

INFORME LABORAL N° 25

Análisis preliminar del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial en lo referente a la valuación del daño por lesiones y muerte, con especial referencia a los infortunios laborales

HORACIO SCHICK

I. INTRODUCCIÓN

En relación al anteproyecto de reforma al Código Civil y, exclusivamente, en lo referente a la valuación del daño resarcible por las consecuencias de los actos antijurídicos, parece necesario efectuar algunas reflexiones preliminares en torno a ciertas disposiciones que contiene la propuesta de la comisión redactora, integrada por notables juristas.

En especial, el abordaje de la temática se remitirá a la incidencia de la reforma en el régimen de reparación de infortunios laborales, fundado en los presupuestos del derecho civil.

Queda formulada la reserva en punto a que estas primeras observaciones no agotan estudios posteriores, pero sí pretenden aportar una opinión, a los fines de colaborar en el debate indispensable respecto de esta relevante iniciativa, que según palabras de la más alta magistratura de la nación, se convertirá dentro de los treinta días en proyecto legislativo del Poder Ejecutivo nacional de reforma definitiva de unificación de las obligaciones civiles y comerciales en un nuevo Código.

En esta inteligencia como primera medida para ilustrar al lector se transcriben los artículos pertinentes que se refieren a la cuantificación del resarcimiento de daños.

ARTÍCULO 1713.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

ARTÍCULO 1733.- Concepto de daño. 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.

ARTÍCULO 1734.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

ARTÍCULO 1735.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

ARTÍCULO 1736.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños

derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

ARTÍCULO 1737.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. *Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.*

ARTÍCULO 1738.- Atenuación de la responsabilidad. *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.*

ARTÍCULO 1741.- Indemnización por fallecimiento. *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 (21) 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 fallecido.

ARTÍCULO 1742.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. *En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.*

ARTÍCULO 1743.- Acumulabilidad del daño moratorio. *El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva.*

ARTÍCULO 1744.- Curso de los intereses. *El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.*

II. PRINCIPIO GENERAL: LA REPARACIÓN PLENA

De la lectura de los artículos 1734 y 1736, precedentemente transcritos, se trasluce un criterio amplio de reparación, el que determinaría que la víctima debería ser resarcida con un alcance que cubriese todo el daño infligido. Se supone que la intención de los redactores es recomponer económicamente al damnificado, dejándolo indemne por las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas, a raíz del hecho antijurídico que lo ha afectado.

En otras palabras, la aplicación de estas pautas debería determinar la regulación de una indemnización coherente con estos conceptos.

Es más, obsérvese que el artículo 1734 enumera en forma exhaustiva los perjuicios a reparar de los damnificados de lesiones: la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante, la pérdida de chances, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos, de la salud, de la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y las que interfirieran en el proyecto de vida del dañado.

En el artículo 1735 proyectado, se establece que para la procedencia de la “indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y

subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

De la redacción del artículo 1735 concatenada con la del 1742 del proyecto, pareciera afirmarse el criterio de tomar solamente en consideración el aspecto productivo de la persona al efecto de indemnizar las consecuencias de los daños sufridos, lo que podría derivar en reparaciones ínicuas o ínfimas en aquellos, causados, por ejemplo, a los menores de edad, a los ancianos, a las amas de casa, a los discapacitados, a los míseros, a los jubilados, a los religiosos, a los intelectuales puros y a aquellos que, como éstos, no se dedican a actividades productivas de bienes económicos.

También, siendo una contingencia estructural en nuestro país el desempleo y el empleo informal o no registrado -que asciende en este último caso a cerca del 35% de la población económica activa bajo relación de dependencia-, en la valuación de las indemnizaciones por lucro cesante y pérdida de chance en casos de infortunios laborales fundados en el derecho común, configuraría indemnizaciones que no serían plenas, acercándose a los límites mínimos del régimen tarifado especial, lo que constituiría una desvirtuación de las pautas de reparación plena reafirmadas en el propio artículo 1736 proyectado.

El derecho personalísimo a la integridad física, psíquica y moral con tutela de rango constitucional determina que son también indemnizables las lesiones en sí mismas, aunque no trasuntan incapacidad, en tanto importen una limitación a la plenitud afectada, aunque la persona carezca de actividad productiva.

La reparación integral de las consecuencias de los daños causados a la persona humana significa, valorar no sólo su aspecto económico-productivo, como un ente creador de riqueza material, sino en lo que ella representa en cuanto ser libre, único, singular, irrepetible, pleno de dignidad.

Las limitaciones expuestas en el artículo 1735 no parecen seguir estas pautas, menos aún el artículo 1742.

Respecto a las indemnizaciones por lesiones, cabe señalar que, en un aspecto, la redacción del artículo 1742 supera al artículo 1086 del Código Civil vigente, redactado por Vélez Sarsfield, cuya redacción superflua sólo repite los principios generales de la materia contenidos en el artículo 1069 del Código Civil.

En otras palabras el art. 1086 en vigor sólo se refiere al daño emergente constituido por los gastos médicos y el lucro cesante por la falta de actividad del dañado mientras durare la rehabilitación. Esta norma ni siquiera menciona el daño extramatrimonial o moral. Sin perjuicio de esta redacción limitativa la jurisprudencia -por aplicación de los principios generales- ha contemplado pacíficamente la reparación de los daños patrimoniales y extramatrimoniales, es decir, del daño moral, estético, psicológico y del daño a la vida de relación, etcétera¹.

Sin embargo este avance del artículo 1742 respecto del 1086 del Código Civil vigente, se ve desdibujado por la opción del anteproyecto en la utilización de fórmulas matemáticas para cuantificar las consecuencias dañosas de estos hechos antijurídicos.

