

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)

The quantification of damages for disability and non-material damages in the Civil and Commercial Code of the Nation (about five years from the beginning of its validity)

Enrique Máximo Pita | epita@fcjs.unl.edu.ar

Carlos Emilio Depetris

Instituto de Derecho Civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional del Litoral

Resumen

El artículo repasa algunos de los problemas interpretativos generados con la entrada en vigencia de los Artículos 1741 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Abstract

The article reviews some of the interpretive problems generated with the entry into force of Articles 1741 and 1746 of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation.

Palabras clave

cuantificación de daños · argumentación jurídica · incapacidad · daño moral · intereses

Key words

quantification of damages · legal arguments · disability · non material damages · legal interests

Introducción

El Código Civil y Comercial (CCyCN) contiene cambios significativos en el ámbito de la *cuantificación de daños*. En el capítulo I del título V del libro tercero (Arts. 1708 a 1780) se plasmó un régimen sistemático de la institución de la responsabilidad civil superador de las reglas que contenía el viejo Código. En lo que atañe al *daño* como presupuesto (sección 4ª), es sensible la mejoría que se percibe respecto al régimen derogado, al establecerse de modo expreso el principio de reparación plena, al detallarse los requisitos de resarcibilidad y los diferentes tipos o especies de daños, al ampliarse la legitimación para el reclamo indemnizatorio de las consecuencias no patrimoniales, y al incluir disposiciones sobre la atenuación de la responsabilidad, las cláusulas liberatorias, el daño moratorio y el curso de los intereses.

Particularmente en este tramo, el nuevo Código incluye también directivas específicas respecto a cómo debe adoptarse la decisión atinente a la cuantificación del daño moral (Art. 1741 *in fine*) y de las lesiones a la integridad psicofísica (Art. 1746), que han suscitado debates doctrinarios e impulsado cambios jurisprudenciales que inspiran este trabajo.

No es posible realizar en pocas páginas un balance exhaustivo sobre todas las cuestiones ligadas a estas nuevas normas. Por lo tanto, no es aquí un objetivo viable el del agotamiento del tema, sino el más modesto de presentar brevemente algunos de los muchos problemas que aquéllas han suscitado y sentar nuestra posición al respecto.

1. Derecho transitorio

Una primera cuestión que merece abordarse es la relativa al derecho transitorio o aplicación intertemporal de las nuevas directivas. Obviamente, estas regirán a las relaciones jurídicas indemnizatorias, nacidas luego de su entrada en vigencia. Las dudas recaen sobre las relaciones jurídicas que están en curso de ejecución, *in fieri*: cuando se trata de reclamos por daños producidos antes de la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo pero que no han sido definitivamente resueltos. A cinco años de la entrada en vigor del Código, podría pensarse que el tema ha perdido interés, pero en verdad lo mantiene dado que se tramitan en la actualidad innumerables causas captadas por esta sombra de incertidumbre, que razones de seguridad jurídica e igualdad exigen sean resueltas al amparo de un mismo régimen jurídico.

Es conocida la fuerte confrontación doctrinaria que disparó en su momento lo referente a la aplicación temporal del nuevo Código.⁽¹⁾ La práctica jurídica fue poco a poco despejando el camino, y es dable afirmar —transcurrido un lustro— que la jurisprudencia se inclinó mayoritariamente por la postura asumida por Aída Kemelmajer de Carlucci en el debate.⁽²⁾ Debe decirse que para tal desenlace de la controversia, resultó relevante la temprana toma de posición realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,⁽³⁾ como también la publicación de varios artículos y dos libros sobre el tema que emprendió Kemelmajer por entonces.

Superado el conflicto en términos generales, subsiste el problema específico sobre la aplicación de las nuevas pautas de cuantificación a los procesos que recaen sobre daños anteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código. Al respecto, se han dado tres posturas en nuestra jurisprudencia:

⁽¹⁾ Al respecto, v. Medina, Graciela (2012) Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código. *La Ley* 2012-E, p. 1302; Kemelmajer de Carlucci, Aída (2015). El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme. *La Ley* 2015-B, p. 1146; Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1º de agosto de 2015, en diario *La Ley* del 02/06/2015, p. 1; *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015; y Rivera, Julio C., Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso, en diario *La Ley* del 04/05/2015, p. 1; Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite Algunas propuestas, en diario *LL* del 17/06/2015, p. 1.

⁽²⁾ Se juzgó así que, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 7º CCyCN, debía analizarse en cada caso si la nueva norma en cuestión era de naturaleza imperativa o supletoria, y si se trataba de consecuencias cumplidas o no cumplidas de la relación o situación jurídica, a fin de determinar su posible aplicación inmediata. Expresado en otros términos: que no debía arribar a soluciones drásticas y genéricas como la adoptada tempranamente por el conocido Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew (Acuerdo N° 194 del 15 de abril de 2015, «una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó»). Como tampoco a la tesis propiciada por Julio C. Rivera en la discusión, más tajante aún, en orden a que «a los procesos en trámite, en general, no les era aplicable el nuevo Código y debían ser resueltos al amparo de la normativa derogada».

⁽³⁾ CSJN, 06/08/15, «D. L. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo», Fallos, 338:706. Más tarde, entre otros, v. 29/03/16, «Terren», Fallos, 339:349.

- i) la que rechaza la aplicación de las nuevas directivas legales;⁽⁴⁾
- ii) la que las aplica como «pauta interpretativa», «criterio rector» o fórmulas semejantes;⁽⁵⁾
- iii) la que hace uso de ellas como derecho vigente y aplicable al caso.⁽⁶⁾

Creemos que esta última es la tesis correcta, sobre la base de coincidir con la idea de que la *cuantificación* del daño no se confunde con su *existencia*, tratándose aquella de una operación que debe realizarse según la ley vigente al momento de la sentencia, determinando su medida o extensión.⁽⁷⁾ Se trata esta de una de las tantas decisiones que integran la sentencia que, principalmente, resuelve repararlos, siendo su dictado «la oportunidad de estimación de los valores considerando las variaciones del daño» (Zannoni, 2005:306). Por consiguiente, una norma que establece puntualmente cómo debe llevar a cabo tal estimación el juez, es imperativa y se aplica inmediatamente a todos los procesos de indemnización de daños y perjuicios en trámite.

Lo expuesto aplica tanto a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente (Art. 1746) como a la del daño moral, o por las consecuencias extrapatrimoniales (Art. 1741). En ambos rubros indemnizatorios, las nuevas pautas contenidas en las normas citadas se aplicarán de inmediato a los casos no juzgados, ello así incluso cuando el ordenamiento derogado permitía arribar a similar resultado, aun en defecto de norma expresa.

2. Exigencias argumentativas de la decisión que cuantifica daños

En la teoría y la filosofía del Derecho ha cobrado una importancia superlativa en las últimas décadas la teoría de la argumentación jurídica y con ella, el llamado *enfoque argumentativo del Derecho*, perspectiva desde la cual se visualiza a este «como argumentación» o como una práctica social compleja *principalmente interpretativa o argumentativa*. Se afirma así que no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas.⁽⁸⁾

⁽⁴⁾ CNCiv., sala F, 02/09/19, «Gonceski» en diario *La Ley* del 14/11/19, AR/JUR/27672/2019; CCCSFe, sala II, «Olivera», 18/09/18, publicado en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>

⁽⁵⁾ CCCSFe, sala I, «Barrios», 05/07/16, publicado en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>

⁽⁶⁾ CNCiv., Sala A, 31/08/15, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros La Ley*, N° 3, marzo de 2016, p. 132; CCCSFe, sala III, «Barrera», 08/11/17, «Pigatto», 17/05/19, «Operto», 11/10/19, publicadas en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>

⁽⁷⁾ En esta dirección, v. Galdós, Jorge (2015) El artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación y la responsabilidad civil, en diario *La Ley*, p. 3, AR/DOC/3711/2015; Kemelmajer de Carlucci (2016). La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte, Rubinzal-Culzoni, p. 234; Sáenz, Luis R. La aplicación de la ley con relación al tiempo y el Derecho de Daños. *Rev. Código Civil y Comercial La Ley*, año I, N°6, p. 150; y Depetris, Carlos (2016). El derecho transitorio en materia de responsabilidad civil. *Revista de Responsabilidad y Seguros La Ley*, N° 7. En contra: Jalil, Julián (2015). La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del artículo 7° del Código Civil y Comercial. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 11, p. 26.

