

La estimación de los daños en la Responsabilidad Civil según el CCyCN

Por el Dr. Amadeo Eduardo Traverso

Introducción. Qué es el daño? El proceso de estimación de daños. Qué rubros o conceptos lo integran? La cuantificación de las consecuencias no patrimoniales (Daño Moral). La cuantificación de las consecuencias patrimoniales. La incapacidad psicofísica. El supuesto de fallecimiento de la víctima. Cómo evaluar el riesgo de RC?

Introducción.

Fuera del régimen unificado de la Responsabilidad Civil (RC) contractual y extracontractual, existen en el nuevo Código algunos principios que proporcionan un antecedente necesario a tener cuenta al momento de evaluar y cuantificar el daño injusto.

Ya, al comienzo del Código, se establece que el Juez “... *debe resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*” (art.3°).

Para cumplir con tal condición el Juez deberá dar cumplimiento con lo que dispone el art. 1°: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, para lo cual deberá tener en cuenta la finalidad de la norma, los usos, prácticas y costumbres, que serán vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.* Vale decir, delimita un claro orden de prelación normativa, al tiempo que fortalece la presencia siempre vigente de los derechos y garantías que consagra nuestra Carta Magna.

Estos artículos con los que el Código se inicia, tendrán como veremos una clara proyección sobre la vigencia de ciertos principios constitucionales que en materia de RC resultan de esencial importancia. Tal por ejemplo, el principio que se reproduce en el adagio latino “*alterum non laedere*” que deriva del art. 19 CN y de la doctrina que fijó la Corte Suprema en in re “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.*” (Fallos 327:3677). A tal punto es así que delimita el “Deber de Reparar” en los siguientes términos: “*La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código*” (art. 1716).

Una cuestión no menor se encuentra en el Capítulo 3, referido a los “Derechos y Actos Personalísimos”, dada su vinculación con el art. 1° y en cuanto establece que “*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad* (art. 51).

Agregando: *La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1 de este código.* Vale decir, puede reclamar la reparación del daño bajo el régimen especial previsto para la responsabilidad civil unificada.

No cabe duda que esta disposición tiene una directa relación e influencia en la determinación y extensión del daño al momento de evaluar una incapacidad física o psicológica y también, el daño moral.

Otro punto de referencia, ya dentro del régimen legal de la RC, lo brinda la “**Prelación Normativa**” que establece el art. 1709 en cuanto dice que “*En los casos en que concurran las*

disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) *Las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;*
- b) *La autonomía de la voluntad;*
- c) *Las normas supletorias de la ley especial;*
- d) *Las normas supletorias de este Código.*

Esta norma por ejemplo, se proyecta muy especialmente sobre la “reparación plena” o integral que consagra en esta materia, el nuevo Código, que por su fuente constitucional, tendrá el rango de una norma indisponible¹. Más adelante nos referiremos a sus consecuencias.

Qué es el daño?

El concepto de daño es establecido en el CCyCN, “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*” (art. 1737).

Sobre el concepto de daño enseñaba el recordado profesor, Dr. José María López Olaciregui, concepto que por su claridad expositiva, me permito reproducir aquí.

Decía el Dr. López Olaciregui² que, a la pregunta “¿qué es un daño?” hay que contestarla con cautela; y explicaba: “La idea “daño” no puede ser pensada en el vacío y no puede hablarse genéricamente de daños sino de los daños que algo o alguien ha sufrido. No hay daño sin dueño, y los que llamamos daños sólo tienen ese carácter para quienes lo sufren, y no para quienes lo causan. La noción “daño” se convierte en la noción “ser dañado”.

“Si el daño se sufre, el daño es un mal”.

“El mal en que el daño consiste importa la pérdida o deterioro de un bien”.

“El bien cuya pérdida o deterioro constituyen daño puede ser material o inmaterial; puede tener directamente contenido patrimonial o puede tratarse de un bien que “se confunde con la existencia de la persona” (art. 1075 CC). Lo único que se requiere es que pueda ser objeto de apreciación pecuniaria (art. 1068 CC). La exigencia no es mayormente limitativa, pues prácticamente todos los bienes (incluyendo los afectos, los dolores, etc.) pueden ser objeto de esa apreciación”.

“La destrucción o deterioro del bien es un hecho causado por una fuerza destructora”.

“Para que haya daño civil es menester que en torno de él queden convocados dos sujetos: uno que es titular del bien destruido y otro de cuya órbita haya emanado la fuerza que los destruyó o deterioró”.

“En síntesis: el daño civil presupone que una fuerza emanada de la órbita del sujeto “A” haya destruido o deteriorado un bien del sujeto “B”.

¹ El principio de reparación plena o integral consagrado constitucionalmente por el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa”, que fue receptado por el CCyCN en el art. 1740. “**Las consecuencias no patrimoniales en el Código Civil y Comercial**”, Por Germán D. Hiralde Vega, Citar: elDial.com - DC203B, Publicado el 19/11/2015.-

² “**Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil**”. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 11, agosto de 1978, N° 64., Pág. 943/946.

“[...] Siendo el daño intrínsecamente un mal que agrupa en torno de él dos sujetos, puede decirse con expresión libre pero no inexacta que todo daño importa un mal en condominio o sociedad”.

“No se trata, obviamente, de un condominio como derecho real sobre una cosa, sino de una participación de dos sujetos en un resultado infausto que les pertenece por haber ellos contribuido a causarlo-sufrirlo”.

“Lo que importa es que ese resultado infausto debe adjudicarse en tres sus protagonistas, y que para adjudicarlo son idóneas las mismas razones que sirven para la liquidación de resultados faustos”.

“Se confirma entonces que “el responder” no es un simple sancionar sino un distribuir daños”.

“Atrás del daño, que es un efecto consistente en la pérdida o deterioro de un bien a manos de una fuerza, está su causa: el hecho dañoso”.

“Ese hecho se ha concretado cuando en determinado instante del tiempo y en determinado punto del espacio, aquella fuerza encontró en su camino a ese bien y ambos tropezaron”.

