo de inconstitucionalidad solicitada.

La actora dedujo recurso extraordinario, que luego originó el correspondiente recurso de queja que la Corte analizó, en el que afirma la arbitrariedad de aquélla con sustento en que hizo un deficiente análisis de los hechos probados, tanto en relación a la gravedad del daño, como al importe y composición de la renta que percibe y a la reparación que le correspondería por aplicación del derecho civil. Destacó que:

1) La renta -que afirma en \$ 225,05- era baja, ya que incluye asignaciones familiares que dejaría de percibir cuando sus hijos sean mayores de edad, y que, por su forma de pago periódica, constituye una indemnización "totalmente desmembrada", que le impide disponer de su patrimonio;

2) Señaló que la reparación reclamada según el derecho civil debe tener carácter integral, es decir, contemplar todos los ámbitos de la vida y no sólo el laboral, los cuales ningún cálculo matemático, por más brillante que sea y;

3) Vinculado con el punto anterior, cuestionó que con la decisión adoptada se haya dado validez constitucional a los Artículos 1 y 39 de la Ley 24.557.

En lo que hace a la cuestión de la renta, la Corte expuso que: "...resulta absolutamente inválido el método de sumar, como si fueran valores actuales, cantidades monetarias que el trabajador habrá de percibir en diferentes períodos de tiempo. En efecto, las cantidades de dinero sólo pueden ser objeto de adición cuando ocurren en el mismo momento, por lo cual la sala, al multiplicar los \$ 306 del modo en que lo hizo, soslayó considerar el "valor actual" de esas rentas futuras. (...) No sería ocioso recordar que la propia LRT sigue el concepto de "valor actual" del dinero en su Artículo 49, disposición final segunda, punto 3, así como en el ya citado Artículo 14.2.b, texto según Decreto N° 1.278/2000 (...) Estas objeciones al método seguido respecto de la LRT se robustecen aun más a poco que se advierta que el a quo sí las habría tenido en cuenta al calcular el otro término de la comparación, esto es, la indemnización del Código Civil de acuerdo al antes recordado criterio del caso "Vuoto".- Ello, por cierto, acredita con mayor evidencia la invalidez de haber sumado de manera directa las rentas mensuales..." (SIC). Luego se remitió a los argumentos vertidos en el fallo "Milone"¹⁰⁵, a los que en honor a la brevedad nos remitimos.

Respecto de la crítica sobre la falta de integralidad del cálculo arribado por el colegiado, la Corte criticó la aplicación automática del a quo, ya que: "... **sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral**, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada total obrera" y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. **Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste.**" (SIC, el resaltado me pertenece).

¹⁰⁵ Fallos: 327:4607.

Agregó que: "Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que "el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales", ya que no se trata "de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres" ("Aquino", votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753, 3765/ 3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y "Díaz", voto de la jueza Argibay, Fallos: 329:473, 479/480, y sus citas)" (SIC).

Agregó el Máximo Tribunal que se debe analizar en cada caso lo siguiente:

- a) La incapacidad del trabajador, suele producir un perjuicio en su vida de relación repercutiendo en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, y que, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable¹⁰⁶.
- b) En relación a lo anterior, los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos 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 afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social¹⁰⁷.
- c) En el ámbito del trabajo corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera¹⁰⁸.

En atención a las críticas mencionadas, el Supremo dispuso hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto (con costas) y ordenando se devuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que sea dictado un nuevo fallo con arreglo a las pautas transcriptas.

B. 2) Fallo y fórmula "Méndez" creada por la Sala III de la CNAT.

La Sala III de la CNAT partiendo de las premisas aportadas en "Arostegui" - dictado por la CSJN el día 8/4/2008 -, argumentó que: "[resulta]...necesario...algunas aclaraciones e introducir también algunas modificaciones en el marco del método aplicado por este Tribunal, en acatamiento a la doctrina sentada por la Corte en el citado caso "Aróstegui"...".

Como todos sabemos, la mencionada fórmula introdujo algunos cambios como la edad hasta la que se entiende que generará ingresos el damnificado (variable "n"), pasando de 65 a 75 años; y por otro lado la modificación de la tasa de descuento (variable "i"), del 6% al 4%.