⁽⁸⁾ Explica el autor que con el proceso de constitucionalización del Derecho, los poderes estatales son limitados y deben justificarse de un modo mucho más exigente, sin que resulten aptos para ello la referencia a la autoridad (a que la decisión fue adoptada por el órgano competente), ni al cumplimiento de los procedimientos exigibles, sino que se requiere un control en cuanto al contenido. Y afirma: «(...) el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone un sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado

Sin necesidad de adherir explícitamente a este posicionamiento teórico, la observación de las distintas modalidades en cómo se despliega la práctica del Derecho conduce a coincidir con aquella idea de la relevancia de la argumentación en la experiencia jurídica. Más todavía, si nos enfocamos en la actividad que despliegan los jueces, quienes en el cometido de dirimir conflictos y adoptar decisiones, deben *comunicarlas* incluyendo las *razones* con las que procurarán darles sustento racional, pues no se concibe en nuestro tiempo una sentencia falta de motivación. Dicha «inclusión de razones» no podría válidamente hoy consistir en un mero expediente para salir del paso, puro formalismo o retórica; por el contrario, para satisfacer exigencias cada vez más fuertes demandadas por la comunidad, habrá de deparar el trabajo más arduo en la construcción de la sentencia.

En nuestro país, esta sobreexigencia argumentativa ha quedado plasmada como directiva expresa para los jueces en el artículo 3° del Código Civil y Comercial. Aquello de la «decisión razonablemente fundada» no representa una verdad de perogrullo, una obviedad intrascendente —como quizá a primera vista puede pensarse— sino la materialización de este cambio más que significativo para la práctica jurídica, de esta renovada exigencia de argumentación de las decisiones.

Traída al campo de la decisión judicial relativa a la cuantificación de daños, supone la implementación en tal tarea de un discurso justificativo que permita, a la comunidad en general y a los destinatarios de la sentencia en particular, conocer el razonamiento realizado, evaluarlo y, en su caso, objetarlo (Depetris, 2019:146). No ocurre tal cosa cuando se descansa en la ilimitada discrecionalidad del decisor, en la más recóndita subjetividad incommunicable, ni cuando el discurso es pura retórica insustancial que ningún aporte argumentativo brinda para arribar —en términos de racionalidad— a una conclusión válida. Fórmulas tales como «teniendo en cuenta la edad de la víctima, su ocupación y su grado de incapacidad, prudencialmente se fijará la indemnización en x» dan muestra suficiente de este proceder, que se encamina más a sortear el problema de la indeterminación cuantitativa que a obtener su debida solución.

Lo dicho viene a cuento para resaltar la importancia de los cambios que pueden apreciarse en la jurisprudencia de los últimos años, que ha dedicado crecientes esfuerzos para motivar racionalmente —y no de modo intuitivo— esta decisión específica del proceso de daños. Cambios jurisprudenciales que comienzan a percibirse, incluso, en tribunales superiores de nuestro país, trazando una senda que poco a poco y enhorabuena va despejando la niebla predominante en el pasado a este respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos Fallos recientes ha hecho referencia a la necesidad de hacer «cálculos» en la determinación de indemnizaciones por incapacidad para motivar adecuadamente la sentencia. Sostuvo que la tacha de arbitrariedad era procedente cuando la solución no se encuentra debidamente fundada y que ello ocurre cuando el juez fijó una indemnización «sin proporcionar cálculo alguno que le otorgue sustento válido»,⁽⁹⁾ o cuando «sin proporcionar ningún tipo de fundamentación seria que justifique su decisión, fijó dogmáticamente una suma resarcitoria».⁽¹⁰⁾

de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos». (Atienza, 2010:60)

⁽⁹⁾ CSJN, 03/09/19, «Ibarra», Fallos, 342:1459

⁽¹⁰⁾ CSJN, 08/10/19, «Ripp, Juan Ignacio c/ Personal Collect S.A. s/despido». También la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe invalidó un pronunciamiento de Cámara que había dispuesto una reducción de un rubro indemnizatorio,

3. Cuantificación de la incapacidad sobreviniente

Mucho podría escribirse como balance sobre este rubro particular que presenta múltiples aristas. Nos limitaremos a abordar brevemente algunas de ellas.

3.1. El uso de fórmulas matemáticas

Se ha interpretado, en general, que el Artículo 1746 CCYC^N ordena la utilización de algún tipo de fórmula matemática a fin de calcular ese capital cuyas 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»⁽¹⁾. Tres aclaraciones merecen hacerse:

- i) Que el uso de fórmulas no implica ni supone «exactitud» sobre la dimensión del daño que intenta valuarse; el juez no es profeta ni adivino; no puede saber cuánto vivirá la víctima, cuáles serán sus ingresos ni la suerte que le deparará la vida. Se trata de estimar el valor de un daño cuya dimensión siempre será incierta, sobre la base de la experiencia y previsibilidad humana y como un intento más serio y responsable que el de acudir al *ojo de buen cubero* o a la pura intuición.
- ii) Que la fórmula a emplear no abarca la indemnización del rubro «incapacidad» en toda su extensión, sino que de acuerdo a las circunstancias del caso habrá *sub rubros* que podrán exigir otro procedimiento racional de cuantificación; vgr. lo referente al resarcimiento de las actividades no productivas económicamente valorables, una pérdida de la chance de obtener ingresos o evitar una pérdida, o la determinación del daño experimentado en períodos pasados que por la distinta racionalidad que el cálculo demanda no podrían incluirse en las fórmulas matemáticas usuales.
- iii) Que el resultado numérico que arroje la fórmula a emplear no necesariamente representará el *quantum* a otorgar por el rubro; siempre el juez contará con un margen de apreciación de las circunstancias para elevarlo o disminuirlo, con la única condición de argumentar la variación que establezca.

3.2. ¿Qué fórmulas?

Determinada la necesidad de utilizar algún tipo de fórmula matemática para dar cumplimiento con la pauta indemnizatoria fijada por el artículo 1746 CCYC^N, surge el interrogante en torno a qué procedimiento racional de cálculo implementar. Es bien sabido que en el país se han diseñado diversas fórmulas para ello. Aunque con distintos nombres y

señalando que las consideraciones formuladas para ello «permanecen en un plano abstracto y genérico», mencionándose «algunas pautas a tener en cuenta —así incapacidad laborativa, social, estética, física, edad, deformidades físicas, entre otras—, pero sin relacionarlas de manera objetiva con el caso concreto, ni explicar razonadamente cómo incidirían en la reducción efectuada del resarcimiento acordado en baja instancia» («Valpondi», 10/10/17, A. y S., t. 277, pp. 472–476).