“En realidad, las que se tropezaron fueron dos conductas correspondientes a dos sujetos: el que había generado o manejaba la fuerza que resultó dañadora, y el que cuidaba el bien que resultó dañado”.

“Siempre uno y otro hicieron algo que causó o possibilitó el daño. Siempre el sujeto de quien emanó la fuerza hizo algo para que ésta pudiera llegar a dañar, y siempre la víctima colocó (voluntaria o involuntariamente) al bien en el camino que podía recorrer y efectivamente recorrió la fuerza que lo dañó”.

“Ese concurso se da en los daños fortuitos y también en los culposos [...]”.

“Avanzando y profundizando las cosas, cabe observar que la fuerza dañadora, ya antes de dañar, llevaba dentro de sí la aptitud o virtualidad de producir el daño que produjo, es decir, portaba una aptitud o riesgo de dañosidad, y paralela e inversamente el bien que resultó dañado lleva dentro de sí la posibilidad de sufrir el daño que sufrió, es decir, portaba una vulnerabilidad”.

“El daño se concretó cuando deliberada o fortuitamente la aptitud dañosa cayó sobre el bien vulnerable y lo aplastó, o bien cuando el bien vulnerable se interfirió en el camino de la fuerza dañosa y fue aplastado”.

“Una última observación: atrás de fuerza y bien hay dos sujetos, y en definitiva el daño es el tropezarse de ellos. En esto radica el quid jurídico de la situación: Todo hecho dañoso importa el haberse tropezado, deliberada o fortuitamente, las aptitudes o riesgos de dañar y ser dañados de que eran portadores dos sujetos de derecho, aptitudes que fueron movilizadas por las conductas de ellos”.

“Los ordenamientos deben dar a cada uno lo suyo. Lo “suyo” de cada uno son bienes y son males: ambos hay que adjudicarlos. Los males en que los daños civiles consisten tienen una particularidad: a causarlos-posibilitarlos han concurrido, según se ha visto, los dos protagonistas del hecho dañoso, pero a sufrirlos concurre sólo uno de ellos. Más aún: no lo sufre quien aportó el elemento activo (la fuerza dañadora), sino quien aportó el elemento pasivo (el bien dañado)”.

“Esto puede ser justo o injusto; puede o no requerir una intervención rectificadora del ordenamiento dirigida a una justa redistribución del daño según circunstancias significativas”.

“Las circunstancias significativas que el ordenamiento ha de tener en cuenta pueden referirse a cómo fue causado el daño (daños injustamente causados o daños ilícitos) y a cómo repercute el daño sobre aquel en quien cayó (daños injustamente sufridos)”.

“El haber sido injustamente causado o el resultar injusto que se lo sufra o soporte son los dos caminos que conducen al daño injusto”.

“A ese daño injusto se lo debe adjudicar según razones que tengan virtualidad para justificar la solución que se propicia... “.

Bajo la claridad de estos conceptos veamos ahora cómo es el proceso de su valoración.

El proceso de estimación del daño.

Probado el daño (art. 1744), probados los factores de atribución de responsabilidad, sean estos objetivos o subjetivos (art. 1734) o la existencia de eximentes (art. 1718, 1720, 1729, 1730/1733) como la prueba de la relación de causalidad (art. 1736), entre otras cosas, el juez estará en condiciones de evaluar el daño y eventualmente de dictar sentencia. Para ello procederá a verificar todas las variaciones intrínsecas del daño, pasadas y futuras como soporte de la extensión del deber de indemnizar el daño injusto que impondrá a su autor.

Por ejemplo, “la relación de causalidad implica que se ha producido "algo"; y el factor de atribución, que hay "algo" que atribuir. Ese "algo" es el daño, extremo insoslayable de la responsabilidad resarcitoria y que debe estar de manifiesto para cualquier derecho u obligación que pueda reconocer o imponer la sentencia”³.

La apreciación del perjuicio debe abarcar todas sus modificaciones reconocibles tanto las ya ocurridas como las que previsiblemente tendrán lugar en el futuro.

En el caso del daño pasado será frecuente alcanzar cierto grado de certeza en cuanto a su extensión y cuantificación, pues el juicio versa sobre realidades ya consumadas. Por ejemplo, una incapacidad permanente definitiva establecida en un determinado grado según baremo, al encontrarse consolidada jurídicamente, sobre la base de un hecho ocurrido en el pasado, permitirá al Juez establecer con un grado de certidumbre bastante cierto, el valor dinerario indemnizable, de conformidad a la prueba colectada en las actuaciones.

En cambio en el caso del daño futuro casi siempre solo se podrá lograr una certeza relativa (probabilidad y verosimilitud) tanto en el supuesto del daño emergente como en el del lucro cesante. Por ejemplo, en materia de riesgos del trabajo, en el caso de grandes incapacidades, se prevé una etapa de provisionalidad (art. 9º ley 24.557) –antes de ingresar en la etapa definitiva de la incapacidad- cuyo objeto es atenuar o disminuir a través de los respectivos tratamientos terapéuticos, sin descartar intervenciones quirúrgicas, el grado de incapacidad estimado al inicio. También puede ocurrir que en lugar de atenuar, se agrave el estado de la lesión padecida, lo cual importa para el juez, estimar con razonable previsibilidad, los gastos que insumirá en el futuro, incluyendo la valoración de los actos médicos más complejos, si se encuentran justificados⁴.

³ DAÑOS Y PERJUICIOS - Daño en general - Valuación judicial de la indemnización – Generalidades; Autor: Zavala de González, Matilde M.; Título: Determinación judicial del monto indemnizatorio; Fecha: 2006; Publicado: SJA 31/5/2006 ; JA 2006-II-1323 - Citar ABELEDO PERROT N°: 0003/012601.-

⁴ “El juez puede establecer una suma mayor que la estimada provisoriamente en la demanda, cuando a la fecha de iniciación se desconocen con exactitud las verdaderas consecuencias del hecho. Tal temperamento responde al principio de que la indemnización debe ser integral, esto es, cubrir todos

No obstante, como lo recuerda la Dra. Matilde M. Zavala de González “...la certeza sobre que debe existir alguna cantidad resarcitoria no supone certeza sobre cuál, en concreto, deba ser esa cantidad. Por eso la comprobación de un daño resarcible no agota el problema de fijar un monto indemnizatorio”⁵.