En relación con esto último, se trata de la tasa anual, pura (es decir, sin incidencia de inflación) **que se va a descontar** simplemente por el adelanto de sumas futuras. Los valores usualmente empleados oscilan entre 4% y el 6%. **Es importante aclarar que a mayor tasa, más se descontará y por tanto será menor la indemnización.** Se suele interpretar esta tasa como la tasa de interés pura (sin el componente inflacionario) que se podría obtener de una inversión de largo plazo.

Sin perjuicio de lo anterior fijaremos nuestra mirada en el caso de la variable "A", o sea lo relativo a la ganancia afectada para cada período. Allí incorpora el colegiado opinante una fórmula adicional o "sub-fórmula" para calcular su valor.

En lo que aquí interesa, reza el fallo:

"...hay también una observación externa, recogida por el fallo "Aróstegui", acerca de la elección de las variables: que la fórmula congela 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

¹⁰⁶ Con cita de Fallos: 308:1109, 1115 y 1116.

¹⁰⁷ Fallos: 310:1826, 1828/1829.

¹⁰⁸ Fallos: 308:1109, 1117.

seguramente el daño habrá disminuido. (...) También es posible 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. Y no puede dejar de considerarse además que no se puede conocer a ciencia cierta 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; es posible también que en algún momento pierda su empleo y 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. Cualquier medida es puramente conjetural; pero, como es preciso escoger una, se ha entendido apropiado suponer que, habida cuenta de todas estas posibilidades aleatorias, el lucro cesante de la víctima consiste en una afectación de su ingreso en la misma proporción de su porcentaje de incapacidad laboral...".

Y finalmente agrega: "Cierto es que, cuanto menor es la edad de la víctima, son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. **Es posible estimar 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.** Estas circunstancias, en acatamiento a lo dispuesto por la Corte en "Aróstegui" y teniendo en cuenta los factores aleatorios precedentemente mencionados (perspectivas de mejora y riesgo de desempleo), pueden tomarse en cuenta mediante la siguiente fórmula, de tal modo que la disminución de la escala refleje la reducción de la probabilidad de mejoras respecto de las opuestas, hasta el punto en el que pueda estimarse probable la estabilización del ingreso. "(SIC)

Determinado su valor, se incorpora la fórmula previamente analizada en "Vuoto":

$$C = A \times (1 - V^n) \times \frac{1}{i}$$

Así surge la conocida sub-fórmula que nos permite vislumbrar la variable "A":

$$\text{Ingreso a computar (para la variable "A")} = \frac{\text{ingreso actual} \times 60}{\text{edad (tope de 60 años)}}$$

$$n = 75 - \text{edad del accidentado}$$

$$i = 4\% = 0,04$$

B.3) Algunas críticas y observaciones a la fórmula "Méndez".

Preliminarmente, los nobles motivos que dieron sustento a la fórmula "Méndez" elevando las indemnizaciones han legitimado -por razones equivocadas en muchas ocasiones- su utilización en forma uniforme y constante en algunas jurisdicciones del país¹⁰⁹.

Entendemos que su creación, motivada por lo que en el fallo "Arostegui" se apunta como una aplicación automática o "reduccionista" de las fórmulas, perdiendo de vista las distintas esferas de la persona y el daño y sus consecuencias, irónicamente **ha generado el mismo comportamiento decisorio que pretendía corregir** causado por una suerte de *sesgo de automatización* por delegación en la nueva fórmula, *ahora justa*, por el hecho de que las indemnizaciones son más altas.

En este caso bajo la apariencia de ampliar la fas productiva de las personas y en forma automatizada, hemos llegado a delegar en la fórmula uno de los datos que suelen ser irrefutables al determinar la incapacidad, esto es, **el ingreso de la víctima** (variable "A") al momento del hecho dañoso o del dictado de la sentencia, prescindiendo la prueba producida en cada expediente. Digo esto, porque

¹⁰⁹ En el fuero del trabajo tuvo su auge y se replica frecuentemente en las provincias que no adhirieron a la ley 27.348.

coincidiéremos en que el tope de edad productiva requiere que hagamos un juicio predictivo en base a inferencias tomando datos estadísticos según la zona geográfica y aspectos demográficos, y el porcentaje de incapacidad surge de una ponderación del juez tomando los datos de la causa que surjan de la prueba y del dictamen pericial.