III. LA FÓRMULAS MATEMÁTICAS PARA RESARCIR LA INCAPACIDAD POR LESIONES

3.1. ¿‘Vuoto’ o menos que ‘Vuoto’?

El concepto de resarcimiento amplio del daño, expresado en el artículo 1736 y que guarda coherencia con los avances de la moderna doctrina civilista, se desvirtúa por la utilización de una fórmula matemática para cuantificar el daño por lesiones o la incapacidad permanente que se expresa en el artículo 1742 del anteproyecto, proponiendo que la indemnización consecuente debe ser evaluada *mediante la determinación de un capital, de*

¹ BUERES J. Alberto (Dir.), HIGTON, Elena I. (Coord.), *Código Civil, y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Tomo 3-A, pág. 276.

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.

Este cálculo aritmético, conocido como fórmula “Vuoto”, inicialmente aplicado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos caratulados “Vuoto, Dalmero Santiago c/AEG Telefunken Argentina SAIC s/Accidente de Trabajo - Acción Civil”, fallo del 16/06/78, configuró un criterio seriamente cuestionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre fallo “Arostegui”².

Precisamente, a fin de ajustarse lo más posible a los conceptos de reparación integral definidos en anteriores pronunciamientos, la Corte federal, reiteró en la causa “Arostegui”, la doctrina conforme la cual, para evaluar el resarcimiento pleno del daño, padecido por un trabajador -víctima de un accidente del trabajo- y fundado en el derecho civil, no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni son válidos, por ejemplo, los criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de la Ley sobre Riesgos del Trabajo⁷.

En el fallo “Arostegui”, el Supremo Tribunal nacional impugnó la utilización de la fórmula matemática “Vuoto”, empleada por algunas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, conforme la cual, el monto del capital de la indemnización por daños (exceptuando el daño moral) era equivalente a una suma de dinero, que surgía de la operación matemática de los siguientes factores: edad, porcentaje de incapacidad, remuneración que por todo concepto hubiere percibido el damnificado durante el año anterior al hecho y que devengando un interés puro, se amortice en el período que abarca desde el siniestro hasta la obtención de la jubilación ordinaria.

La Corte criticó este criterio aritmético indicando que se trata de una “tarifa distinta en apariencia de la prevista en la Ley de Riesgos del Trabajo, pero análoga en su esencia pues, al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada ‘total obrera’ y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos, proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que ‘el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales’ ya que no se trata ‘de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres’³.

Así pues, la Corte Suprema criticó este método reduccionista dado que el régimen del derecho civil busca reparar el valor integral de la vida humana, el cual no puede ser apreciado con criterios exclusivamente matemáticos, agregando que, en el cálculo de las indemnizaciones civiles, deben contemplarse los perjuicios en la vida de relación social, deportiva, artística y todos los rubros que existan al margen del menoscabo de la actividad productiva.

Finalmente, precisó el Supremo Tribunal nacional en el caso “Arostegui” que en el contexto indemnizatorio del Código Civil -y referido a un infortunio laboral-, debe tenerse

² CSJN, 8/04/2008, “Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL” (considerando 5° del voto de la mayoría).

³ Cf. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA” del 21/09/2004 (voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Belluscio y Highton de Nolasco, Fallos 327:3753, 3765/3766, 3787/3788; y 3797/3798, y sus citas y “Díaz”, voto de la jueza Argibay, Fallos 329:473, 479/480 y sus citas).

en cuenta que “La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etcétera, y que por el otro, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable... En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera” (considerando 5°, voto de la mayoría)⁴.

También se agregó en Aróstegui que: “Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación”⁵ (del voto de los ministros Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni).

Cabe aclarar que la mayoría de los magistrados del más alto Tribunal, descalificaron la sentencia dictada por la Sala III que aplicaba la fórmula “Vuoto”, como acto judicial válido, según la doctrina de la arbitrariedad, utilizada usualmente por la Corte federal⁶.

En definitiva, la Corte Suprema, en “Aróstegui”, ha venido a ratificar lo ya dicho en “Aquino”, “Díaz c/Vaspia” “Llosco” y otros fallos, sosteniendo que la Constitución Nacional dispone para los daños una indemnización plena o integral, lo que equivale a decir “una indemnización justa” que, para ser tal, debe cubrir todo el daño resarcible y, si no cubre todo el perjuicio causado, no es una indemnización sino un paliativo, una ayuda. El “Bloque de constitucionalidad” (la Constitución Nacional junto con los Tratados Internacionales y los dictámenes de los órganos de aplicación de dichos Tratados) rechaza toda estimación caprichosa, arbitraria y sin fundamentos serios como, asimismo, el establecimiento de criterios reduccionistas que terminan desnaturalizando el propósito reparatorio integral y colocan en cabeza de la víctima parte del daño sufrido.

El artículo 1742 del anteproyecto habla de una renta que debería cubrir *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.*

¿Cual es ese plazo o edad tope?

El proyecto no la define y queda a criterio de cada Juez, que por ejemplo puede tomar la edad jubilatoria ordinaria de 60 años para las mujeres y 65 para hombres, o en otros casos será 55 para trabajadores de la construcción o 57 para los incluidos en el régimen agrario.

¿El Juez estará habilitado para extender ese plazo?

No es apropiado dejar abierta esa posibilidad para una discrecionalidad interpretativa en el ejercicio jurisdiccional.

En verdad, aún no compartiendo el criterio de las fórmulas que propone el artículo 1742, de insistirse con este enfoque aritmético, debería adoptarse, cuando menos, el tope de edad de 75 años, que es el promedio actual de vida en la Argentina.

⁴ CSJN, “Arostegui”, considerando 5° del voto de la mayoría.

⁵ Íbidem.