Que rubros o conceptos lo integran?

Ingresando ya en el tema que nos propusimos, el nuevo Código ha tenido el buen propósito de uniformar para todo el país, los conceptos y métodos –si los hay- para evaluar el daño y traducirlo a una expresión dineraria o monetaria. Lo hace comenzando por describir los conceptos, criterios, rubros, ítems y partidas que integran la expresión “**Indemnización**” al indicar en su art. 1738 CCyC que “*La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”.

Trataré de desglosar algunos conceptos -sin entrar en la profundidad de cada uno de ellos- a fin de tener una somera visión de los mismos. La primera de todas las referencias se vincula a una “**pérdida patrimonial**”⁶, no importa su dimensión, basta su existencia. En un accidente de tránsito, el automotor sufre daños, su conductor, lesiones físicas y psíquicas y además se

los perjuicios que deriven del hecho ilícito o accidente" (C. Civ. Com. y Cont. Adm. Río Cuarto, 29/4/1996, LL Córdoba 1997-445).

⁵ Zavala de González, Matilde M.; Título: Determinación judicial del monto indemnizatorio; Fecha: 2006; Publicado: SJA 31/5/2006 ; JA 2006-II-1323 - Citar ABELEDO PERROT N°: 0003/012601.-

⁶ Como lo señalamos en el trabajo “EL DERECHO DE SEGUROS, EL DERECHO DE DAÑOS Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. Un SOFISMA “SEGURO, a propósito del dogma consumista”, Publicado el 22/11/2007, página web Citar: elDial.com – DCCEC, “... Recordemos entonces que, el art. 2311 CC, establece que “se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener valor ...”.La norma citada se complementa con lo que dispone el art. 2312 CC, en cuanto establece que: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. **El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio**”. (ver arts. 15 y 16 CCyC). En síntesis, el patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, y cuya relaciones jurídicas están constituidas por deberes y derechos (activos y pasivos). En consecuencia, el patrimonio comprende tanto un activo como un pasivo: El activo está conformado por todos los derechos presentes y futuros, apreciables en dinero de los que puede ser titular una persona, entre ellos, la propiedad como ostentación del dominio, los demás derechos reales, los derechos de crédito y los llamados derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales derechos forman parte del patrimonio incluso en los casos en que no son susceptibles de ejecución forzosa o no son transmisibles por herencia siempre que uno u otro caso tengan carácter pecuniario. El pasivo lo constituye tanto las obligaciones como las cargas o gravámenes que pesen sobre los bienes de la persona de que se trate. El patrimonio de una persona, se encuentra expuesto a eventuales pérdidas producidas por eventos de la más diversa especie y naturaleza. Tales eventos pueden producir la ruina o pérdida de un bien del activo o bien, un aumento considerable del pasivo, que ponen decididamente en situación de peligro el producto de una vida de trabajo y esfuerzo, al no contar su titular con los recursos necesarios para reponer y/o restituir o reparar en forma inmediata, ese bien en el patrimonio de la persona. Esta es la razón por la cual las personas previsoras deciden proteger su patrimonio trasladando o transfiriendo los riesgos a los que se encuentra expuesto el patrimonio, a un tercero, la empresa aseguradora. Tal traslación es realizada a través de un contrato de seguro, regulado por la ley 17.418, que forma parte de los contratos comerciales privados que regula el Código de Comercio...”.

frustra un plan futuro. Los daños materiales del automotor, la lesión psicofísica y la frustración del proyecto de vida, importan una disminución del patrimonio, sea por una pérdida registrada en el activo, sea por un aumento del pasivo a consecuencia de una responsabilidad civil. Se trata de bienes que se pierden patrimonialmente hablando.

El siguiente concepto es la referencia al **lucro cesante**⁷ entendido este como la pérdida efectiva de una ganancia a consecuencia del ilícito. La referencia que el artículo hace a la *probabilidad objetiva de su obtención*, significa que deberá ser probado de un modo concreto⁸.

Otro concepto al que se hace referencia en la norma, es a la **“pérdida de Chance”**⁹, como probabilidad de una ganancia o ayuda futura. Puede ejemplificarse la diferencia con el lucro cesante –siguiendo a Matilde M Zavala de González- con el impedimento sufrido por un jugador profesional para desarrollar su actividad, en que sin duda corresponderá el

⁷ La admisión de la existencia de lucro cesante presupone una prueba certera de las ganancias dejadas de percibir y de su cuantía. Quien formule esta petición debe traer al pleito la prueba que demuestre su extensión o, por lo menos, dejar en el ánimo del juez la certeza de que no se produjo una ventaja por haberlo impedido la acción del responsable o corresponsable del hecho dañoso. Aunque la certeza del lucro cesante sea relativa, impone, sin embargo, suministrar elementos de juicio que la avalen, al efecto de descartar un daño sólo conjetural o hipotético. En esa orientación, se ha entendido que si bien es dable admitir en materia de lucro cesante una mayor flexibilidad en la apreciación de los hechos que constituyen fuente del perjuicio (a diferencia del daño emergente en que se aplican con todo rigor las reglas que rigen el "onus probandi"), ello no implica en modo alguno reconocer sin más la reparación, debiendo demostrarse siempre la existencia de los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende, para evitar de esa manera el enriquecimiento injusto del damnificado a costa del responsable; corresponde por tanto al demandante la acreditación del daño alegado porque el lucro cesante no se presume. Autos: DA S., H. c/ YSUR ENERGIA ARGENTINA SRL s/ DAÑOS Y PERJUICIOS; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala F; Fecha: 03-10-2018; Publicación: El Derecho - Digital, 2019; Cita Digital: ED-DCCCXXXVIII-360.-