⁽¹⁾ Por todos, v. Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos (2017) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo 1 Parte General, Rubinzal–Culzoni, pp. 755–756; Picasso, Sebastián y Saenz, Luis, su comentario al Art. 1746 en Herrera, Caramello y Picasso (Dirs.) [2015] *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV, Infojus, p. 461 y Acciarri, Hugo (2015) Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código, LL 2015-D, p. 677. En contra: CCCSFe, Sala II, 18/09/18, «Olivera» en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/>

expresiones algorítmicas, algunas («Vuotto»,⁽¹²⁾ «Marshall» y «Las Heras–Requena», estas dos nacidas en la jurisprudencia cordobesa) arrojan resultados idénticos y son las de uso más frecuente en el ámbito civil.⁽¹³⁾ Un incremento significativo se da con la fórmula «Méndez» (o «Vuotto II»),⁽¹⁴⁾ dado que extiende la edad tope a 75 años, baja la tasa de descuento a un 4% y actualiza el ingreso base tomando en cuenta la edad, las perspectivas de mejora y el riesgo de desempleo, a fin de que la reducción de la escala refleje la de la probabilidad de mejoras respecto de las opuestas, hasta que pueda estimarse probable la estabilización del ingreso, lo que ocurriría a los 60 años. Este cambio en la variable de ingreso base se implementa a través de una nueva fórmula (ingreso actual x 60 / edad al momento del accidente, tope de 60 años). Los resultados cuantitativos son sensiblemente superiores a los que arrojan las otras fórmulas.⁽¹⁵⁾ Entre dichos extremos se ubica la llamada «fórmula Acciarri» (2015) publicada a través de una planilla de cálculo en la página de la Universidad Nacional del Sur,⁽¹⁶⁾ que tiene como ventaja la de permitir incorporar al cálculo, gradualmente o del modo que el operador decida de acuerdo a 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.⁽¹⁷⁾

3.3. Cuantificación del lucro cesante derivado de la incapacidad

El lucro cesante experimentado por la víctima como consecuencia de las secuelas invalidantes, suele ser valuado a través del uso de algunas de las fórmulas mencionadas. Cabe al respecto formular las siguientes precisiones:

3.3.1. Necesidad de discernir entre el daño actual y el daño futuro

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* (las pérdidas experimentadas desde el hecho dañoso hasta el momento de la sentencia). Es que mientras para el *lucro cesante futuro* 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

⁽¹²⁾ Surgida en la causa «Vuotto c. Telefonen» (CNAT, Sala 3, 16/07/78, La Ley 1979-C, p. 620).

⁽¹³⁾ CCCSFe, sala I, «Barrios», cit.; CCCRos., sala I, 04/06/19, «Báez, Graciela» publicada en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>

⁽¹⁴⁾ CNAT, Sala III, 24/08/08, *La Ley*, Supl. Derecho del Trabajo, junio de 2008, p. 668.

⁽¹⁵⁾ Para graficarlo: si calculamos la indemnización con iguales datos (ingreso anual 400.000, edad al momento del hecho 35, edad tope 65, incapacidad 50%), «Vuotto» arroja la suma de \$4.471.291, mientras que «Méndez» \$7.678.785. Esta última fórmula es usada en el ámbito civil, v. CCCMercedes, 24/04/18, «Romano» en <https://www.camercedes.org.ar/jurisprudencia/romano-miguelc-denezio-alicia-s-danos-y-perj-autom-c-les-o-muerte-exc-estado/>

⁽¹⁶⁾ <https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de-indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-ccyc/>

⁽¹⁷⁾ Utilizan la «fórmula Acciarri» en la provincia de Santa Fe: CCCSFe, sala III, causas «Pigatto», «Leiva», «Operto», «Correnti», entre otras; CCCyLab. Reconquista, causa «Gómez» (todas publicadas en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>). También, Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 1 de Santa Fe (v. por todos, 09/03/2020, «Nicola, Mario Fernando C/ Del Barco, Juan Manuel s/ Daños y Perjuicios», Expte. 476/13 – CUJJ 21-12067414-2).

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).⁽¹⁸⁾ En el punto 5 ampliaremos al respecto.

El distingo exige la realización de dos cálculos con diversa lógica que contemplen esta diferencia conceptual, pues de incluirse el período pasado en la fórmula ideada para períodos futuros se estaría perjudicando (gravemente, en ciertos casos) a la víctima, al no reconocerle intereses a los que tiene derecho. Y, a la vez y peor aún, al sustraerle sumas indebidamente por la aplicación de una tasa de descuento sin que exista alguna razón que lo justifique.

La jurisprudencia cordobesa ha hecho abundante aplicación de este distingo y en los últimos tiempos el mismo comenzó a propagarse fuera de sus límites.⁽¹⁹⁾

3.3.2. El cálculo del lucro cesante futuro y sus variables

Entendemos que la cuantificación del lucro cesante futuro debe realizarse a través de una fórmula matemática diseñada para extraer el capital descripto en el Artículo 1746 CCCN. Ello requerirá de una serie de decisiones (jurídicas) sobre las variables a utilizar, todas las cuales deben ser motivadas. Las variables son:

- (a) *Edad de la víctima*. Si se coincide con que cabe distinguir entre lucro cesante pasado y futuro y que, por tanto, la fórmula que aplicaremos calculará sólo este segundo sub rubro, la edad a considerar será la de la víctima *al momento de la sentencia*; vale decir, al momento de hacerse la cuantificación, ya que el período comprendido entre el evento dañoso y la sentencia será cuantificado mediante otro proceder, como lucro cesante pasado. Vale la pena esta aclaración porque habitualmente cuando se alude a esta variable se la menciona como «edad de la víctima al momento del hecho», y no siempre esto es correcto. Otras razones pueden llevar a computar una edad distinta a la del evento dañoso: así, si la víctima es menor de edad y no trabajaba al momento del hecho; o si luego del evento continúa percibiendo sus ingresos habituales durante un tiempo y luego los pierde o disminuyen; debería aquí tomarse para el cálculo la edad que tenía al momento de la pérdida efectiva pues de otro modo se incluirían períodos en los que no hubo merma.
- (b) *Los ingresos de la víctima, si los tuviere, acreditados o previsibles*. 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

⁽¹⁸⁾ Puede ampliarse en Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de daños*, Tomo 2A, Hammurabi, p. 422; Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo (2018). *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Tomo III. Alveroni, p. 331.

⁽¹⁹⁾ En Santa Fe ha sido adoptado por CCCSF, sala III (causas citadas), CCCyLab. Reconquista (causa citada), CCCSF, sala I (causa «Tavella», publicado en <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>) y por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 1 de la ciudad de Santa Fe (causa citada). Particular mención merece hacerse respecto a la Provincia de Entre Ríos, en la que la CCCParaná, sala III implementó una fórmula matemática que contemplaría el distingo efectuado (v. 18/05/17, «Díaz, Patricia de los Ángeles c/ Buchet, Abel Ángel y Otros s/ Daños y Perjuicios») denominada «fórmula Díaz», que luego fue también aplicada por la Sala I de la misma Cámara (28/06/17, «Moreira», publicada en <http://jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/download/10088.pdf>). En este último precedente («Moreira») se señala que la «fórmula Díaz» pretende superar la distinción entra lucro cesante pasado y futuro, atendiendo así con más fidelidad a la finalidad perseguida por Art. 1746. Tanto la «fórmula Díaz» como el respectivo instructivo pueden consultarse en la página web del Poder Judicial de Entre Ríos (<http://srmt.p.jusentrerios.gov.ar/frf/index.html>) y <http://www.jusentrerios.gov.ar/formula-renta-futura/>)

recién entonces a obligación dineraria (Art. 772 CCyCN). Esta actualización presenta inconvenientes porque no es usual que la víctima acompañe su último recibo de sueldo o una constancia de ingresos contemporáneamente al dictado del pronunciamiento, o bien puede ocurrir que perdiera el trabajo o su actividad productiva para entonces. Pensamos que, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al dictado de una medida para mejor proveer que tienda a esclarecer este aspecto, puede el juez acceder a información que le sea útil consultando las escalas salariales que se publican en internet por los gremios respectivos. 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 cálculo.⁽²⁰⁾