⁶ En cambio, la ministro Dra. Highton de Nolasco, no obstante hacer también lugar al recurso extraordinario, votó en disidencia, remitiéndose a los términos de lo dicho por ella en el caso “Aquino”, por considerarlos sustancialmente idénticos a las tratados en aquélla. El otro voto disidente fue el de la doctora Argibay, quien también postuló anular la sentencia en cuestión fundando su voto en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39, párrafo primero de la Ley sobre Riesgos del Trabajo, conforme los términos en que lo había considerado en la causa “Díaz, Timoteo Filiberto” (Fallos 329:473).

Así ha señalado la jurisprudencia: “A los fines de la reparación integral cuando el trabajador acciona por el artículo 1113 del C. C., la edad que debe tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización correspondiente es de 75 años, pues no se trata de la edad base a la cual puede un trabajador acceder al débito social jubilatorio, sino a la expectativa de vida útil que como se sabe en el país se ha elevado sustancialmente”⁷.

Además, es sabido que las personas siguen trabajando en distintas actividades productivas, aún después de obtener el beneficio jubilatorio, dada la insuficiencia de ese haber, lo que se corrobora objetivamente con los casi 500.000 juicios existentes en la Justicia Federal de la Seguridad Social, y los reiterados pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Nación (v. gr., caso “Badaro”).

Así, por ejemplo, la fórmula matemática que se aplicó en el caso “Méndez”⁸ (referida a la indemnización de un accidente de trabajo fundado en el derecho civil), fue explicada por su creador, el Dr. Ricardo Guibourg, como un cálculo aritmético que tiene como fin obtener un capital que repare el lucro cesante y que el mismo sea igual a la suma anual con la incidencia de los aumentos, que colocada a un interés puro del cuatro por ciento anual, permita a la víctima un retiro mensual de una suma equivalente a la incapacidad que lo afecta, hasta que el damnificado cumpliera los setenta y cinco años, considerada la edad promedio de vida actual.

La fórmula “Méndez” con la agregación y cambios de factores, mejora el resultado del monto indemnizatorio de “Vuoto” y fue dictada por la Sala III de la CNAT luego del fallo “Arostegui”, para adaptarse -según opinión de su creador- a los nuevos lineamientos de la Corte, porque comprende más adecuadamente el concepto de lucro cesante y evalúa la pérdida de chance, aunque sólo hasta los 60 años de edad. Cabe destacar que esta fórmula no incluye el daño moral, que se determina en forma independiente del monto del daño material y sin formulas matemáticas.

El proyecto en el artículo 1742 efectúa una involución respecto al régimen vigente, porque postula una difusa fórmula “Vuoto”, ya cuestionada por la Corte Suprema, con pautas abiertas sujetas a interpretaciones diversas de los operadores jurídicos, incluso sin computar en la fórmula la pérdida de chance como, por ej., aunque limitadamente, consideraba la ecuación del fallo “Méndez”.

3.2. Otros antecedentes de la Corte Suprema de Justicia cuestionando las fórmulas matemáticas

Cabe agregar que la aplicación de la fórmula “Vuoto”, levantó resistencias con anterioridad al fallo “Arostegui”, por parte de la Corte Suprema en sus composiciones anteriores.

En 1987, la Corte, en autos “Puddu c/Sequenza”,⁹ había criticado la fórmula “Vuoto”, pero en “Prille de Nicolini c/Segba”,¹⁰ la misma Corte va mucho más allá, decidiendo que “el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante la comprensión integral de los valores materiales y espirituales”.

En “Fernández c/Ballejo”,¹¹ sienta la posición de que “para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes en cada caso particular, tanto en relación con la víctima (edad,

⁷ CNAT, Sala VI, sentencia 33.918, 22/08/1990, “Mamani, Trinidad c/SADE OBRELMEC”.

⁸ CNAT, Sala III, sentencia 89.654, 28/04/2008, “Méndez, Alejandro Daniel c/Mylba SA y otro s/Accidente - Acción civil”.

⁹ CSJN, “Puddu c/Sequenza SA”, Fallos 310:1591; JA 1987-IV-528.

¹⁰ CSJN, “Prille de Nicolini c/Segba y otro”, Fallos 310-2103; LL 1988-A-218.

¹¹ CSJN, “Fernández, Alba Ofelia c/Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Pcia. de s/sumario (daños y perjuicios)”, 29/11/1994, Fallos 316:912.

grado de parentesco y condición económica y social; profesión, expectativa de vida, etc.), como en su trama de vínculos (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.).

En el caso “Mosca”, la Corte Suprema había señalado que, para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas, no era necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco eran aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo -aunque pudieran ser útiles como pauta genérica de referencia-, sino que debían tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas pudieran tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación. También se señaló en este caso “que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos 312: 752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318: 1715; 320: 1361; 321: 1124; 322: 1792, 2002 y 2658; 325: 1156; 326: 847)”¹².

Asimismo, el Máximo Tribunal, en el caso “Aquino”, señaló que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que “indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida” (Fallos 268:112,114, considerandos 4º y 5º) [citado en el considerando 4º del voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni]; y que “[...] Más aún, la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”¹³.

En el precedente “Coco”,¹⁴ la Corte Suprema había señalado: “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”.

Es decir que en “Arostegui”, la Corte ratificó y profundizó los criterios anteriores en el sentido de una reparación comprensiva de todos los daños sufridos por la víctima: la incapacidad física, laboral y psíquica, el daño moral, la pérdida de ganancias y los perjuicios de la vida de relación social, deportiva y artística, la pérdida de chance de ascenso en la actividad profesional y la lesión estética, etcétera.

Así, la Corte Suprema, también había señalado que “La determinación del monto de los perjuicios si bien no deben vincularse a cálculos matemáticos que so pretexto de objetivar el máximo el pronunciamiento, también pueden conducir a conclusiones apartadas de las circunstancias fácticas acreditadas en cada caso; esto no exime a los jueces de explicar tan siquiera mínimamente, los elementos tenidos en cuenta para fincar su decisión”¹⁵.