⁸ Ha sostenido la doctrina (Ricardo Luis Lorenzetti, "La lesión física a la persona", "El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 1, Daños a la persona, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992) que la incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también la proyección que aquella tiene con relación a todas las esferas de la personalidad, es decir, la disminución de la seguridad, la reducción de la capacidad vital, el empobrecimiento de sus perspectivas futuras, etc. (conf.: Llambías, J.J. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. IV A, pág.120, n° 2373; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio - Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado" t. 5, pág. 219, n° 13; Cazeaux - Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", t. III, pág. 122; Borda, G.A. "Tratado de Derecho Civil Argentino Obligaciones", t. I, pág. 150, n1 149; Alterini - Ameal - López Cabana "Curso de Obligaciones", t. I, pág. 292, n° 652). En suma, el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica.- Expte. 52.938/2001 R. 486.762 - "SYLVEYRA Jorge Omar c/ TRANSPORTE AUTOMOTOR PLAZA S.A. y otro s/ daños y perjuicios". Expediente N° 21.798/2001. Recurso N° 486.761 y acumulado "GIMENEZ Olga y otro c/ TRANSPORTE AUTOMOTOR PLAZA SACI y otro s/ daños y perjuicios" – CNCIV – SALA D – 27/05/2008. Citar: elDial.com - AA490E.-

⁹ La pérdida de chance representa un daño actual -no hipotético- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y que puede ser valorado en sí mismo aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad; en definitiva, la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo que resulta resarcible es la chance misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido.- Autos: Sanchez Silvero, Osmar c/Banco Galicia y Buenos Aires SA s/Ordinario; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala D; Fecha: 10-12-2019; Cita Digital: ED-CMXI-842.-

resarcimiento del lucro cesante, y el mismo impedimento en caso del jugador amateur, pero con fundadas oportunidades de arribar al nivel profesional. En esta última hipótesis, la probabilidad de ganancia no es real como tal, sino para el caso de que hubiese llegado a ser jugador profesional, es decir, si lo hubiese podido lograr¹⁰.

La norma incluye especialmente las consecuencias de la **violación de los derechos personalísimos de la víctima**, de su **integridad personal**, su **salud psicofísica**, sus **afecciones espirituales legítimas** y las que resultan de la **interferencia en su proyecto de vida**.

Esta segunda parte tiene mayor relación con la indemnización de las consecuencias no patrimoniales o el daño moral. Recordamos cuanto señalamos al comienzo con relación a los arts. 51 y 52 vinculados ambos a los Derechos y Actos Personalísimos. No cabe duda que el menoscabo a la **“Dignidad Personal”** se produce en cada ocasión en que la persona humana sufre las consecuencias descriptas por la norma del art. 1738 pero también bajo las previstas en el art. 51 y 52 CCyC, o de ambas simultáneamente.

Mientras los derechos personalísimos de la víctima se encuentran referidos a la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad de la víctima, su integridad personal y salud psicofísica se refieren a lesiones concretas en estas materias que deben ser probadas a través de las respectivas pericias. Por su parte las afecciones espirituales legítimas, tienen relación a lo que se conoció hasta ahora como el **Daño Moral** que con el nuevo código pasan a denominarse **“consecuencias no patrimoniales”**. Finalmente la interferencia al proyecto de vida, se erige como un daño resarcible que consiste en la frustración de un concreto proyecto de vida, entendido este por ejemplo, como la de ser un jugador profesional cuya vida deportiva es conculcada a consecuencia del ilícito de un tercero, un padre de familia, o constituir una familia a través del matrimonio o tipo de unión convivencial de las autorizadas por el CCyC. Tal el caso de una pareja de novios padece un accidente de tránsito en el que pierde la vida uno de ellos, siendo que ambos tenía previsto contraer matrimonio al día siguiente.

El art. 1739 del nuevo Código, al referirse a la **pérdida de chance**, exige para su procedencia que *“... su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”*.

Teniendo en cuenta que la chance no es más que una probabilidad, deben cumplirse con las dos condiciones exigidas por el artículo en cuestión, pues en la chance concurre siempre un elemento de incertidumbre o conjetural, como lo ha señalado la doctrina judicial al señalar que: *“La incertidumbre es la característica definitoria de la chance pues si así no fuera, si el bien o mal futuro resultara cierto, no habría probabilidad perdida, sino directamente daño a un bien que habría de llegar de todos modos (...) Si la probabilidad era suficientemente fundada cabría indemnizarla, pero moviéndose siempre en el ámbito conjetural. La chance frustrada, que no es más que privar a alguien de la oportunidad de participar en un hecho o evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio, importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento en el cual se habría definido la obtención o no del beneficio, de ahí que el monto del resarcimiento no se determine por el daño y su cuantía sino por la pérdida de la oportunidad, lo que naturalmente es menor”* CNCiv. Sala C,

¹⁰ DAÑOS A LAS PERSONAS. Integridad Psicofísica. Tomo 2a, pág. 252, editorial HAMMURABI, 1990.-

17/06/85, LL 1986-C-33, con nota de Trigo Represas, Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mal praxis¹¹.-

Como un reflejo del deber impuesto por el adagio latino “alterum non ladere”, se establece en el art. 1740 CCyC que “*La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...*”.

Por aplicación de lo que dispone el art. 1709 CCyC, -tal como lo anticipamos al comienzo- la norma contenida en el art. 1716 se erige en una norma indisponible, vale decir, no modificable por las partes y de carácter obligatorio tanto para ellas como especialmente para el Juez, todo lo cual se proyecta sin duda, sobre lo que dispone el art. 1740 ya citado¹².