- (c) *El grado de incapacidad determinado en autos.* De ordinario se toma el porcentaje determinado por la pericia practicada en el proceso, o bien en el dictamen de Comisión médica si lo hubiera. No obstante, podría el tribunal apartarse del dictamen en la medida de que brinde argumentos valederos para ello. En ocasiones se produce más de un dictamen con resultados diversos, debiendo escogerse uno o —lo mismo— tomar un porcentaje distinto dando las razones que así lo justifiquen. Cabe señalar, por último, sin entrar en mayores detalles, que en ciertos supuestos existen distintas incapacidades producidas por el mismo evento en los que se debe emplear el *criterio de la capacidad restante* (Método de Balhazard) comenzando con la de mayor magnitud, y continuando de mayor a menor con el resto.
- (d) *La edad tope:* respecto al final del plazo en que la víctima podría razonablemente generar ingresos productivos, varían sensiblemente las posiciones. Hay quienes toman como topes las edades jubilatorias (normalmente 60 años para la mujer, 65 para el hombre), mientras que otros tribunales, sobre la base de considerar que la vida productiva se extiende unos años más que antaño, de la mano del crecimiento de los índices de expectativa de vida (y de la mayor calidad de vida), llevan aquellos límites a edades más avanzadas. Hay en esto un margen apreciable de discrecionalidad para el juzgador, quien para ejercerla válidamente deberá argumentar la decisión que adopte. Resta marcar la necesidad de que la solución que un caso se tome para esta variable no resulte inconmovible, ya que las circunstancias de otro caso pueden aconsejar acortar (vgr. si la víctima presentaba patologías preexistentes que pudieran hacer previsibles dificultades laborativas más tempranas o una vida más corta) o extender el límite en situaciones inversas.
- (e) *La tasa de descuento a utilizar para el uso de la fórmula en el cálculo del lucro cesante futuro.* Esta tasa genera una *reducción* del *quantum* indemnizatorio y no un incremento, que tiene sentido como compensación del pago anticipado de sumas que se habrían percibido en el futuro.⁽²¹⁾ En la jurisprudencia reciente suelen fijarse tasas

⁽²⁰⁾ Acciarri e Irigoyen Testa (2011:3) con remisión a STChaco, 11/08/05 «Giles de Troncoso». También, CCCRos., sala II, 02/11/99 «Kurtz», LLLitoral, 2000, p. 983; CCCSFe, sala III, «Pigatto», cit.

⁽²¹⁾ A través del uso de las fórmulas más comunes (Vuotto, Marshall, etc.) y tomando como variables de cálculo una víctima de 35 años al momento de hacerse la operación, con ingreso anual de \$400.000, una incapacidad del 50% y edad límite de 65 años, la fórmula arrojaría los siguientes resultados: aplicando una tasa del 8% su indemnización por lucro cesante futuro será de \$2.251.556,67, aplicando una tasa del 5% será de \$3.074.490,21 y aplicando una tasa

que rondan entre un 4% y un 8%. No obstante, la Doctrina autorizada propicia una reducción porque en un contexto inflacionario como el que suele presentar el país y en el que nos encontramos en los últimos años, se estaría reduciendo sustancialmente la cuantía indemnizatoria a contracorriente de la realidad económica que muestra dificultades o ya imposibilidad de que el damnificado disponga de mecanismos de inversión a moneda estable y le permitan una rentabilidad equivalente; ello, cuando las tasas internacionales de interés en monedas estables no suelen superar el 2% anual. (Pizarro y Vallespinos, 2017:782–783)

- (f) *Las probabilidades de variación de ingresos reales a lo largo de los años.* La experiencia enseña que la gran mayoría de las personas que ingresan al mercado laboral siendo jóvenes, con el paso del tiempo no mantienen incólume su retribución (a valores reales, no nominales) hasta el cese de su actividad productiva. La gente suele paulatinamente lograr una mejora en su nivel de ingresos hasta llegar a ciertas edades de mayor productividad, mediante ascensos laborales, mayor oficio o experiencia profesional y crecimiento de clientes, suplementos por antigüedad, cambios de empleo, que se traducen en más ingresos, etcétera. Si la víctima fuera un joven empleado público, un albañil ayudante o un profesional recién recibido, es dable esperar (acostumbra suceder) que con el paso del tiempo el empleado público conserve su cargo con un mayor nivel de ingresos por el pago de suplementos por antigüedad o por ascensos en la carrera administrativa; que un albañil obtenga mejor retribución por acumular experiencia, por ascender a colocador, a medio-oficial u otras categorías, o armar un proyecto propio independiente; y que el profesional mejore su situación por mayores estudios, experiencia, reputación, prestancia, etc. En ocasiones menos comunes, ocurre lo inverso: cierto tipo de actividades, muy productivas en edades tempranas, hacen previsible una disminución de ingresos (deportistas profesionales, modelos, algunos ámbitos artísticos).

Como adelantábamos, el uso de las fórmulas clásicas, como «Vuotto», no contemplan tales variaciones, Tal vez no resulten «altamente probables» o seguras, pero la experiencia muestra que en situaciones normales acontece un crecimiento paulatino de ingresos, y bajo otras circunstancias, una merma. La fórmula «Acciarri» permite incorporar esta variabilidad, proyectada a la planilla de cálculo de un modo sencillo. Podrá decirse —se ha dicho— que plasmar los cambios aludidos en el cálculo indemnizatorio importa un ejercicio desmedido de la discrecionalidad del juzgador, quien asumiría el papel de profeta o clarividente previendo, por ejemplo, un crecimiento de un 10% de ingresos reales cada 5 o 10 años. Pensamos más bien que, partiendo de la base (cierta) de que jamás podremos saber qué le deparará o hubiera deparado el destino al damnificado, hay menos discrecionalidad (y menos arbitrariedad) en contemplar estas variaciones preVISIBLES que en dar por hecho que —por utilizar un ejemplo— una persona de 25 años que se desempeña como vendedor categoría B en una casa de electrodomésticos, a sus 65 años seguirá ocupando el mismo cargo sin ningún tipo de mejora real en su retribución, ni siquiera mediante el cobro de los usuales suplementos por antigüedad. Una suposición semejante se aleja

del 2% ascenderá a \$4.479.291,11. Se advierte así la relevancia que guarda la elección de la tasa de descuento y el celo que debe poner el decisor en su elección.

de la realidad de las cosas y, sin embargo, es la que subyace en el uso de las fórmulas referidas, mientras que la diseñada en la Universidad Nacional del Sur permite corregir una prospectiva tan arbitraria. Desde luego, el tribunal deberá explicitar los motivos de las variaciones proyectadas, las que podrán ser tratadas como lucro cesante (si las juzga probables o altamente verosímiles, acordándoles una probabilidad de ocurrencia de un 100%), o como pérdida de chance (si la probabilidad de ocurrencia se juzga menor, asentando un porcentaje inferior, por ej. un 70%). Esta distinción está prevista en la referida planilla de cálculo.

3.3.3. Factores de corrección

En cualquier caso, el juez podrá sumar o restar al resultado cuantitativo que arroje el uso de la fórmula, lo que a su juicio corresponda en términos de equidad. Es el uso de los llamados «factores de corrección» que las circunstancias pueden exigir y que, como cualquiera de estas decisiones jurídicas a las que venimos refiriendo, demandarán una argumentación específica.

3.4. Cuantificación del resarcimiento derivado de la disminución de aptitud para actividades no productivas pero económicamente valorables

El artículo 1746 CCyCN contempla esta posibilidad dentro de la indemnización a reconocer a la víctima que ha sufrido secuelas invalidantes como consecuencia del hecho dañoso. Con independencia del lucro cesante, parece difícil de discutir que quien realizaba actividades no productivas pero económicamente valorables y con posterioridad al hecho se ve limitado o imposibilitado de seguir llevándolas a cabo, pueda esgrimir este daño para obtener alguna compensación. Hacer cotidianamente compras para el hogar, cuidar de hijos menores o de otro familiar que lo requiera, trasladarlos al colegio u otros lugares, pagar impuestos, realizar tareas hogareñas como cocinar, limpiar, lavar ropa, etc., son actividades que no generan directamente réditos o retribuciones económicas, pero que demandan de un estado adecuado de salud en la persona que permita llevarlas a cabo. La afectación a dicho estado y las dificultades o frustraciones que ello pueda deparar para el damnificado en orden a continuar desplegándolas, implica un daño indemnizable.