Es más, los jueces de la Corte no descartan que las fórmulas indemnizatorias puedan ser una pauta, una guía que oriente al juzgador, pero, en absoluto, pueden agotar el análisis

¹² CSJN, “Mosca, Hugo c/Pcia. de Buenos Aires” (06/03/2007), Fallos 320:1361 y 325:1156.

¹³ CSJN, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA” (21/09/2004). Fallos 308:1109, 1115.

¹⁴ CSJN, C. 742 XXXIII, “Coco, Fabián c/Pcia. de Bs. As. s/daños y perjuicios”, 29/06/2004, Fallos 327:2722.

¹⁵ CSJN, “García, Raúl c/Papelera Quilmeña Zacilla”, sentencia del 29/10/1985. En idéntico sentido, CSJN (03/05/1984), “Sobral, Osvaldo c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro”.

de la cuestión. En este sentido, en la causa “Aquino”, en el considerando 6° del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni, se indica que el régimen de las prestaciones de la Ley sobre Riesgos del Trabajo “[...] sólo indemniza daños materiales y dentro de estos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo evalúa menguadamente”. A lo que cabe agregar que en los casos de altas incapacidades y de muerte, lo hace mediante el pago bajo la forma de renta.

Antes de ser Ministro y Presidente de la Corte, el doctor Lorenzetti también había criticado la fórmula “Vuoto” señalando que: “[u]no debiera preguntarse **¿Por qué se usa esa fórmula? ¿No hay otras mejores? Muchas veces caemos en el encanto de lo irracionalmente simple. La fórmula mencionada no es usada en ninguna de las actividades que se ocupan de la previsión futura; ni la actividad aseguradora ni la previsión social se basan en ella, porque es de una extremada simpleza. De modo que no puede decirse que sea técnicamente buena. Tampoco representa adecuadamente lo que alguien aceptaría cobrar si tuviera que retirarse de su actividad normal y vivir de rentas. Más absurdo es afirmar que eso sirve para personas que normalmente exhiben una incapacidad cultural para manejar estos dineros; al cabo de un tiempo se quedan con muy poco, frustrándose todos los cálculos matemáticos. Las inestabilidades económicas, las malas inversiones, los parientes, el entorno, son riesgos que uno se ve obligado a asumir y que si no estuviera dañado no tendría por qué hacerlo**”. Agrega finalmente que: “[e]n realidad esta fórmula no ha tenido otra justificación que la limitación encubierta de los daños resarcibles. Esta medida debiera ser tomada por el legislador si la considera necesaria, como lo ha hecho expresamente en varios casos, pero es insostenible limitar cuando la ley no lo hace”¹⁶.

3.3. Más sobre las fórmulas matemáticas

Las fórmulas matemáticas consideran que la vida humana no tiene un valor económico *per se* sino en función de lo que produce o puede producir, criterio que constituye un enfoque estrictamente económico, axiológicamente disvalioso y que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelados por declaraciones internacionales, tratados, sentencias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, artículos I, II, III, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 2°, 3°, 6°, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país (ver también MORELLO, Augusto M., en “La vida humana y los valores”, JA 2005-III-256). La vida humana tiene un valor constitucional, a pesar de la ausencia de toda regla constitucional concerniente a la protección de la vida humana¹⁷.

El empleo de fórmulas matemáticas para calcular las indemnizaciones por daños materiales por lesiones psicofísicas, tanto en la sistema de daños en general, como en particular en los subsistemas de daños laborales fundados en el derecho civil, o por accidentes del tránsito; medioambientales, o provenientes de la afectación de los derechos de consumo, son reprochables en el sentido de que sólo resarcen el llamado lucro cesante.

El uso de las fórmulas estereotipadas e inflexibles conlleva el riesgo de reparación no integral porque consideran una situación general que desatiende la circunstancia particular del dañado.

La fórmula toma en cuenta el último sueldo o ingreso del damnificado, no contempla circunstancias aleatorias, tanto de mejoras (chance) como de mermas (pérdidas de ingreso,

¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, “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, Sec. Doctrina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pp. 102 a 141, p. 138.

¹⁷ GIALDINO, Rolando, *Investigaciones*, Secretaría de la Corte Suprema, 1998, pp. 1-93.

trabajo, segregación definitiva del mercado formal (40% de incapacidad, es hoy día causa de segregación completa del mercado laboral o productivo).

La edad utilizada en “Vuoto” era 65 años y en “Méndez”¹⁸ fue elevada a 75 años. Sin embargo, utilizadas rígidamente, conducen a situaciones de inequidad porque el trabajador joven recibe una indemnización mayor que uno de edad avanzada.

Si se aspira a una indemnización íntegra y ajustada al caso concreto deben forzosamente contemplarse otras variables para la determinación del *quantum* no consideradas en la fórmula, que solo contempla el lucro cesante, las cuales se puedan acreditar en la causa. Así puede considerarse el daño futuro, las diferentes posibilidades de pérdidas de chance (ascensos, nuevos puestos de trabajo, nuevas cotizaciones del oficio en el mercado o en otros oficios distintos realizados por el damnificado) u otros aspectos del daño permanente distintos al nivel de incapacidad y al remanente de “vida útil”.

El uso de la fórmula puede aproximarnos a resarcir el lucro cesante en relación a los ingresos presentes del empleo o la actividad en que se desempeñaba la víctima cuando ocurrió el siniestro, pero nunca puede ser una fórmula única autosuficiente e inflexible. Para eso está el prudente arbitrio judicial, para que el juez defina la reparación integral teniendo en cuenta todos los daños sufridos y no sólo el lucro cesante y el daño moral.