No debe confundirse la relación jurídica que se genera entre la víctima y el autor de un hecho ilícito que le ha causado un daño y el alcance de la cobertura otorgada por un seguro que cubre o cubrió el evento, dado la distinta causa o fuente en la que se origina cada obligación. En el marco de la legislación vigente en nuestro país, las limitaciones cuantitativas de cobertura establecidas en el contrato de seguro siguen siendo oponibles al tercero damnificado, ello, por estar regulado por una ley especial, compatible con los límites cuantitativos autorizados por el CCyCN¹³.

No menos importante es recordar la doctrina judicial que en esta materia ha sido consagrada por la CSJN: “... *Es cierto, como ya se sugirió, que en los casos en que el responsable causal, por cualquier razón que fuera, no compense el daño que causó, el límite de cobertura que establezca la póliza seguramente implicará que parte de dicho daño deberá ser soportado por la víctima. Pero el mero hecho de que la víctima cargue con un daño que otro le causó, circunstancia lamentable por cierto, no justifica por sí solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el límite de cobertura, que consistente con la regulación pertinente, ha sido acordado entre asegurado y aseguradora ...*”¹⁴..

Todo parecería indicar que las transacciones judiciales o extrajudiciales –en la medida en que constituyan una justa composición de intereses- deberán cumplir con este principio, lo que habilitaría el predominio de la autonomía de la voluntad (inc. b del art. 1709).

¹¹ Citado por Matilde Zavala de González en: Resarcimiento de Daños, Daños a las Persona, tomo 2b, Pérdida de la vida humana, pág. 261, editorial HAMMURABI 1991.-

¹² Si esto fuera así, estaríamos ante una norma de Orden Público Las consecuencias de la calificación de una norma como orden público serían las siguientes:

- a) La imperatividad de las normas de orden público; vale decir, las partes del acto jurídico no pueden renunciar o disponer de su contenido;
- b) La nulidad de los actos que se hubiesen celebrado en contravención a una norma de orden público;
- c) La aplicación de oficio por parte de las autoridades administrativas y judiciales;
- d) La inaplicabilidad del derecho extranjero que lo contravenga.

(El orden público como principio general Transformaciones y alcances a partir del Código Civil y Comercial. Por Sergio Sebastián Barocelli. Citar: elDial.com - DC2041. Publicado el 23/11/2015)

¹³ Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994., pág. 750, 563, 667, 715 Editorial Albreemática SA, elDial.com, Biblioteca Jurídica Online, 2014.

¹⁴ . Del voto del ministro de la CSJN, Dr. CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ, expuesto en el Acuerdo: FAL CSJ 678/2013 (49-F), en in re: “Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)” – Fallos: 340:765

Como lo recuerda la Dra. Matilde Zavala de González “... en los juicios de daños la sentencia no sólo debe condenar a reparar, sino también cuantificar la reparación, si ello es factible a partir de prueba sobre el perjuicio (requisito insoslayable) y de certeza siquiera relativa sobre el desvalor a compensar (recaudo genérico pero no absoluto)”¹⁵. Dentro de tal orientación se proyecta el art. 1° del nuevo Código y su relación con el art. 165 CPCCN, en cuanto establece que la sentencia fijará el importe de los perjuicios reclamados "siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto".

Asimismo, el Juez al fijar la condena y expresarla en valores económicos, tendrá en cuenta la concurrencia de factores agravantes de responsabilidad, como es el caso contemplado en el art. 1725 en cuanto dispone: “...Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”, agregando: “...Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

En otras ocasiones, valorará la presencia de factores atenuantes que operan a favor del autor del ilícito, como es el caso contemplado por el art. 1742 en cuanto dispone que: “...El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

Como puede observarse, el Juez cuenta con criterios de valoración amplios, aunque no le sea admitido ampliar la variada gama de conceptos que integran la indemnización –se ha producido una cierta uniformidad conceptual- y a partir de allí, deberá analizar con las constancias y pruebas de la causa, cómo deberá integrar una indemnización “Plena” y con qué valores dinerarios fijará la condena.

La cuantificación de las consecuencias no Patrimoniales (Daño Moral).

Hemos visto antes, al comentar el art. 1738, los conceptos que tendrán incidencia en la cuantificación del “daño moral” ahora conocido como “consecuencias no patrimoniales”. El CCyC proporciona una directiva precisa respecto a cómo el Juez deberá cuantificar económicamente este tipo de daño. Lo hace en la última parte del art. 1741, al establecer que: “... El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Que el daño moral tenga una finalidad satisfactiva quiere decir que el dinero que se otorga por haberlo sufrido, debe permitir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquellas que fueron ocasionadas por haber tropezado con la fuerza dañadora que el ilícito ha liberado y causado. Ello sin perder de vista el principio de la reparación plena consagrado por el art. 1716 y 1740.

La Dra. Matilde Zavala de González nos proporciona algunas pautas cualitativas que suelen tenerse presente al momento de fijar el valor dinerario de la indemnización, estas son: (a) *El peligro o riesgo padecido a consecuencia del ilícito;* (b) *las molestias y padecimientos que a consecuencia de las lesiones físicas o psíquicas el damnificado ha debido sobrellevar, aun cuando las acciones terapéuticas llevadas a cabo hayan sido exitosas y no haya quedado incapacidad o secuelas posteriores;* (c) *la incapacidad psicofísica que haya afectado a la víctima;* (d) *su edad;* (e) *aún lo existiendo incapacidad pero sí una lesión estética o funcional;*

¹⁵ Ob. Cit. en nota 3 y 5.-

(f) la existencia probada de una pérdida económica por lucro cesante o la probabilidad de la pérdida de una chance futura¹⁶.

En el caso de fallecimiento de la víctima el art. 1745 establece –como lo hacía el art. 1084 del Código de Vélez- la presunción de la existencia de consecuencias no patrimoniales indemnizables o del daño moral. Pero más allá de esta presunción, el Juez valorará con el mismo criterio y pautas, el alcance del perjuicio sufrido por los damnificados que son legitimados para su reclamo.

La cuantificación de las consecuencias Patrimoniales.

El caso de Incapacidad psicofísica.