La cuantificación aquí se presenta más dificultosa y cabe acudir a la prudencia del decisor. En algún caso se ha cuantificado como un porcentaje del lucro cesante, a modo de «factor de corrección» de la indemnización por incapacidad.⁽²²⁾

Por aplicación del principio procesal de congruencia, su reconocimiento queda condicionado a que el damnificado incluya la pretensión indemnizatoria en la demanda y pruebe el daño consecuente. Pero pensamos que no cabe extremar el rigor en ello, en el sentido de que no resulta indispensable que el actor utilice en la demanda una expresión análoga a la prevista en el artículo 1746 CCyCN, siendo suficiente una petición amplia de la indemnización por incapacidad que no se restrinja a la disminución de la aptitud para realizar actividades productivas. En cuanto a la prueba, tampoco sería necesaria la acreditación específica de cada una de las actividades que desplegaba la víctima y su afectación por la incapacidad, dado que puede generarse convicción suficiente a través de indicios y presunciones (por ej., de la acreditación del hecho de que la víctima tiene hijos menores,

⁽²²⁾ CCCSFe, sala III, «Correnti».

razonablemente cabe esperar que destinara parte de su tiempo a este tipo de actividades, y sopesarse su afectación tomando en cuenta el grado y tipo de incapacidad que le fue determinada en la causa).

4. La cuantificación del daño moral

El reconocimiento de la indemnización del daño moral ha sufrido, en nuestro ordenamiento, una evolución que principió con su admisión restringida a los supuestos de delito del derecho criminal —así en el Código histórico— para luego ampliarse notoriamente su ámbito de actuación por la Ley 17.711, que concedió su reparación plena, con algunas restricciones en el ámbito contractual. El CCyCN, en un sistema de responsabilidad civil unificada, se expide sobre el punto en el Art. 1741, bajo el epígrafe «indemnización de las consecuencias no patrimoniales», donde, sin perjuicio de las precisiones contenidas en la norma respecto a la legitimación y a la transmisión de las acciones, en lo que nos interesa particularmente, determina que «el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas». La norma opera ahora en ambos subsistemas de responsabilidad, aun cuando su procedencia y cuantificación en el ámbito contractual puede estar requerida de la comprobación de determinadas circunstancias específicas.

Desde el punto de vista de la terminología utilizada, el CCCN, en el citado Art. 1741, lo denomina *daño por las consecuencias extrapatrimoniales*, calificación que reitera en el Art. 464 inciso n), pero que abandona en el Art. 744, inciso f), oportunidad en que se vuelve a la locución clásica de «daño moral»^[23].

De la nueva normativa —resultante básicamente del Art. 1741 y complementada con las previsiones de los arts. 1737 y 1738— pueden inferirse las siguientes consecuencias:

- i) Para el CCyCN el daño moral tiene un carácter exclusivamente resarcitorio y sus posibles finalidades punitivas o ejemplificadoras se erigen, en todo caso, en resultados indirectamente obtenidos por la reparación de aquel daño, pero ajenos a lo que constituyen su finalidad específica.
- ii) El daño moral tiene autonomía respecto al daño patrimonial y por ello su determinación no depende de lo que proceda por aquel concepto. Desde esa óptica debe desecharse toda propuesta de reparación del daño moral que se pretenda construir en función de un porcentaje del daño patrimonial. Incluso, a veces, el objeto único y prevaleciente del litigio versa sobre daño moral, según es evidente en la muerte de víctimas con productividad inexistente, o se muestra como irreal o dudosa en el porvenir, como ancianos que perdieron sus aptitudes productivas o accidentados con pronóstico de pronta muerte^[24].

^[23] El Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de 2018 —elaborado por la Comisión integrada, entre otros, por los profesores Rivera y Pizarro— suprime la locución «daño extrapatrimonial» para reemplazarla por daño moral que es —según la Comisión— la que mejor se adecua a nuestra tradición, aclarando sus autores que el daño moral es siempre un daño jurídico, cualquiera sea su denominación, pues genera consecuencias preventivas y resarcitorias previstas en el Derecho.

^[24] Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Tomo III, p. 93.

- iii) La amplitud otorgada a la regulación del daño por las consecuencias extrapatrimoniales en nuestro ordenamiento importa desestimar la pretensa autonomía de eventuales «terceros géneros» de daños resarcibles (daño físico, daño biológico, daño al proyecto de vida, daño a la salud), los cuales son en definitiva reconducibles al sistema binario adoptado por el nuevo ordenamiento (daño patrimonial y extrapatrimonial). No es que esos específicos daños no sean reconocidos ni obtengan resarcimiento, sino que la prueba de dichas lesiones será el elemento que permita valorar acabadamente el daño moral y calibrarlo debidamente en el caso concreto, lo cual —de ordinario— engrosará cuantitativamente el daño moral⁽²⁵⁾.
- iv) El criterio adoptado por el Art. 1741 —que remite a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias— debe considerarse una pauta de carácter imperativo y se erige en el único parámetro impuesto por el legislador para fijar el monto de la indemnización en el especial supuesto contemplado⁽²⁶⁾.

La singular referencia a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, contenida en el Art. 1741, pretende dar respuesta al clásico reparo en orden a la dificultad —sino imposibilidad— de resarcir el daño moral, de ponerle precio al dolor. La directiva contenida en la nueva norma pretende transparentar la función de la indemnización que se reconoce por daños no patrimoniales y que consiste en el otorgamiento de una satisfacción o un placer al damnificado, mediante los eventuales bienes que éste puede obtener y los servicios que se puede procurar con dicha indemnización. (Marcellino, 2017:264)

El criterio seguido por la norma había sido desarrollado, con anterioridad, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sostuvo que:

(...) aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida.⁽²⁷⁾

⁽²⁵⁾ Ossola, Federico (2016:157). En igual sentido se expiden Pizarro y Vallespinos (2017:141). autores que justifican la admisión de esos nuevos daños en ordenamientos que sostienen un criterio restrictivo respecto al reconocimiento de la indemnización del daño moral, lo que no ocurre en nuestro derecho, incluso en el vigente antes del CCyCN.

⁽²⁶⁾ Márquez (2000:40). En igual sentido se expiden Zavala de González y González Zavala (p. 85). Para Pizarro y Vallespinos, en cambio, la directiva contenida en el Art. 1741 in fine constituye uno de los parámetros a computar, pero no exclusivo (p. 800). En esa línea, el Anteproyecto de modificación al CCyCN propone reformular la norma estableciendo que las satisfacciones sustitutivas o compensatorias serán ponderadas, «entre otros aspectos».

⁽²⁷⁾ CSJN, 12/04/2011, «Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros», RCyS, noviembre de 2011, p. 261

O sea que, según la norma, no corresponde resarcir la pérdida del bienestar espiritual propiamente dicho sino que, en sustitución de ello, se propone que el Juez pondere con los antecedentes del caso qué bienes, servicios o actividades recreativas podrán traerle a la víctima placer para morigerar o neutralizar los efectos del daño moral padecido y, en función de ello, realizar el cálculo de la suma dineraria indemnizatoria. (Alferillo, 2020:3)

La cuantificación del daño moral en función de las satisfacciones o placeres compensatorios enfrenta un primer problema, cual es determinar si el señalado parámetro debe apreciarse subjetivamente, en función de las especiales circunstancias personales del damnificado. Ello implicaría que, en razón de la desigualdad económica de ingresos y de riqueza entre los damnificados, lo que da placer a uno no lo da a otro y, por ello, los placeres compensatorios tendrían una relación directamente proporcional entre riqueza y costo de la compensación (Juarez Ferrer, 2017:306). Por ello se ha propiciado adoptar parámetros objetivos que computen la situación dañosa y las consecuencias disvaliosas de tipo espiritual general que suelen producir ciertos hechos, o sea, lo que, según las reglas de la sana crítica, es lo común que suceda (Ossola, 2016:248). Ello implica que la individualización de los bienes y servicios necesarios para compensar a la víctima debe efectuarse desde la perspectiva de una condición patrimonial media, con prescindencia de la que ostente particularmente el damnificado⁽²⁸⁾.

Por lo expuesto y en función del señalado criterio objetivador, la cuantificación del daño moral debe realizarse según parámetros generales, donde los ingresos -pasados o futuros- poca o nula incidencia tienen en su determinación, a diferencia de lo que acontece con la incapacidad sobreviniente donde, según ya vimos, se erigen en el dato central a partir del cual se obtiene la cuantía indemnizatoria final.