Desde otro punto de vista, son también cuestionables las fórmulas matemáticas por no reparar el daño en su integridad, pues las personas que perciben un salario más bajo que otras, cuando sufren un accidente, sus gastos se incrementan en una suma mayor a cuando gozaban de su plena capacidad.

El doctor Emilio E. Romualdi sostuvo al respecto: “[...] las fórmulas basadas en salario son profundamente injustas. No sólo por los aspectos destacados en el precedente ‘Aróstegui’ sino también porque quien menos gana necesita la utilización de su cuerpo para su vida cotidiana tanto en el aspecto laboral como en los de relación. Para graficar la idea quien gana \$ 1000 viaja en colectivo, pinta su casa, hace los arreglos de plomería o albañilería o corta el pasto. Quien gana \$ 10.000 viaja en auto, lo que conlleva mayor confort para soportar la discapacidad o el dolor y terceriza la mayor parte de las tareas antes mencionadas”¹⁹.

De lo que se viene exponiendo, se puede afirmar que el sistema de capital amortizable de la fórmula “Vuoto” u otras, puede ser empleado solamente como un punto de partida o marco referencial “mínimo”, para el cálculo del lucro cesante, en relación a los ingresos del trabajador del empleo o del damnificado, en general, donde trabajaba cuando ocurrió el infortunio, pues la reparación debida en concepto de daños provocados a la salud, no ha de limitarse a la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador, sino que debe comprender “todo daño y perjuicio” derivado del infortunio.

Lo cierto es que en esta materia la víctima debe ser resarcida con un alcance que cubra todo el daño sufrido, es decir, rigiendo unánimemente el principio de reparación plena o integral, a fin de establecer la indemnización.

En definitiva, el juez debe otorgar a la víctima, al menos, las sumas necesarias para colocarla en la misma situación en la que se habría encontrado de no haberse ocasionado el daño. Se trata, por consiguiente, de recomponer económicamente al damnificado, dejándolo indemne por las pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales sufridas a raíz del infortunio laboral. El “juez se encuentra facultado para determinar tanto la reprobabilidad como el monto de la condena, ello de acuerdo a las pautas de la sana crítica y la prudencia sin estar obligado en modo alguno a utilizar fórmulas o cálculos matemáticos. De acuerdo con tal criterio, deberá apreciarse el evento generado por el hecho y en ocasión del trabajo, la

¹⁸ CNAT, Sala III, sentencia 89.654, 28/04/2008, “Méndez, Alejandro Daniel c/Mylba SA y otro s/Accidente - Acción civil”.

¹⁹ ROMUALDI, Emilio E., “La reparación del daño a las personas en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* N° 10, mayo de 2008, pp. 868/871.

pérdida de la vida o bien la incapacidad que afecta al trabajador, su condición social, formación y capacitación, como también su edad y estado civil, los valores salariales y, finalmente, la vida útil que le resta”.

En relación al daño del “proyecto de vida”, el profesor Fernández Sessarego señala que entre la multiplicidad de proyectos que el ser humano forja continua y permanentemente en su existencia, hay uno que es singular, único e irreplicable: el “proyecto de vida”. Éste constituiría “aquello por lo cual cada ser humano considera valioso vivir, aquello que justifica su tránsito existencial. Significa, por ello, otorgarle un sentido, una razón de ser a su existir. Es la misión que cada cual se propone realizar en el curso de su temporal existencia. Es un conjunto de ideales aspiraciones, de expectativas propias del ser existente. En suma, se trata, nada menos, que del destino personal del rumbo que se quiere dar a la vida, las metas o realizaciones que el ser humano se propone alcanzar. Es la manera que se escoge para vivir, la cual, de cumplirse en la realidad de la vida, colma la existencia, otorga plenitud de vida, de realización personal, felicidad. Cumplir con el “proyecto de vida” significa que la persona ha hecho realidad el destino que se propuso alcanzar en su vivir, en su tiempo existencial”²⁰.

La reparación del daño al “proyecto de vida”, requiere una especial atención de parte del Juzgador quien debe penetrar, con finura y profundidad en la materia. Para ello, luego de analizar la vida de la víctima, debe determinar cuáles son sus metas existenciales, qué es lo que le interesa hacer con su vida, averiguar por su escala de valores, cuáles de éstos vive con mayor intensidad al extremo de otorgar sentido de ser a su vida²¹.

En definitiva, puede afirmarse que quizá el daño más grave que se puede causar a la persona, es aquel que incide en su “proyecto de vida”. El truncamiento o frustración del mismo o su simple menoscabo, tienen consecuencias radicales en la existencia misma del sujeto afectado.

Por ejemplo, en el caso del accidente de un pianista que pierde el dedo meñique no solamente pierde ese dedo: nos hallamos ante una situación límite desde que ya no podrá ser más “un pianista”, actividad que otorgaba un sentido a su vida, una razón de ser. Éste “dejó de ser lo que había decidido ser”, por lo que enfrenta un vacío existencial que será difícil de llenar con otra actividad.

Si bien es cierto, que no es sencillo valorizar pecuniariamente el daño al “proyecto de vida”, ya que el destino del ser humano no tiene precio, pues no está en el mercado, sería totalmente injusto dejar de indemnizar un daño de esta magnitud, mientras se resarce económicamente daños ocasionados a entes inanimados o al patrimonio de las personas. Sólo la “justa reparación” es la “reparación íntegra” del daño inmerecido y la reparación plena comprende “todo” el daño. No es más pero tampoco menos que el concreto perjuicio que sufrió la persona humana, atendiendo a toda su particular singularidad.

Las fórmulas matemáticas evidentemente no contemplan este daño autónomo, diferente de otros daños patrimoniales y morales.