Para el cálculo de la indemnización, en el caso en que el damnificado sufra lesiones incapacitantes, psíquicas o físicas, los tribunales del país recurrieron a ciertas fórmulas actuariales o matemáticas, con el objeto de establecer el valor dinerario del daño ocasionado por el ilícito.

Así, en algunos casos, a partir de la edad de la víctima y hasta la fecha de su eventual jubilación, algunos tribunales aplicaron un cálculo lineal que consistía en establecer cuál era su ingreso mensual, para luego multiplicarlo por 13 a los fines de anualizar el valor y a partir de allí multiplicarlo por los años de vida útil hasta los 65 años.

En otros casos, se recurre al establecimiento de un valor por punto de incapacidad que se ajusta periódicamente.

El nuevo Código establece concretamente una metodología de cálculo. Lo hace en su art. 1746 al disponer que: *“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”.

Constituye un importante avance en esta materia, pues en razón de la validez nacional que caracteriza a las normas del CCyC, todos los tribunales del país están obligados a su aplicación, por lo que deberán dejar de lado cualquier otro método de cálculo. Se logra así una valiosa y ponderable uniformidad en los criterios de valuación de los daños.

La norma reconoce su antecedente en al fallo dictado en in re: “Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina – Sentencia N° 36010 – dictada por la Sala III de la CNAT” en el año 1978. Por medio de la misma se fija la reparación en un capital que, puesto a un interés del 6% anual, se amortice en un período calculado como probable de vida útil laborativa del accidentado (edad de jubilación), mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubiera percibido de no haber mediado el evento.

¹⁶ Resarcimiento de Daños, Daños a las Persona, tomo 2b, Pérdida de la vida humana, pág. 469/476 editorial HAMMURABI 1991.-

La fórmula es la siguiente: $C = a \times (1 - V^n) \times 1/i \times \% \text{ de incapacidad}$.

Donde:

- C: es el capital a percibir;
- a: es la sumatoria de las remuneraciones percibidas durante el año anterior al accidente o daño sufrido por el trabajador;
- $V^n = 1/(1+i)^n$
- i: la tasa de interés anual, que para este caso es de 0,06 (6%);
- n: es la cantidad de años restantes hasta el límite de vida útil de 65 años.

Posteriormente, fue dictado con fecha 28 de abril de 2008, el fallo en los autos "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente"¹⁷ – Sentencia N° 89.654 – Sala III de la CNAT al ser descalificada la vieja fórmula Vuotto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso in re: "Aróstegui Pablo Martín c/ Omega ART S.A."¹⁸ y Pametal Peluso y Cia." Teniendo en cuenta los cuestionamientos formulados por el más alto Tribunal, la Sala III de la Excma. C.N.A.T dictó sentencia desarrollando una nueva fórmula de cálculo. Con relación a la fórmula "Vuotto", la desarrollada en "Mendez" presenta algunos cambios que la hacen más equitativa y ajustada a la actualidad, aunque se basa en la misma fórmula detallada anteriormente. A saber:

$$C = a \cdot (1 - V^n) \cdot 1/i$$

donde:

$$V^n = 1/(1+i)^n$$

a = salario mensual x (60 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad

n = 75 - edad del accidentado

i = 4% = 0,04

Veamos un ejemplo: Supongamos una persona que sufre un accidente de tránsito a consecuencia del cual sufre una incapacidad permanente parcial definitiva (IPPD) del 35% t.o. Su ingreso mensual es de \$ 44.000 y contaba al momento del accidente con 45 años.

Vn: 0.30831867

a: 266933.33333333

n: 30

i: 4 %

De acuerdo a la fórmula MENDEZ / VUOTTO, la indemnización sería la siguiente: $C = \underline{\underline{\$4.615.820,08}}$ ¹⁹

¹⁷ El Derecho - Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social , Tomo 2008, 911 - Cita Digital: ED-DCCVC-137

¹⁸ Fallos: 331:570

¹⁹ Puede consultarse la fórmula y su aplicación para el cálculo de la indemnización en la página web: <https://garciaalonso.com.ar/calculadora-vuoto-mendez/>.

El valor por punto de incapacidad para esta persona, grado de incapacidad, edad e ingreso, es de \$ 131.880,57.

Obviamente, la suma indicada deberá ser acompañada por los valores indemnizatorios establecidos en los art. 1738 y por las consecuencias no patrimoniales prevista en el art. 1741.

Reciente jurisprudencia ha señalado en este sentido que: “...*Se ha insistido, más aún desde la sanción del Código Civil y Comercial –especialmente en virtud de lo dispuesto por el art. 1746–, que para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas que proporcionan una metodología común para supuestos similares. No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte; lo que se procura es algo distinto y consiste en efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar. [...] Para utilizar criterios matemáticos a fin de la determinación de la indemnización por incapacidad sobreviniente, deben ser ponderados los ingresos de la víctima –acreditados en el expediente–, las tareas desarrolladas al momento del hecho, cuáles se vio impedido de seguir realizando y las posibilidades de ingresos futuros, suma final que invertida en alguna actividad productiva permita a la víctima obtener una renta mensual equivalente a los ingresos frustrados por el ilícito, de manera que el capital de condena se agote al final del periodo de vida económica activa del damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio...*”²⁰.