Como apreciamos previamente, el valor que se daría a la variable “ingreso” surgiría de dividir el *ingreso presente* por la edad de la víctima y multiplicarlo por 60. En consecuencia, el valor que se tome en cuenta para determinar la indemnización de personas jóvenes resulta mucho más elevado que el ingreso que percibían al momento del hecho. Por ejemplo, si una persona de 20 años percibía \$ 1000 anuales al momento del hecho, el nuevo ingreso tomado y computado sería de \$ 3000, es decir que **triplica el ingreso desde el inicio del cálculo hasta la finalización de la edad productiva, en el caso de la fórmula que analizamos hasta los 75 años.**

Aunque utilicemos esta fórmula y repitamos que fue aceptada¹¹⁰ (como también la jurisprudencia aceptó durante años no utilizar fórmulas o cuantificar conforme la “apreciación judicial”) por tribunales de todo el país en diversas instancias, su aplicación implica tomar un ingreso acreditado en el expediente y reemplazarlo por otro “artificial” *ex post*, para ser utilizado como variable “A” (la ganancia afectada para cada período) desde el comienzo del cómputo.

Que no sea idéntico el ingreso de una persona a sus 20 años que a sus 50 años, no implica que ese aumento “escalonado” deba ser entendido como uniforme y desde el primer período computable. Esta distorsión entiendo se produce por el hecho de una cierta delegación en la fórmula del operador al efectuar la determinación de la indemnización, sumado al incremento que aporta en el resultado final, configurando un cuadro de situación que pudo ser aceptado en otros tiempos, pero que hoy en día basándonos en las pautas objetivadas del ordenamiento¹¹¹ no supera el valladar de la razonabilidad exigida (art. 3 del CCyC). Remitiéndonos a lo explicado en puntos anteriores, dicha fórmula resulta un procedimiento heurístico que no sólo no nos permite arribar a resultados óptimos, sino que también puede representar soluciones injustas y arbitrarias.

Veremos que aquello viola el derecho de defensa y el principio de congruencia, en tanto que quien resulte demandado intentará preliminarmente acreditar la eximente de su responsabilidad, pero luego subsidiariamente, se defenderá ofreciendo prueba a los fines de demostrar que el ingreso del damnificado resulta menor de lo que pretenda probar el accionante. Ahora bien, será difícil probar un hecho no acreditado pero presumido por el decisor al momento de decidir, como lo es el aumento del ingreso que a su vez es considerado a valores constantes hasta la edad tope productiva.

La matemática se apoya en un lenguaje simbólico formal, los símbolos representan un concepto, una relación, una operación, o una fórmula matemática según ciertas reglas. Si incorporo una operación matemática en una sentencia para decidir que multiplica un ingreso acreditado por más que no lo exprese el Juez mediante palabras, lo está diciendo. Por lo tanto deberá fundar dicha decisión en base al material probatorio disponible.

Son sentencias arbitrarias aquellas que no importan una derivación razonada del derecho vigente, se delimita las hipótesis de sentencia arbitraria en dos grandes categorías: la *arbitrariedad fáctica*¹¹² y la *arbitrariedad normativa*. En lo que aquí interesa, la sentencia resulta arbitraria por arbitrariedad fáctica cuando hay defectos

¹¹⁰ Una suerte de sesgo de “Status quo” típico en nuestra disciplina, creyendo que utilizar una fórmula u otra validada en la comunidad jurídica convalida a replicarla en cualquier caso, otorgándole carácter vinculante. O asumiendo una suerte de sistema de decisiones basados en precedentes de carácter federal atribuido al uso de una fórmula matemática.

¹¹¹ Sumado a muchos otros elementos de los que dispone el juzgador, como estadísticas públicas sobre variaciones de ingresos geográficamente determinados y el abordaje interdisciplinario creciente en nuestra disciplina.

¹¹² Las hipótesis de arbitrariedad normativa se refieren a casos de sentencias infundadas o insuficientemente infundadas, contrarias a la ley aplicable, basadas en normas inexactas, leyes no pertenecientes o supuestos de interpretación equivocada, indebida, infiel, inoperante, absurda, imprudente, entre otra.

en la fundamentación relacionados con la evidencia (prescinde de pruebas, prueba inexistente, valoración arbitraria, autocontradicción en la evaluación, etc)¹¹³.