En definitiva, limitar las indemnizaciones por lesiones e incapacidad con criterios economicistas, implican un retroceso y determinan un margen del perjuicio en cabeza del dañado, lo que se contradice con la aspiración que se formula en los anteproyectos artículos 1734 y 1736 según los cuales el resarcimiento debe comprender la reparación plena, superando el mero lucro cesante, que sólo resarce la fórmula matemática, por la que definitiva y operativamente se opta en el artículo 1742 del anteproyecto.

²⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Reconocimiento y reparación del ‘Daño al Proyecto de Vida’ en el umbral del Siglo XXI”, en GRISOLIA, Julio A. et al. (coord.), *Temas Esenciales del Derecho Laboral (Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinstein)*, Buenos Aires, IJ Editores, 2009, p. 89.

²¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV, N° IV, noviembre-diciembre 2002, La Ley, p. 20.

IV. DAÑO PUNITIVO

Es positivo que se haya incorporado en la el artículo 1713 el daño punitivo, de modo los jueces incluyan, conjuntamente con la indemnización reparatoria, una sanción adicional conforme el modelo del daño punitivo de origen anglosajón, como un dispositivo eficaz que apunta a proteger la vida y la salud de los potenciales damnificados, con un efecto disuasivo y desalentador sobre los agentes que tienen aptitud para producir daños.

El daño punitivo es un mecanismo eficaz que apunta a proteger la vida y la salud de los potenciales damnificados, con un efecto disuasorio sobre los agentes que tienen aptitud para producir daños y que funciona adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para prevenirlos.

El derecho de daños de acuerdo a la evolución moderna no sólo tiene una función reparatoria sino también preventiva y precautoria, funciones estas últimas en las que el daño punitivo tiene una función primordial, conforme se expone en los fundamentos del anteproyecto.

En efecto, al participar de la naturaleza de una pena privada, que se ordena pagar por encima de los valores condenados en calidad de daños y perjuicios cuando se sancionan ciertas conductas graves, mediante la imposición de una suma de dinero a favor de la víctima por el comportamiento ilícito, el daño punitivo está asociado a la prevención de ciertos daños y, también, a la punición y al pleno dismantelamiento de los efectos de los ilícitos que por su gravedad o por sus consecuencias requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados.

Sin embargo, como surge de la redacción de la norma que regula este instituto la multa civil no sería aplicable a los casos de infortunios laborales, adoptando una exclusión que no compartimos.

Así el ya citado artículo 1713 expresa: *El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c).*

A su vez el artículo 14 inciso c del anteproyecto se definen como derechos de incidencia colectiva, aquellos que *son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*

En los fundamentos del anteproyecto se reafirma esta tesis al señalarse:

La norma proyectada dispone que se aplica a los derechos de incidencia colectiva mencionados en el (art 14 inciso c) del Título preliminar); por lo tanto, la situación es la siguiente:

- 1. Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo.*
- 2. Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.*
- 3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.*
- 4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica.*

Se disiente con esta exclusión discrecional de las sanciones punitivas en los casos de daños laborales cuando es sabido que correspondería su aplicación en los casos en que los accidentes se producen en circunstancias en las que se verifica graves displicencias en el resguardo de las condiciones de seguridad o se trata de empleadores que ostentan una muy alta siniestralidad.

En nuestra opinión no existe motivo alguno para impedir que los jueces incluyan, conjuntamente con la indemnización reparatoria, el daño punitivo, como un dispositivo eficaz que apunta a proteger la vida y la salud de los potenciales damnificados, con un efecto disuasivo y de advertencia sobre los agentes que tienen aptitud para producir daños²².

Los mismos fundamentos que justifican su aplicación a otros damnificados, igualmente habilitaría para su incorporación en el subsistema de reparación de daños laborales.

Finalmente tampoco compartimos lo señalado en el artículo 1713 en relación a que *la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada*, cuando en verdad debería ser obligatoriamente dispuesta en favor de la víctima como se aplica en el derecho anglosajón, donde se origina el instituto.

El proyecto se aparta de lo dispuesto por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, modificada por la ley 26.361, que dice textualmente:

Artículo 52 bis: Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

Como puede observarse, en la ley de defensa del consumidor el daño punitivo tiene como destinatario directo a la víctima, no como una facultad discrecional del Juez sino como una obligación del mismo.

Por tal motivo, si bien la incorporación de la multa civil a los derecho de incidencia colectiva y del consumidor, resulta reprochable que no se aplique al ámbito de los infortunios del trabajo, incurriéndose en una discriminación peyorativa, que parece desconocer la especial tutela de raigambre constitucional que ampara al trabajador.

V. INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO

En relación a las indemnizaciones por fallecimiento el artículo 1741 si bien establece que 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*; este criterio amplio puede convertirse en restrictivo al ordenar resarcir sólo: *los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima, lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de VEINTIÚN (21) años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados.*

En verdad, a esta altura de los tiempos, cabe sostener lo que se ha denominado la tesis amplia de reparación defendida por los civilistas más avanzados, en el sentido de que la muerte de la víctima a consecuencia de un acto ilícito o cuasidelito hace nacer una acción resarcitoria a favor de cualquier persona que haya sufrido un perjuicio, aunque sea de una manera indirecta, y no sólo los que enumera restrictivamente y con un sentido acotado en el tiempo el proyectado artículo 1741.

Es cuestionable que se restrinja el derecho resarcitorio a las personas enumeradas en el artículo, que si bien gozan de la presunción *iuris tantum* de haber sufrido un perjuicio a raíz del fallecimiento del ser allegado, no cabe agotar la legitimación procesal solamente a ellos.