Sin embargo, en la aplicación de esta formulas no es infrecuente que en algún momento se incurra en un exceso al dar por resultado sumas dinerarias alejadas de la equidad y constancias de la causa. Cabe tener presente, que la Corte Suprema, en el ámbito laboral como en el civil, ha establecido en esta materia que: “... *Corresponde invalidar la sentencia con arreglo a la conocida doctrina del Tribunal sobre arbitrariedad de sentencias, si la cámara elevó la condena a una suma cercana al triple del importe estimado por la propia actora en su demanda mediante la mera invocación de pautas de extrema latitud que no permiten verificar cuáles han sido los fundamentos o el método seguido para establecerla - consideración un salario y el porcentaje de incapacidad- elementos que, aunque tienen relevancia en la cuantificación del daño, no son suficientes para justificar el significativo valor finalmente determinado en concepto de reparación.*

El fallo exhibe una evidente orfandad de sustento por cuanto no expone argumento alguno que avale la aplicación de intereses -a la tasa activa para préstamos personales de libre destino del Banco Nación- desde "la primera manifestación invalidante, pese a haber señalado expresamente con anterioridad que la determinación del importe de condena se hacía "en cálculos hodiernos", es decir al momento del dictado de la sentencia. Autos: "Fontana, Mariana Andrea c/ Brink's Argentina S.A. y otro s/ accidente - acción civil" - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fecha: 03-10-2017 - Publicación: El Derecho - Revista

²⁰ Autos: P., D. A. c. S., M. E. y otro s/daños y perjuicios. Tribunal:Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala D; Fecha: 14-02-2020; Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 288, Cita Digital: ED-CMXIX-235.-

de Derecho del Trabajo y Seguridad Social , Tomo 2017, 1001 - Cita Digital: ED-DCCCXXXV-716.

Se trata de una vieja pero vigente doctrina de la Corte en cuya aplicación ha sido muy severa: *"El hecho de que se admita que para la determinación del resarcimiento las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir al respecto de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación."* (CSJN, 4/10/94, Gonzalez Miguel A. c/Nuevo Federal S.A. y ot., JA 5935, 5/95 - Fallos: 317:1144; Fallos: 340:1380-reiterado en Fallos: 341:262; Fallos: 342:1459; Fallos: 342:1017; Fallos: 342:875; Fallos: 342:867; Fallos: 342:256 y en in re: CNT 18972/2009/2/RH1; Alarcón, Gerardo Daniel c/ Sapienza, Walter; Daniel y otros s/ accidente - ley especial, de fecha 27/02/2020).-

Cabe recordar que el deber de fundamentación de las sentencia es de tal vital importancia que ha sido consagrado en el art. 163 del CPr., y en el art. 3° del nuevo CCyCN.

El supuesto de fallecimiento de la víctima.

Este mismo procedimiento de cálculo puede ser utilizado para el caso de fallecimiento de la víctima.

Para este supuesto, el código establece en su art. 1745 que: *"En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:*

a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;

*b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; **el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;***

c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido²¹."

Las pautas para la fijación de la indemnización serán entonces:

- El tiempo probable de vida de la víctima. Esta información se suele obtener de las tablas de mortalidad que actuarialmente utilizan las aseguradoras del ramo vida.
- Las condiciones personales de la víctima, edad, sexo, ocupación, condición social, etc.
- Las condiciones personales de los reclamantes, ya que las necesidades de los deudos pueden variar según su educación, trabajo, edad, sexo y condición social²².

²¹ "... Cuando se trata de indemnizar la pérdida de la vida, lo que se indemniza es la "chance" o probabilidad de que en el futuro el damnificado pueda recibir apoyo de la fallecida, tanto en lo material y económico como en los cuidados personales y apoyo espiritual, y si bien esa pérdida constituye una zona gris, intermedia o límite entre el daño cierto o incierto, debe reconocerse que, especialmente con relación a las familias de recursos modestos esa posibilidad encierra una fuerte dosis de probabilidad (esta cámara., Sala G, 12/06/2006, DJ, 2007-1-107). En estos conceptos claramente se encuentran contenidos los conceptos asistencia y cooperación económica también reclamados". Autos: B. L. M. c/ A. C. L. Y OTROS s/ daños y perjuicios; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala H; Fecha: 09-10-2019; Cita Digital: ED-CMVIII-292.

Contempla la indemnización de la chance por la pérdida de ayuda económica que pueden sufrir los padres con relación al fallecimiento de un hijo. Nos remitimos a lo que hemos comentado más arriba al respecto.

Sin duda el código impondrá una uniformidad de criterios y reforzará la idea en cuanto a que las sentencias deben contar con un fundamento razonable. Más allá de ello, los jueces gozarán de un más amplio criterio y discrecionalidad para fijar las indemnizaciones.

El nuevo Código tiene por finalidad la protección de las personas, por ello la responsabilidad civil centra su mirada en el damnificado. Habrá que ver como en definitiva se va desarrollando los casos y la jurisprudencia que se vaya dictando.

Cómo evaluar el riesgo de RC?

Se trata de un método de evaluación del riesgo que se inicia con un análisis de su potencialidad siniestral. En algunas ocasiones las personas optan por retener el riesgo - autoseguro- partiendo de la base que cuentan con los recursos financieros para cubrir sus consecuencias o parte importante de ellas. En otras ocasiones, dada la importancia del riesgo optan por transferir el riesgo a un asegurador a través de la celebración de un contrato de seguro.

Cabe recordar que en los seguros de RC, en los que el daño eventual no es determinable, la suma asegurada tiene por finalidad obligar al asegurador al pago de la indemnización hasta el monto asegurado, sin considerar si existe o no infraseguro, aún en caso de daño parcial (no aplica la regla proporcional) . Ello es así en razón que el citado límite no resulta en relación a una cosa o bien determinado, sino por la fijación de cierta suma y su restricción a la responsabilidad derivada de ciertos hechos, por lo que opera como un límite de la indemnización, pero no del valor del seguro²³ .