Asimismo, resulta alejada de lo que las máximas de la experiencia y del curso normal y ordinario de las cosas¹¹⁴ (nadie gana lo mismo, poco o mucho en forma uniforme toda su vida productiva, sino que las variaciones se producen en forma escalonada) y de los hechos probados y acreditados en el expediente (si la persona ganaba x al momento del hecho dañoso, ganaba x, no y) conduce al dictado de sentencias arbitrarias.

En relación a este punto ha dicho la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala B: "... obsérvese que el resultado de aquel cálculo no es el ideal por cuanto arroja un valor máximo de ingresos que la víctima tendrá a los 60 años (su pico de productividad) **y lo utiliza de manera uniforme y constante** para calcular la merma en sus ingresos en todos los períodos, incluidos los de su juventud. **O sea, con la fórmula "Méndez" subsiste el problema que se le atribuye a la fórmula "Vuoto": las rentas cuyo valor presente se calculan son constantes y no variables**, lo que implica que se sobreestima la incapacidad en los períodos iniciales."¹¹⁵ (SIC, el resaltado me pertenece)¹¹⁶.

En este caso, lo intuitivo sería asumir que su ingreso crecerá más o menos suavemente hasta esa edad para luego mantenerse en una meseta (que es lo que razonablemente sucede y resulta verificable). Como se ve, la diferencia entre el ingreso para el año en cuestión, y el máximo (el previsto para el año 60 de edad) se va reduciendo, año por año -a medida que el ingreso va creciendo- hasta desaparecer a los 60, cuando el incremento concluye. Eso, probablemente, es lo que debería captar una fórmula que se emplee a estos fines.

En concreto, no computa el valor presente de múltiples períodos de ingresos crecientes, **sino que adopta un único valor**, constante para todo el período. La sub-fórmula (aquella que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60) da por resultado el valor único de ese ingreso "pico" **para todo el tiempo implicado en el cálculo**, desde el primero hasta el último período.

Las inferencias judiciales, singulares o con repercusión generalizada, adquieren particular gravitación en la responsabilidad civil: en principio, el daño, la relación causal y la adecuación compensatoria entre el monto y desmedro no requieren certeza, sino sería probabilidad. Es decir, si bien el lucro cesante no es en sí un daño presunto, ni tampoco hipotético o conjetural, sino cierto por vía presuntiva; es una pauta de la experiencia y es notorio, que el ingreso de las personas a lo largo de su vida no es igual.

En este sentido y conforme refería Zavala de González: salvo previsiones en contrario, debe indemnizarse el daño causado adecuadamente, y sólo él (arts. 1726 y 1727): *el daño, todo el daño y nada más que el daño*. Éste, en su valoración debe tener una relación adecuada de causalidad con la indemnización, acorde a la gravedad objetiva del menoscabo y circunstancias de ponderación en el caso concreto; que en caso de ser excesiva -al igual que en el caso de ser exigua- tampoco cumpliría con el requisito de plenitud exigido por el ordenamiento (art. 1740).

Conforme mencionamos, el mecanismo ideado en "Méndez" para determinar el ingreso a incluir en la fórmula, pretendió enmendar el error de su antecesora, sin perjuicio que repite la adopción -nuevamente- automática de ciertos datos para llenar valores de las variables. Entonces, el problema de uniformar ingresos que

¹¹³ SAGÜÉS, Elementos de derecho constitucional, 1993, t, 1, ps. 251 y 252.; CSJN, 23/9/60, ESTRADA; CSJN-Fallos 247; 713; ídem, 19/2/15 "GUTIERREZ, Alejandro s/ Causa N°11.960 (Hábeas Corpus); etc. SAGÜÉS.

¹¹⁴ Cf. art. 1727 del CCyC.

¹¹⁵ C. Apelaciones Trelew-Sala B, Sentencia n° 16/2021 Expte N° 404/2020 (15/09/2021), voto del Dr. Lucero.

¹¹⁶ Crítica semejante ha efectuado la Sala Segunda de la Cámara de Mar del Plata, en los autos: ""V., N. O. y Otra c/ R., G. G. y Otra s/ Daños y perjuicios" Expediente n° 167.352; entre otros pronunciamientos.

predeciblemente van a variar (en cualquier punto de esa variación sea tal nivel muy bajo o, muy alto) resulta sencillamente endógeno al tipo de fórmula empleada.