No caben dudas que el daño moral constituye el rubro de más difícil determinación, lo cual motivó que, en ese ámbito, se aplicaran con asiduidad criterios jurisprudenciales subjetivos, sustentados en apreciaciones genéricas y en el remanido recurso a la prudente apreciación judicial. La cuestión ya fue analizada en el precedente punto 2, oportunidad en que señalamos el déficit argumentativo que dichas decisiones conllevan, en contradicción con la ahora clara directiva contenida en el Art. 3 CCYC. Ese modo de razonar y decidir, en el ámbito de la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, ha sido en buena medida superado por la previsión contenida en el Art. 1746 CCYC y por la creciente admisión por los jueces de las fórmulas matemáticas para fijar ese rubro indemnizatorio. No ocurre lo mismo con el daño moral donde la indiscutible dificultad de determinarlo y la falta de una regla legal precisa han impedido arribar a fórmulas medianamente objetivas y previsibles.

Descartado —según ya fuera señalado— el criterio que pretende determinar el daño extrapatrimonial en función de un porcentaje del daño patrimonial, ha sido propiciado otro parámetro, llamado de la «tarifación judicial indicativa», que pondera las decisiones adoptadas por el mismo tribunal, o por otros, en situaciones similares a la juzgada en el caso⁽²⁹⁾. Si bien un criterio similar fue aplicado en el ámbito de la justicia nacional para la determinación del valor vida y la incapacidad sobreviniente, el mismo ha sido prácticamente abandonado, fundamentalmente en razón de la nueva directiva legal contenida en el Art. 1746. Pero, aun antes de la vigencia de esa norma, el mencionado criterio había

⁽²⁸⁾ Zavala de González y González Zavala v. p. 96 y jurisprudencia que citan en su nota N° 67.

⁽²⁹⁾ En ese sentido se expidió tempranamente Jorge Peyrano (1993:877).

merecidos objeciones por no estar precedido de un estudio actuarial, por no clasificar las decisiones de acuerdo con criterios de relevancia y por la falta de homogeneidad temporal en los valores dinerarios computados, derivación de la grave y pertinaz inflación que afecta a nuestro país⁽³⁰⁾. Con mayor razón creemos que no resulta replicable en la cuantificación del daño moral, rubro indemnizatorio que presenta matices adicionales, difíciles de ser evaluados según ese especial modo de cuantificar judicialmente los daños.

Es por ello que, a partir de la concreta referencia contenida en el Art. 1741, se ha generalizado una jurisprudencia que vincula concretamente la cuantificación del daño moral a la adquisición de determinados bienes o servicios, que se individualizan en cada caso y que se consideran una razonable satisfacción compensatoria frente al daño moral padecido. A esos fines se recurre al costo de un viaje de recreación, al de uno o varios automotores, de un inmueble u otros bienes, como televisores, equipos informáticos o similares⁽³¹⁾.

Si bien el criterio precedentemente reseñado pretende ajustarse a la directiva del Art. 1741 y en alguna medida proporciona parámetros más objetivos y controlables que la mera apreciación judicial o la valoración según lo decidido en precedentes judiciales semejantes, se queda a mitad de camino en el propósito de traducir las satisfacciones sustantivas y compensatorias en valores más o menos uniformes y que también tenga en cuenta la relevancia de cada suceso dañoso, según una categorización acorde su gravedad relativa. En esa línea se destaca singularmente la propuesta formulada por Juárez Ferrer en el sentido de describir diez sucesos dañosos importantes, organizados en una escala decreciente, que principia con la gran discapacidad o estado vegetativo y concluye con las cicatrices o defectos estéticos. A su vez, a cada tipo indemnizatorio se le fija un techo y un piso que deberán ser ponderados en cada caso, todo ello a partir de la determinación de lo que el autor denomina «unidad de daño moral» (UDM), que puede fijarse según algún parámetro actualizable, como el valor de determinado bien mueble o inmueble o la unidad arancelaria que se aplique en la respectiva jurisdicción⁽³²⁾.

En términos parecidos se expide Federico Ossola para quien hubiera sido deseable, en primer lugar, establecer presunciones *iuris tantum* de daño moral para supuestos especiales y a partir de allí fijar un «piso» indemnizatorio, en puntos o unidades económicas de valor estable, que constituya un mínimo indicativo que luego, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda adecuarse razonablemente. (Ossola, 2016:149)

Las propuestas enunciadas constituyen —sin duda— un aporte significativo al propósito de obtener parámetros medianamente objetivos y uniformes en un rubro indemnizatorio —el daño moral— donde ha imperado, como regla, la pura discrecionalidad judicial, con los inconvenientes ya reseñados. Será la jurisprudencia la que deberá avanzar en ese

⁽³⁰⁾ Este sistema, que remite a los precedentes de la Cámara Nacional Civil y a la base de datos llevada a esos fines, también fue cuestionado por carecer de metodología científica, por lo cual resulta desde lo estadístico lo que se denomina «un referencial anómico» (Ghersl, 2009:43).

⁽³¹⁾ Un prolijo relevamiento de los fallos emanados de los tribunales cordobeses, donde se individualiza una variedad de bienes y servicios cuyo valor se toma como referencia para determinar el daño moral reclamado en cada caso, puede consultarse en Marcellino, Leonardo. «Valoración, cuantificación y satisfacción del daño moral», cit., p. 266 y ss. Ese criterio fue también aplicado por la CNCiv., Sala A, «P., M. R. y otro c. Expreso Alpachiri SRL s/ daños y perjuicios», 21/10/2019, *La Ley Online*: AR/JUR/42085/2019

⁽³²⁾ Juárez Ferrer, Martín (2018). Cuantificación del daño moral por escalas, p. 301 y ss. y en particular el cuadro obrante a fs. 318 donde se grafica adecuadamente el método propuesto y sus posibles combinaciones.

cometido, del mismo modo de lo que ha ocurrido —con resultados aceptables— en la cuantificación del valor vida y de la incapacidad sobreviniente.

5. Los intereses (tasa aplicable e inicio de su cómputo)

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual «el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio» (1748, CCYC). La norma —según nuestro entender— se encuentra requerida de algunas precisiones que conducen al establecimiento de una regla general y al reconocimiento de las consecuentes excepciones. En ese sentido, lo que normalmente acontece en esta materia es que el perjuicio y el hecho ilícito que lo genera resultan coetáneos. La excepción estará dada por los daños futuros, o sea aquellos que suelen plasmarse como un perjuicio sucesivo, esto es como una prolongación de un daño ya existente, que no se agota al momento de la sentencia, o bien como un nuevo daño, no existente al momento de dictarse sentencia, pero que, conforme al curso normal u ordinario de las cosas, se producirá después de ella. Estos últimos supuestos justificarán entonces apartarse de aquella regla general y establecer el inicio del curso de los intereses a partir de la sentencia que los cuantifica. (Pita, 2013:283)

O sea que —salvo el supuesto de daños estrictamente futuros— siempre y en todo caso los intereses son debidos desde el día del hecho ilícito. Éste debe ser entonces considerado como el momento en que se produce el perjuicio objeto de reparación, en los términos del citado Art. 1748. Pero de lo expuesto no se colige, necesariamente, que la tasa de interés aplicable en ese período (o sea el que media entre el día del hecho y el efectivo pago de la indemnización por el responsable) deba ser la misma, fundamentalmente cuando se recurre a la llamada tasa activa.

En cuanto a la tasa aplicable se ha generalizado recurrir a la tasa activa, máxime a partir del Fallo plenario de la Cámara Nacional Civil que así lo determinó respecto a ese ámbito jurisdiccional⁽³³⁾. Dicho Fallo se encargó de precisar, también, que:

la tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

La aclaración precedente tiene lógica pues, según el modo en que se calcula la llamada «tasa activa», ella contiene indiscutiblemente un componente destinado a compensar la depreciación de la moneda, lo cual tiene relevante incidencia en su determinación, lo que se denomina «escorias inflacionarias». Ello permite, al mismo tiempo, calificarla como

⁽³³⁾ CNCiv., en pleno «Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta S.A.», 20/04/2009, L.L. 2009-C-99. En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte provincial insiste en mantener la tasa pasiva del BPBA, aun remitiendo a la tasa más alta que fije dicha entidad bancaria. Los antecedentes y las razones que justifican apartarse de esa doctrina legal son expuestas con exhaustividad en un bien fundado Fallo de la Alzada local, oportunidad en que, incluso, se analizan las diversas tasas activas a las que puede recurrirse a la hora de fijar los intereses moratorios (CCCMar del Plata, Sala 2da., en autos «Melegari, Bernardo Felix c/Risso, Gladys Noemí y ot. s/Daños y perjuicios», expte. 167589, 16/94/2020)

«tasa impura», a diferencia de aquella otra tasa que ha sido expurgada de esos aditamentos y que, por oposición, se llama «tasa pura».