Sin embargo, a pesar que en los seguros de RC -como vimos- no resulta de aplicación la regla proporcional que prescribe el art. 65, 2° pfo., de la ley 17.418, los efectos de la inflación y de la desvalorización monetaria pueden impactar de un modo más que negativo en el patrimonio del tomador/asegurado pues, la suma asegurada que al inicio del contrato pudo haber cubierto el 100% de una eventual deuda de RC, por efecto de la depreciación de su valor dinerario nominal -a consecuencia de los resultados económicos reseñados-, producen un aumento

²² La vida humana no tiene valor económico por sí misma, sino en consideración a lo que produce o puede producir. Por lo tanto, cuando nos encontramos en presencia de la muerte de la víctima, lo que debe resarcirse son los efectos económicos producidos en los damnificados por su fallecimiento o estado de discapacidad, puesto que ellos fueron perjudicados por la falta o disminución de los bienes que proveía la víctima. A los fines de proceder a la cuantificación del "valor vida" debe adoptarse un criterio que en cada caso pondere las específicas características de la víctima, especialmente las referidas a la edad, su preparación intelectual o capacitación para el trabajo y el nivel socio-económico en el que se desarrollaba, aunque también deben ponderarse aquellas condiciones personales de los beneficiarios que constituyen igualmente variables futuras, que incidirán en la definitiva cuantificación del resarcimiento (Conf. CNCivil, sala A, 17/02/2005, DJ, 2005-2-100). En otros términos, deben valorarse en relación con la víctima circunstancias tales como su capacidad productiva, su edad, sus ingresos, su profesión, su sexo, su vida probable, sus condiciones personales y con relación al damnificado por el fallecimiento, deben considerarse la asistencia que recibía, su edad, sus necesidades asistenciales, su sexo, su vida probable. Autos: B. L. M. c/ A. C. L. Y OTROS s/ daños y perjuicios; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala H; Fecha: 09-10-2019; Cita Digital: ED-CMVIII-292.

²³ Isaac Halperín; SEGUROS, Exposición Crítica de las leyes 17.418, 20.091 y 22.400; Tercera edición actualizada y ampliada por Nicolás Barbato; pág. 912/913, 916; año 2001.

imprevisto de la retención del riesgo (autoseguro) en cabeza del tomador/asegurado al operar como límite desvalorado de una indemnización, materia sobre la que ni el tomador/asegurado ni el asegurador pueden evitar a consecuencia de la ley 25.561 que ha prohibido las cláusulas de ajuste por inflación²⁴.

La tarea no es sencilla. Por una parte, se encuentra el seguro obligatorio estatuido por el art. 68 de la ley de tránsito, 24.449, que delega en la Superintendencia de Seguros de la Nación la fijación de la suma asegurada y su actualización periódica -lo que no se cumple con la regularidad debida- por lo que torna al hecho en una circunstancia ajena a las partes del contrato.

Por el otro, se encuentra el seguro voluntario individual de RC para el ejercicio de una actividad, profesión, etc. Generalmente el tomador/asegurado no tiene una noción exacta de los valores dinerarios que pueden generarse al dispararse un reclamo de responsabilidad civil.

Una forma de lograr cierta aproximación al valor dinerario que supone la exposición al riesgo de RC, es recurriendo a la página Web del Poder Judicial de la Nación²⁵ e ingresar en la solapa “Cuantificación de Daños” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, tanto para las lesiones incapacitantes (parciales o totales) como con relación al fallecimiento de la víctima.

Las fórmulas financieras utilizadas para el cálculo de las indemnizaciones a las que hemos hecho referencia “ut supra”, pueden constituir una forma poco ortodoxa de evaluar el riesgo teórico al que se encuentra expuesta una persona.

Lo ideal sería poder calcular actuarialmente el comportamiento del riesgo en el pasado, de modo que permita determinar con cierta certeza, su comportamiento futuro, pero dado que esta tarea es compleja y reservada a la técnica aseguradora, convendrá limitar el análisis a algunos casos que permita obtener una idea empírica y más próxima que la mera intuición, a lo que representa el riesgo que pesa sobre nuestro patrimonio.

Generalmente, la mayor exposición a riesgo -cuando hablamos de un seguro de RC profesional- se encuentra en aquellos que recién se inician en su especialidad e incumbencia, más allá de la especialidad. Como se trata de un seguro cuya tasa de prima es mayor proporcionalmente que la que se aplica por ej. un seguro automotor, los escasos recursos de los noveles profesionales los llevan a desistir de su contratación o bien a hacerlo bajo una prima o precio que se acomode a su situación económica, lo que generalmente se traduce a una suma asegurada más reducida a la exacta dimensión del riesgo.

Generalmente estos profesionales se encuentran vinculados a una Institución Sanitaria (pública o privada), obra social, Colegio Profesional, que tienen contratada una póliza para el riesgo propio de la actividad, entre los cuales se encuentran el personal que cuenta con un título universitario, el personal auxiliar y los equipos técnicos, las máquinas y herramientas utilizados para el logro de la actividad en cuestión, etc.

En estos casos la evaluación del riesgo no es sencilla -por tratarse de un riesgo múltiple - por lo que lo aconsejable es que sea realizada por un equipo interdisciplinario que pueda evaluar

²⁴ El Dr. Isaac Halperín ya advertía sobre este fenómeno: “... La inflación y la desvalorización monetaria ponen al asegurado en constante riesgo de caer en infraseguro, y por consiguiente no ser plenamente indemnizado a pesar de los fines perseguidos por el contrato; de ahí la conveniencia de insertar cláusulas de reajuste periódico del valor asegurado (v.gr., por índices de revaluación), con el consiguiente ajuste de las primas”. (obr. Cit., pág. 914).

²⁵ <https://www.pjn.gov.ar/>

con la mayor exactitud cuál es la exposición al riesgo de RC y cuáles son los valores dinerarios que se encuentran en juego. Las medidas de prevención adoptadas por el tomador/asegurado resultan de fundamental importancia para esta evaluación con directa incidencia en el costo final del seguro.

Obviamente, lo más aconsejable será recurrir al asesoramiento de expertos técnicos en esta materia o bien, a la especialidad de un Productor Asesor de Seguros cuyo consejo resultará fundamental para delimitar el riesgo y su aseguramiento²⁶.

²⁶ Si se desea profundizar esta temática, sugiero ver nuestro trabajo: "La técnica de delimitación del riesgo, la franquicia y la suma asegurada. Comentario al fallo "L., M. L. y otros c/ G., J. J. y otros s/ daños y perjuicios - responsabilidad profesional médicos y auxiliares", Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 288; Fecha: 17-06-2020 Cita Digital: ED-CMXIX-779.