Es evidente y debemos reiterarlo a esta altura: **las fórmulas para calcular el valor presente de una renta constante no pueden calcular directamente el valor de una renta variable**. Incrementar el monto del ingreso al máximo previsible, como ocurre en Méndez, acarrea el defecto ya indicado y no resuelve el problema. Sino que lo potencia y distorsiona en ciertos supuestos la aplicación de la función resarcitoria del derecho de daños¹¹⁷, generando a todas luces en la mayoría de los casos un enriquecimiento sin causa.

C) LA “FÓRMULA ACCIARRI”.

Entre los supuestos previamente analizados encontramos la "fórmula Acciarri" publicada a través de una planilla de cálculo en la página de la Universidad Nacional del Sur ¹¹⁸.

El autor y profesor bahiense ha puesto a disposición en la red tanto la planilla Excel para descargar como un instructivo para su uso¹¹⁹, como el análisis doctrinal que fundamenta su creación se encuentra en diversos artículos y videos que recomendamos consultar¹²⁰.

La misma aporta como ventaja permitir incorporar al cálculo, gradualmente o del modo que el operador decida de acuerdo con las circunstancias, los incrementos o detrimentos de ingresos reales que —sobre la base del buen sentido y la experiencia— es dable suponer que hubiese experimentado la víctima de no producirse el evento dañoso; ya como lucro cesante, ya como pérdida de chance.

Participamos entre los que consideran que de las múltiples opciones creadas por doctrina y jurisprudencia, sobresale este método de cálculo resultando superador, creando asimismo, una herramienta (en planillas de Excel) que permite verificar, controlar y, consecuentemente aportar elementos a las partes para impugnar la decisión adoptada¹²¹.

Esta fórmula como las anteriormente mencionadas permite calcular el daño patrimonial resarcible como consecuencia de una incapacidad, entendido ello como una *ganancia futura frustrada* que se traduce en un *valor presente al momento de la decisión*. Por ello se habla del cálculo del **valor presente de una renta no perpetua**.

Como anticipamos tiene una característica que la distingue de las anteriormente descriptas: recepta la probabilidad razonable de que los ingresos de la víctima no sean constantes, cuestión que ya manifestamos es imputable como

¹¹⁷ Al respecto ver la S.D N° 17/2020 del 10/06/2020, en el marco del expte. N° 195/2018 en trámite ante el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de la Localidad de Trelew.

¹¹⁸ Utilizan la "fórmula Acciarri": en la provincia de Buenos Aires la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2, Fallo "Ruiz Díaz", 18/8/16, MJJ100598; Santa Fe: CCC Santa Fe, sala III, causas "Pigatto", "Leiva", "Operto", "Correnti", entre otras; CCC Lab. Reconquista, causa "Gómez" (todas publicadas en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>). También, Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N.º 1 de Santa Fe (v. por todos, 09/03/2020, "Nicola, Mario F. c. Del Barco, Juan Manuel s/ daños y perjuicios", expte. 476/13 - CUIJ 21-12067414-2); en Santa Cruz: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, Río Gallegos, «Nahuelguer, Edgardo Ruben c/Administración General de Vialidad Provincial s/laboral», Expte. N° 12.784/09, 16/02/2017. También en nuestra provincia la referida sentencia dictada por el Juzgado CC de Trelew N° 1, ratificada por el Órgano revisor.

¹¹⁹ <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2016/10/Instrucciones-de-uso-Planilla-indemnizaciones-ingresos-variables-probables-Acciarri-2015.pdf>

¹²⁰ Como el siguiente, de la página web del Colegio de Abogados de Morón:

<https://camoron.org.ar/videoteca-cam/video-dr-hugo-acciarri-cuantificacion-de-danos-personales/>

¹²¹ Ver: Acciarri, Hugo, A. "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", publicado en: La Ley, 15/07/2015 , 1; del mismo autor, «Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables», y aplicativo Excel, ambos disponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur: www.derechouns.com.ar/?p=7840 -último día de visita, 22/06/2016-; en forma complementaria, seguiré en lo sucesivo las ideas expuestas en Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: La Ley, 09/02/2011 , 1 , La Ley 2011-A , 877; de los mismos autores, —Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales—, publicado en: RCyS 2011-VI , 22)

crítica a la fórmula “Vuoto” y sus derivadas. Atiende la fórmula del profesor bahiense a la variabilidad -ascendente y descendente- de las ganancias del damnificado a lo largo de la vida, lo que repercute necesariamente en su aptitud productiva, con el correlativo impacto que ello, a su vez, tendrá en la indemnización final a que tiene derecho. A su vez, estas variaciones pueden ser consideradas por el juzgador conforme cierta probabilidad que puede ser alta, es decir daño cierto/incapacidad sobreviniente; o puede ser más baja, caso en el que se puede considerar como chance.