Por el contrario, se sostiene que cualquier otra persona de las enunciadas en el art. 1741, que acredite un perjuicio deberá ser indemnizada, sin que la enunciación contenida

²² SCHICK, Horacio, *Riesgos del Trabajo. Temas Fundamentales*, David Grinberg-Libros Jurídicos, Tomo I, 2011, pp. 397 ss.

en la propuesta del citado art. 1741 agote ni excluya la eventual existencia de otros pretenses. La muerte de la víctima hace nacer una acción resarcitoria a favor de cualquier persona que hubiera sufrido un perjuicio, aunque sea de una manera indirecta y que, obviamente, lo pueda acreditar en debida forma.

Por ejemplo, el Tribunal Superior de la provincia de Córdoba, resolvió acordar la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral a la abuela, con relación al fallecimiento de su nieto menor de edad, aun cuando existiera heredera forzosa en mejor grado de prelación que la actora, esto es la madre del menor, quien además había recibido la indemnización correspondiente²³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁴, en un caso de lesiones -no de muerte-, pero que igualmente constituye un ejemplo válido, otorga una reparación a los damnificados indirectos, en un sentido amplio que sirve de referencia para el tema que estamos analizando.

La CIDH decidió por unanimidad que el Estado de Perú violó, en perjuicio de la víctima, el derecho a la integridad personal y las garantías judiciales (arts. 5, 8.1, 8.2 y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos). El caso versaba sobre una profesora peruana de la Universidad San Martín de Porres que fue arrestada junto con un familiar por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú. La señora Loayza Tamayo fue capturada sin orden judicial como colaboradora de un grupo terrorista. Estuvo detenida, incomunicada y sometida a torturas, sin ser puesta a disposición de un juzgado desde el 6 al 26 de febrero de 1993. Pasó por diversas instancias. El Tribunal Militar la absolvió en agosto de 1993 de la acusación inicial de “traición a la Patria”. Pero se inició otra causa por el “delito de terrorismo”, hasta que el 10 de octubre de 1994 el “Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común” la condenó a 20 de años de pena privativa de la libertad. En cuanto a la reparación, la Corte Interamericana concluyó que la misma debe ser justa y plena y consideró como beneficiarios de la indemnización tanto a la víctima como a aquellos familiares que constituyen en el caso parte lesionada, conforme el artículo 63 de la Convención Americana. La Corte entendió que “familiares de la víctima” es un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano. Por lo tanto, concluye que los hijos de la víctima, sus padres y hermanos son considerados familiares y tienen derecho a percibir una indemnización por el daño que este hecho les generó. Así la Corte concedió a la señora Loayza Tamayo una indemnización de u\$s 49.300 por daño material, u\$s 50.000 por daño moral y u\$s 5.000 a cada uno de los hijos en concepto de gastos médicos producto del padecimiento por el encarcelamiento de la madre. A cada uno de los hijos y a los padres de la víctima se les concedió también una reparación moral de u\$s 10.000. Se reparó moralmente también a hermanos de la víctima, en cuanto adopta el concepto de “familia integrada” y se le reconoció a cada uno de ellos una suma de u\$s 3.000.

En el resonante caso “Bulacio”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Argentino por violación del derecho a la vida, a la libertad e integridad personal, y al no ser posible la *restitutio in integrum* la reparación se realizó, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, y se otorgó una compensación pecuniaria juzgada según la equidad, pero que -se afirmó- debe consistir en una “justa indemnización”²⁵.

En el catálogo de los daños resarcibles se reconoció -entre otros- el daño material comprensivo del “daño patrimonial familiar” para los familiares (la madre, la hermana y la

²³ TSJC, Sentencia 46, 30/05/2003, “M., J. A. p.s.a. Homicidio calificado”, Recurso de Casación, L.L.C. 2003-1253).

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Loayza Tamayo vs. Perú (reparación y costas)”, sentencia del 27/11/1998, Serie C, n° 4.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18/9/2003, “Bulacio c/Argentina” LL 2004-A-682, 3 (con nota de Luis M. García y Julieta Di Corleto).

abuela) de la víctima fallecida “que perdieron sus trabajos o la posibilidad de realizar actividades cotidianas debido al cambio de sus circunstancias personales como consecuencia de los hechos juzgados”, a las que se indemnizó con U\$S 21.000 para las tres. Se admitió también la indemnización por “pérdidas de ingresos” del damnificado en una suerte de valor económico *per se* de la vida humana, fijándose ese rubro en U\$S 100.000 para el joven de 24 años fallecido que trabajaba como *caddie* en un campo de golf y que percibía aproximadamente U\$S 400 mensuales.

El “daño inmaterial” se otorgó por “los sufrimientos y aflicciones y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”; así se indemnizó el daño extrapatrimonial mismo de la víctima y el de su padre fallecido, cuya porción se distribuyó entre los familiares sobrevivientes (U\$S 55.000 para la víctima fallecida; U\$S 50.000 para la madre; U\$S 30.000 para la hermana; U\$S 35.000 para la abuela y U\$S 30.000 para el padre fallecido).

Es decir que la lista de damnificados debe ser abierta así como los daños a reparar en función de los que puedan acreditar los eventuales damnificados.

En este sentido también cabe referir que el artículo 1737 del mismo anteproyecto con respecto a las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales, sólo confiere legitimación activa al damnificado directo, esto es, en el caso de lesiones que no ocasionan la muerte. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

En consecuencia, con respecto al llamado agravio moral existe un avance en relación con el régimen vigente al otorgar derecho frente a la gran discapacidad a reclamar a ciertos damnificados indirectos²⁶.

Respecto del fallecimiento se otorga el derecho a reclamación también a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible, lo que también es un positivo avance respecto al Código actual²⁷.

En cuanto a los daños posibles de reparación, el listado de daños luce restrictivo en el proyectado art. 1741 al sólo enumerar *los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima, lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de VEINTIÚN (21) años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados*.