La necesidad de tener en cuenta el momento en que la deuda de valor (incapacidad sobreviniente, indemnización por muerte o daño moral) es cuantificada —o sea se torna en deuda dineraria— a los fines de fijar los intereses moratorios correspondiente ha sido debidamente advertida por autorizada doctrina. A ese respecto Pizarro y Vallespinos se expiden con rotundidad:

Mientras la obligación sea de valor y no haya mutado su naturaleza dineraria, por vía de la cuantificación en dinero que prevé el art. 772, debe aplicarse una tasa de interés puro, que tradicionalmente ha sido estimada entre el seis y el ocho por ciento anual. Debe desestimarse la procedencia de una tasa de interés bruto, que incluya la prima por depreciación de la moneda, pues de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto, por vía de la valorización de la prestación adeudada y de la referida escoria incluida dentro de la tasa de interés puro. (2017:526)

En términos similares se expide Federico Ossola para quien «en relación a la tasa de interés aplicable no debe perderse de vista que si el daño se ha producido previo a la sentencia y el quantum del capital ha sido fijado tomando en cuenta los valores actuales al tiempo en que ella se dicta, no corresponderá que la tasa de interés por mora contenga escorias inflacionarias hasta ese momento» y por ello, «añadir el componente inflacionario a la tasa de interés implicaría consagrar un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima» (2017:11. La jurisprudencia ha seguido, en general, idéntico derrotero^[34]).

A pesar que la necesidad de diferenciar dos tramos de tasas (pura desde el hecho hasta la sentencia que fija los daños y la activa desde entonces hasta el pago) se infiere claramente de los fundamentos expuestos y quedaba expresamente a salvo en el Plenario «Samudio», la mayoría de las Salas de la Cámara Nacional Civil se han pronunciado de modo diferente y así han dispuesto la aplicación de la tasa activa a cualquier reclamo indemnizatorio y con prescindencia del momento en que fueron cuantificados^[35].

La señalada posición era también adoptada por la justicia laboral, fundamentalmente en reclamos indemnizatorios por incapacidad o muerte, fundados en el derecho común. Ello motivó un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la cual se dejó sin efecto un fallo de la CNTrab. que había adoptado aquel criterio, retrotrayendo la tasa fijada judicialmente (una tasa especial vigente en ese fuero, que supera a la TABN) a la fecha del siniestro. No obstante, la incapacidad sobreviniente fue estimada a la fecha de la sentencia. La Corte —sin expedirse sobre cuál era la tasa aplicable en el primer tramo (desde el hecho a la sentencia)— descalificó por arbitrario el pronunciamiento de Alzada que, de ese modo, había elevado en más del cuádruple de su valor el monto total del crédito. Más explícitamente, el voto concurrente del Dr. Rosatti señala que:

^[34] CCCSFe, Sala III, «Correnti», cit. CCCSFe, Sala I, «Tavella, Alejandro Mariano c/Ledezma, Ramon Luis s/Daños y perjuicios», sentencia del 27/11/2019. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, «Vera, Juan Carlos», sentencia del 18/04/2018; «Nidera S.A.», sentencia del 03/05/2019

^[35] Un relevamiento de la jurisprudencia de ese tribunal sobre el punto puede consultarse en Jorge A. Diegues (2018) Tasa de interés por daños y perjuicios—Panorama jurisprudencial del fuero civil, LL.

(...) al haberse confirmado la indemnización establecida en primera instancia, que había sido fijada a valores actualizados a la fecha de ese pronunciamiento, la Cámara no podía retrotraer el cómputo de los intereses a la época del accidente sin determinar, en forma concreta, cuál es la tasa que corresponde aplicar desde el momento de la contingencia hasta el día del fallo⁽³⁶⁾.

Aun cuando la Corte nacional no se ha expedido concretamente sobre cuál es la tasa (pura) que debe aplicarse en el tiempo que se devenga entre el hecho y la cuantificación del perjuicio, lo que sí parece categóricamente decidido es que superponer la tasa activa con valores actualizados produce resultados inequitativos y arbitrarios. Y esto es una cuestión que no necesita ser probada, sino que se infiere *in re ipsa* de la mera adopción del equivocado criterio de retrotraer la tasa activa a la fecha del siniestro, sin distinguir alguno y sin considerar el momento en que los daños han sido determinados. Demostrar que la tasa activa contiene —principalmente— componentes destinados a cubrir la desvalorización de la moneda es un dato que no parece requerido de prueba específica —vgr. de una pericia actuarial que así lo determine— sino que constituye un hecho notorio, inferible del consenso doctrinario en orden a cómo se integran las distintas tasas de interés, y en particular, la tasa activa.

La cuestión de la tasa de interés aplicable presenta aristas singulares en la cuantificación de la incapacidad sobreviniente a cuyo respecto es necesario distinguir —según se ha propiciado en el precedente punto 3.3.1— entre el daño actual (o pasado) y el daño futuro. Según se viera, el cálculo del lucro cesante actual o pasado se realiza bajo la modalidad de «salarios caídos», lo que a su vez puede hacerse sumando linealmente cada crédito mensual nacido y frustrado, aplicando el grado de incapacidad determinado y adicionando intereses moratorios (generalmente, se usa una tasa activa) desde el momento en que cada pérdida resultó exigible. O bien, puede dársele tratamiento de deuda de valor y tomar como base el último ingreso actualizado al momento de la sentencia, multiplicarlo por los períodos mensuales transcurridos, aplicar el porcentaje de incapacidad correspondiente y utilizar para los períodos anteriores una tasa de interés puro que compense sólo la indisponibilidad del capital pero que carezca de componentes inflacionarios⁽³⁷⁾.

En cuanto al daño o lucro cesante futuro, la indemnización se entrega por adelantado, la víctima goza anticipadamente de la productividad de dicho capital y por ello a la suma fijada según las fórmulas aritméticas ya reseñadas, por tratarse de una etapa no alcanzada por la mora, no cabe adicionarle intereses moratorios, pues estos se deben recién cuando la condena queda firme y hay tardanza en el pago⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ CSJN, «Alarcón, Gerardo D. c. Sapienza, Walter D. y otros s/ accidente - ley especial», 27/02/2020, *La Ley Online* AR/JUR/201/2020. El fallo se encuentra precedido de otro pronunciamiento del tribunal donde se anticipó el criterio finalmente receptado en «Alarcón», oportunidad en que la Corte, dejando sin efecto también un fallo de la CNTrab., advirtió la arbitrariedad en que se había incurrido al aplicar intereses según la tasa utilizada por el tribunal, «con lo que el capital determinado se incrementaría notoriamente aun cuando su estimación había sido efectuada “en cálculos hodiernos”, es decir, a valores actuales» (CSJN, «Ripp, Juan Ignacio c. Personal Collect S.A. s/ despido», 08/10/2019, *LA LEY* 2019-E-497)

⁽³⁷⁾ CCCSFe, sala III, causa «Operto».

⁽³⁸⁾ Zavala de González y González Zavala (332–333). Es por eso equivocada, en nuestro entender, la solución postulada en un precedente judicial por Sebastián Picasso, cuando —con buen criterio— propone adoptar las fórmulas matemáticas ya enunciadas pero, al mismo tiempo, aplica un interés a tasa activa desde el momento del hecho, todo ello

Respecto a esto último 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 del lucro cesante futuro, según las diversas alternativas propuestas. Esta tasa —que puede 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 (Juárez Ferrer 2017:177).