Lo destacable de la fórmula propuesta es que fue creada con la finalidad de cumplir con los requisitos normativos operando como medio o instrumento para cuantificar daños, no un fin en sí mismo facilitador de una tarea rápida. Inclusive, resulta notorio que establecer variaciones en los ingresos y justificarlo en una sentencia judicial, para luego transferir esos datos al aplicativo Excel implica *más trabajo* para los jueces.

El aplicativo facilita que el usuario pueda valerse de la misma adecuándola a cada caso concreto: puede calcular un valor presente de una renta no perpetua considerando variaciones de ingresos o no, puede escoger la tasa de descuento que entienda procedente, la edad o inclusive como mencionamos anteriormente puede estimar ya no el **daño cierto** (por incapacidad sobreviniente o lucro cesante futuro), sino también una **chance**.

La fórmula es la siguiente:

$$\frac{A_1}{(1+i)} + \frac{(1-p_2)A_1 + p_2A_2}{(1+i)^{e_2-e_1+1}} + \dots + \frac{(1-p_k)[(1-p_{k-1})A_{k-2} + p_{k-1}A_{k-1}] + p_kA_k}{(1+i)^{e_k-e_1+1}} + \dots + \frac{(1-p_n)[(1-p_{n-1})A_{n-2} + p_{n-1}A_{n-1}] + p_nA_n}{(1+i)^{e_n-e_1+1}}$$

para $k = 3, \dots, n - 1$.

Por ejemplo, el término $k = 3$ es:

$$\frac{(1-p_3)[(1-p_2)A_1 + p_2A_2] + p_3A_3}{(1+i)^{e_3-e_1+1}}$$

para $k = 4$

$$\frac{(1-p_4)[(1-p_3)A_2 + p_3A_3] + p_4A_4}{(1+i)^{e_4-e_1+1}}$$

etc, etc.

122

En ella, [“A1...An”] corresponde al ingreso implicado para el período anual 1...n =ingreso por porcentaje de incapacidad; [i], corresponde con la tasa de descuento para cada período anual computado, [e1...en], corresponde a la edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente al ingreso anual A1...An y [“P”] refiere a la probabilidad de que en el período A (de A2 hasta An) se perciba un ingreso incrementado -positiva o negativamente- respecto del ingreso del período precedente (An-1).

En la fórmula se deberán incorporar los siguientes datos del expediente:

- 1) **Edad inicial.** Que puede ser la de la sentencia¹²³ o del hecho; 2) **Porcentaje de incapacidad; 3) Tasa de descuento; 4) Ingresos y edad hasta la que se efectuará el cómputo.** Permite tanto calcular el valor presente de ingresos futuros, computando valores reales constantes, es decir, un mismo ingreso para todos los períodos futuros (sea el ingreso de la víctima al momento del hecho o un ingreso que de cualquier modo, se estime adecuado para esos fines) o bien, ingresos reales diferentes

¹²² Imagen de la fórmula tomada de: <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2016/10/Instrucciones-de-uso-Planilla-indemnizaciones-ingresos-variables-probables-Acciarri-2015.pdf>

¹²³ Resulta ideal, ya que la obligación de reparar el daño configura una obligación de valor, que se cuantifica al sentenciar, esto es ya que pasa en ese momento a ser una obligación de dar sumas de dinero.

para cada período anual o grupo de períodos anuales; **5) La posibilidad de incremento.** De esto dependerá el hecho que se pondere un daño futuro cierto o hablemos de la pérdida de una chance. Algunos autores entienden que la estimación de un incremento en los ingresos, una vez decidida (sea por considerarse acreditada, por responder a hechos notorios, a estimaciones razonables, etc.) debe computarse como hecho futuro cierto. Otros, que se trata de una “chance” de progreso y como tal, que debe descontarse del monto previsto, la probabilidad de que tal incremento no se produzca. La planilla no “toma partido” entre tales opiniones y permite calcular ambas variantes. Permite un rango de probabilidades que va del 100% al 1%.

3) INFLACIÓN Y TASAS DE INTERÉS. RESGUARDO DEL CRÉDITO INDEMNIZATORIO. ALGUNOS COMENTARIOS Y PROPUESTAS.

Suele suceder en la práctica judicial, que a los fines del cálculo de las indemnizaciones por lucro cesante futuro se utilice el monto del salario o los ingresos del damnificado al tiempo del suceso dañoso. Esta práctica judicial es consistente con la *teoría nominalista* de las obligaciones de dar sumas de dinero, sin perjuicio de lo cuál, existen otras alternativas que se adecuan mejor a la naturaleza de la indemnización por lucro cesante o incapacidad permanente, que es una obligación de valor.

A modo de ejemplo, en principio, entendemos resulta errado que el decisor cuantifique de manera uniforme al momento del hecho (tomando el ingreso acreditado a esa fecha, es decir “a valores históricos”) en los términos del art. 1746 CCyCN. Primeramente, porque por una razón fáctica -ya lo mencionamos-, no suele acreditarse que desde dicho momento la incapacidad se haya consolidado o se haya mantenido constante. Por otro lado, y relacionado a lo anterior, al monto que se arribe de la forma señalada se le computarán los intereses moratorios conforme una tasa que no representará de modo alguno la función que aquéllos propugnan. **Esta situación genera una distorsión en el resultado que afecta la función resarcitoria -integral- que el pronunciamiento debe perseguir.**

Martorell¹²⁴ señalaba que la prohibición de indexar resultaba inaplicable a las deudas de valor, por los siguientes motivos: 1°) La ley omite toda referencia a las deudas de valor y tratándose de una prohibición el criterio debe ser restrictivo. 2°) La jurisprudencia acogió favorablemente la actualización -por convenio o sentencia- de las deudas de valor. 3°) La aplicación de la prohibición de indexar resultaría notoriamente injusta en el caso de la deuda por daños.

Vinculado a lo anterior, ha dicho la Excma. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, con voto del Dr. Jalil, que: “...Los Jueces se hallan facultados para fijar el quantum indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que considere pertinente (art. 167 del CPCC), a fin de lograr la reparación del daño causado, siendo lo mejor y más justo el más cercano al efectivo pago (art. 1740 CCC). **Es que la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, dado que se trata las sumas destinadas a reparar daños de dudas de valor. El deudor debe el valor correspondiente, y el acreedor tiene derecho a estar, cuando recibe el dinero que lo representa, en situación de proveerse los bienes a los que corresponde dicho valor; para ello, lo determinante es -va de suyo- el valor actual y no uno histórico y, desde luego, nunca un valor desagiado.** No es posible dejar de advertir la injusticia manifiesta que importaría considerar indemnizado el daño calculado en base a valores de cinco años de antigüedad, con una manifiesta depreciación que obliga a pensar en un método que, sin desatender a los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 ratificados por Ley 25.561, deje de premiar a los deudores que

¹²⁴ En “Problemática práctica motivada por la ley de convertibilidad: solución”, LL, 1991-E-915.

no indemnizaron los daños cuando debían y termine de perjudicar tan gravemente a los acreedores”¹²⁵ (el resaltado me pertenece).

En este orden de ideas, nos parece adecuado tomar un **primer tramo (a los efectos del cálculo del lucro cesante o lucro cesante pasado)** como pauta, desde el hecho, hasta la consolidación de la incapacidad o hasta la sentencia, partiendo del ingreso acreditado y el porcentaje de incapacidad, multiplicándolo por los períodos correspondientes (días, quincenas, meses, años, etc.). Si el ingreso tomado es actualizado al momento del pronunciamiento, corresponderá computar al capital una tasa pura (del 6/8%), ahora, si se escoge un ingreso pasado, deberá aplicarse una tasa que procure proteger el crédito indemnizatorio de los efectos de la inflación.

Siempre partiendo del art. 1748 del CCyC, debemos observar **qué es lo que se indemniza**, ya que, si cuantificamos un daño futuro al momento de la sentencia, los intereses se deberán calcular desde la entrada en mora desde el plazo que esta enuncie. Si cuantificamos un daño pasado (lucro cesante pasado o daño moral), desde la fecha que identifiquemos en la que resultó exigible el pago del deudor y dependiendo de si nos acogemos a un criterio nominalista o no, deberemos elegir una tasa que permita resarcir el daño moratorio y que conserve el valor del crédito.