6. Conclusiones

- i) Las directivas de cuantificación contenidas en los Artículos 1741 y 1746 CCyCN constituyen normas imperativas y deben aplicarse inmediatamente (Art. 7 CCyCN) a todos los procesos de indemnización de daños y perjuicios no juzgados; ello, sin perjuicio de que el régimen derogado no impedía echar mano a idénticos criterios de valuación.
- ii) Las distintas decisiones que integran la cuantificación del daño, requieren de la implementación de un discurso justificativo que permita, a la comunidad en general y a los destinatarios de la sentencia en particular, conocer el razonamiento realizado, evaluarlo y, en su caso, objetarlo.
- iii) El Artículo 1746 CCyCN ordena la utilización de algún tipo de fórmula matemática a fin de «calcular» (y no adivinar intuitivamente) el capital al que refiere. El resultado que se obtenga: (i) no reflejará con exactitud la dimensión del perjuicio, pero será la conclusión de un procedimiento racional basado en estándares de previsibilidad para valorarlo; (ii) podrá ser modificado por el juez si las circunstancias del caso lo exigen y en la medida de que justifique la variación; y (iii) no abarcará en toda su extensión la indemnización del rubro «incapacidad», puesto que pueden configurarse sub rubros que requieran de otro procedimiento racional de cuantificación, tales como lucro cesante actual (o pasado), actividades no productivas económicamente valorables o pérdidas de chance.
- iv) En el cálculo del lucro cesante que integra el daño experimentado por la incapacidad sobreviniente, debe discernirse el *lucro cesante actual pasado* (ingresos frustrados hasta el momento de la sentencia) y el *lucro cesante futuro* (los que habrán de frustrarse a partir de la sentencia). Mientras al primero (frustración consumada) cabe adicionarle intereses (intereses que suman) y se calcula bajo la modalidad de salarios caídos, al segundo (frustración prevista para el futuro) se le aplica un interés de descuento compensando el cobro anticipado de ingresos futuros (intereses que restan) y se calcula mediante alguna de las fórmulas matemáticas usuales.
- v) En la utilización de cualquiera de las fórmulas conocidas para calcular el lucro cesante futuro bajo la pauta establecida en el artículo 1746 CCyCN, el juez debe adoptar una serie de decisiones jurídicas en torno a las distintas variables a utilizar (edad de la víctima, edad tope, ingresos, grado de incapacidad, tasa de interés de descuento y probabilidades de variación de ingresos reales), las que deben ser suficientemente argumentadas.

en un caso resuelto en 2018 respecto a un accidente acaecido en 2011 (CNCiv., sala A, P., Z. c. «Coto Centro Integral de Comercialización S. A. y otros s/ daños y perjuicios», 18/09/2018, Cita online: AR/JUR/48976/2018).

- vi) La cuantificación del daño moral o por las consecuencias extrapatrimoniales tiene, en el CCyCN, un carácter exclusivamente resarcitorio y es independiente del daño patrimonial. A su vez, la amplitud otorgada en el ordenamiento civil al daño moral torna innecesario recurrir a otras especies de daños, los cuales son en definitiva reconducibles al sistema binario instituido por el Código, configurado por el daño patrimonial y el extrapatrimonial.
- vii) La referencia a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, contenida en el Art. 1741 CCCN, exige determinar el valor de los bienes o servicios que puedan producir, en la medida de lo posible, ese resultado. A esos fines deben individualizarse los bienes o servicios necesarios para compensar ese daño, desde la perspectiva de una condición patrimonial media, no necesariamente vinculada a la capacidad económica del damnificado.
- viii) Son ponderables y deben ser atendidas las propuestas dirigidas a obtener parámetros medianamente objetivos y uniformes en la determinación del daño, a partir de la tipificación de los distintos perjuicios y del recurso a unidades económicas de valor estable, sin perjuicio de los márgenes de apreciación que cada caso amerite.
- ix) En la responsabilidad extracontractual la mora se produce desde el hecho ilícito y, por ende, como regla, los intereses deben correr desde entonces. La tasa activa — que es la que usualmente se utiliza por los tribunales— debe computarse desde ese momento, si el daño es fijado a valores de la fecha del siniestro. En cambio, si los daños han sido cuantificados en un momento posterior —por ejemplo, a la fecha de la sentencia— desde la fecha del hecho ilícito a la fecha en la que se determinaron los daños deberá aplicarse una tasa pura, sin componentes inflacionarios y desde la sentencia hasta el pago, la tasa activa.
- x) La indemnización por incapacidad sobreviniente —fijada de acuerdo a los parámetros del Art. 1746 CCyCN— devenga intereses, respecto al lucro cesante pasado, desde cada periodo mensual considerado. En cambio, en relación con el lucro cesante futuro, no corresponde adicionar intereses moratorios, los cuales solo se deben una vez que el responsable se encuentre en mora en el pago de la indemnización fijada.

Bibliografía

- ACCIARRI, Hugo (2015). Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código. *LL* 2015-D-677.
- ACCIARRI, Hugo; IRIGOYEN TESTA, Matías (2011). Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes. *RCyS* 2011-III.
- ALFERILLO, Pascual (2020) Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial. *RCyS* 2020-IV-3.
- ATIENZA, Manuel (2010). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel.
- DEPETRIS, Carlos (2016). El derecho transitorio en materia de responsabilidad civil. *Revista de Responsabilidad y Seguros*. *La Ley*, N° 7.
- (2019). La cuantificación del daño y sus exigencias argumentativas. Aspectos controvertidos de una sentencia reciente. *La Ley* 2019-F.
- DIEGUES, Jorge (2018). Tasa de interés por daños y perjuicios—Panorama jurisprudencial del fuero civil. *La Ley*.
- GALDÓS, Jorge (2015). El artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación y la responsabilidad civil. *La Ley*.
- GHERSI, Carlos (2009). ¿El plenario Samudio es la solución? La tasa activa es una de las soluciones. *Sup. La Ley: La nueva tasa de interés judicial*.

- JALIL, Julián (2015). La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del artículo 7° del Código Civil y Comercial. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 11.
- JUAREZ FERRER, Martín (2017). Cuantificación del daño moral por escalas. En *Cuantificación del daño—Región Córdoba*. Ed. La Ley.
- (2017). El interés en las fórmulas de cuantificación del lucro cesante. En *Cuantificación del daño—Región Córdoba*. Ed. La Ley.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2015). El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme. *La Ley* 2015-B, 1146.
- (2015). Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1° de agosto de 2015. *La Ley*.
- (2015). *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Rubinzal—Culzoni.
- MARCELLINO, Leonardo (2017). Valoración, cuantificación y satisfacción del daño moral. En Juárez Ferrer, Martín. *Cuantificación del daño—Región Córdoba*. Ed. La Ley.
- MEDINA, Graciela (2012) Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código. *La Ley* 2012-E, 1302.
- OSSOLA, Federico (2016). *Responsabilidad Civil*. Ed. Abeledo Perrot.
- (2017). El daño resarcible y la cuantificación del daño moral. Dificultades y propuestas. *RCyS* 2017-XI-11
- PEYRANO, Jorge (1993). De la tarificación judicial iuris tantum del daño moral. *JA* 1993-I-877.
- PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis (2015) Comentario al Art. 1746. En Herrera, Caramello y Picasso (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV. Infojus.
- PITA, Enrique (2013) Computo de los intereses en la responsabilidad extracontractual (El diez a quo de la tasa activa según el momento de estimación de los daños). *Revista de Derecho de Daños*. Ed. Rubinzal Culzoni.
- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos (2017). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Rubinzal—Culzoni.
- (2017). *Tratado de las Obligaciones*. Rubinzal—Culzoni.
- RIVERA, Julio (2015). Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso. *La Ley*.
- (2015). Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite Algunas propuestas. *La Ley*.
- SÁENZ, Luis (s/d). *La aplicación de la ley con relación al tiempo y el Derecho de Daños*. *Rev. Código Civil y Comercial La Ley*, Año I, N°6.
- ZANNONI, Eduardo (2005) *El daño en la responsabilidad civil*. Ed. Astrea.