Aquí debemos hacer una observación que entendemos es importante: la aplicación de las fórmulas polinómicas referenciadas respecto de ganancias pasadas perdidas conlleva **aplicar una tasa de descuento sobre el capital**, aunque no exista pago anticipado que compensar, justamente por ser pasado. Es decir, estaríamos usando una fórmula matemática respaldada jurisprudencialmente para ejecutar un cálculo distinto al que motivó su concepción. **No hay nada que descontar si hablamos de un daño cierto futuro.**

Supongamos que en una sentencia utilizando lenguaje natural (hablado o escrito) **decimos explícitamente que se debe aplicar al caso una tasa que disminuirá el capital indemnizatorio desde el hecho hasta el dictado de la sentencia o hasta la fecha tope en que la persona presuntamente generará ingresos**, aunque calculemos de ingresos pasados perdidos -y no un anticipo a compensar-, seguramente el actor apelaría la sentencia existiendo un agravio relevante. **Pero en la práctica, al no explicitarse esto en palabras, pero si mediante la fórmula -mediante lenguaje matemático-, suele no advertirse el problema.**

Un **segundo tramo**, idealmente desde la sentencia, calculará el valor de los ingresos futuros frustrados, ergo, recién computará intereses desde que, intimada la obligada al pago, no haya cumplido encontrándose nuevamente en mora.

No podemos soslayar las diferentes alternativas que implica esta perspectiva en la práctica. Así, se puede cuantificar el daño tomando el ingreso del damnificado **al momento de interponerse la demanda o del dictado de la sentencia; o dentro de la etapa de ejecución de sentencia, al momento de iniciada la ejecución o -finalmente- al momento del efectivo cobro**¹²⁶.

Como primera cuestión debemos reconocer que las tasas de interés y de descuento que utilizamos tienen varios componentes. Un banco prestará dinero a una tasa que le asegure una ganancia y para hacerlo computará la incidencia de alguna tasa de inflación que pueda prever. Pero además cobrará una tasa diferente a sus clientes que tengan más o menos riesgo de incumplir.

Basta recordar que los intereses moratorios representan en casos como los que aquí interesan una sanción resarcitoria; pues, procuran por un lado, evacuar el perjuicio que sufre la víctima por la demora en contar con el capital de reparación (arts. 1740 y 1748, CCyC), y, por otro, inhibir el oportunismo del deudor, al

¹²⁵ Sentencia Nro./Año: 23/2021 del 09/09/2021, con cita de la Capel de Esquel, en autos: “S., M. c/ M. y V. S.R.L. s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N°: 65 - AÑO: 2018 CANO, Registrada bajo el N° 65, CANO del libro de sentencia definitivas del año 2018.

¹²⁶ Ver la ponencia presentada por Martín Juárez Ferrer, titulada: “Obligaciones de valor e indemnizaciones por lucro cesante”, en las Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil) Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014. www.jndcbahablanca2015.com.

desincentivar esa demora -y la litigiosidad consecuente- con la aplicación de una tasa de interés que refleje el costo ordinario del dinero (que, presumiblemente, debió asumir la víctima para reemplazar el débito incumplido) del lugar donde ocurrió el hecho (doc. arts. 768, 771 y 772, CCyC) ¹²⁷.

Una vez determinado el valor de la obligación, cabe utilizar las tasas de interés corrientes en plaza, que usualmente contienen elementos destinados a paliar la inflación. A partir de ese momento cobran vigencia las reglas contempladas en los arts. 765 y ss. del CCyC, que regulan las obligaciones de dar dinero, de manera que no será posible una nueva cuantificación de la deuda a valores actuales¹²⁸.

¹²⁷ STJ SD N° 9/2020 del 10/03/2020.

¹²⁸ Ver: LORENZETTI, Ricardo "Código Civil y Comercial de la Nación", T. V, , Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2015 p. 158. MÁRQUEZ, "Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Cód. Civil y Comercial", en diario LA LEY del 09/03/2015, AR/DOC/684/2015. Asimismo: JALIL, Julián Emil. Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios. Ed. Hammurabi.