Estos daños enunciados en el proyecto no son los únicos resarcibles en caso de muerte, desde que todo perjuicio ocasionado injustamente y atribuible a otro, hace surgir la obligación de repararlo. Tal es el principio general que no puede venir a quedar soslayado ante un hecho como la muerte por un acto ilícito que ocasiona gravísimos daños a diversos damnificados directos o indirectos.

En definitiva, la redacción del proyectado art. 1741 sólo podría ser aceptado como una norma procesal que establece un sistema de presunciones, que no excluya la existencia de otros sujetos distintos que prueben haber sufrido el daño y que los damnificados directos

²⁶ Conforme: SCJBA, 16/05/2007, “C., L. A. y otra c/Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros”, Juba, Ac. 85.129. La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha resuelto la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, en cuanto concede indemnización por daño moral solamente al damnificado directo, otorgando el derecho a reparar dicho rubro a los padres de un menor que, a raíz de un hecho de mala praxis, había quedado reducido a una incapacidad total.

²⁷ Respecto a la legitimación activa para reclamar el daño moral, la segunda parte del artículo 1078 del Código Civil vigente expresa: “La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

peticionen perjuicios distintos o adicionales a los que la ley infiere, con tal que demuestren aquellos.

La más saludable y equitativa solución para los derechohabientes y demás damnificados, es no restringir a las personas legitimadas a reclamar ni enumerar taxativamente los derechos y rubros a indemnizar.

Establecer lo necesario para la subsistencia de la viuda e hijos, no puede significar poner límites a la indemnización sino reconocerles, como miembros de la familia del fallecido, el derecho a reclamar al productor del daño los lucros que la víctima hubiera podido obtener durante la probable continuación de su vida.

En relación al cónyuge viudo, el resarcimiento debe restituir la situación de las cosas al estado anterior al suceso, en la medida de lo posible, por lo cual el esposo sobreviviente cuenta con el derecho a conservar el estatus material del que gozaba durante el matrimonio y que, razonablemente, se habría mantenido de no haber ocurrido la injustificada desaparición de su compañero. Este concepto no está garantizado en el proyectado art. 1741.

Tampoco está contemplada la muerte del hijo, la cual representa una aflicción indudable para los progenitores, pero también la frustración de una “chance” material de los padres, es decir, la posibilidad para ellos de ser apoyados en el futuro, lo que corresponde a una probabilidad previsible según el curso normal de las cosas. Esto ha sido receptado por la Corte Suprema en el caso “Santa Coloma”, donde se señaló que no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que la muerte de los menores vaya a resultar perjudicial, puesto que ello importa exigir una certidumbre extraña en torno al concepto mismo de chance, de cuya reparación se trata.²⁸

Sobre el fallecimiento de hijos menores también se había marcado con anterioridad una tendencia general respecto de la responsabilidad, señalando que “la provincia demandada debe reparar el daño producido por agentes policiales en el hecho respecto del cual aquélla admitió su responsabilidad y en el cual falleció un menor, resultando razonable admitir que su muerte importó la frustración de una ayuda material que, habida cuenta de su edad y una apreciación objetiva y realista de la situación económico-social familiar, cabe tener por cierta y actual a la época de su deceso, a la vez que privó a la actora de una cooperación futura que también es resarcible”²⁹.

Estos conceptos son aplicables, cualquiera sea la condición social de los afectados, pero la cuantía resarcitoria debe adquirir mayor entidad en el caso de familias humildes, porque en ellas suele ser de rigor la colaboración de los menores en el sostenimiento del hogar. Es decir que la humilde condición de las familias no autoriza la mezquindad en la fijación del monto resarcitorio, sino que por el contrario, justifica incrementarlo, pues existen mayores probabilidades de que el fallecido se convierta en fuente de ingresos para sus progenitores. Por ello, se ha señalado incluso que la indemnización debe guardar una relación inversamente proporcional a la condición económica de la familia.³⁰

En el artículo 1737 del anteproyecto, referido a los daños extramatrimoniales, se expresa que: “la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste”.

Como puede observarse, se establece una limitación irrazonable, pues los herederos del damnificado sólo pueden integrar al acervo hereditario del causante el derecho a reclamar a un tercero los daños no patrimoniales sufridos por éste, en el excluyente supuesto de que la víctima directa haya iniciado la acción antes de morir. Se trata de una disposición discrecional, ya que según se desprende de los principios generales que se expresan en los

²⁸ CSJN, 5/08/1986, “Santa Coloma, Luis y otros c/EFA”, ED 120-651.

²⁹ CSJN, 11/06/1981, LL 1981-D-17.

³⁰ FORMARO, Juan J., *Juicio por accidentes y enfermedades del trabajo*, Hammurabi, 2008, p. 432.

artículos 1736 y 1737 se aspira a una reparación plena, sin ninguna otra limitación que el curso de la prescripción liberatoria.

En este contexto no parece razonable este requisito de modo que si no se inicia la acción, el perjuicio no patrimonial quedaría impune o, en todo caso, se convertiría en una obligación natural.

VI. INTERESES

Es ponderable que el artículo 1744 haya determinado claramente que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio, estableciendo una pauta justa y homogénea.

VII. ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El artículo 1069 del Código Civil vigente en su segundo párrafo prescribe que: “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable” (párrafo incorporado por el art. 1° de la Ley N° 17.711, B.O. 26/4/1968, con vigencia a partir del 1° de julio de 1968).

Esta norma consagra una excepción al principio general de plenitud de la reparación, autorizando al Juez a atenuar la obligación resarcitoria, atendiendo a la condición económica del deudor.

El fundamento que se ha esgrimido para justificar esta figura es la equidad, valorando la situación patrimonial del deudor y que, obviamente, el daño no le sea imputable al dolo del responsable. Se trata de evitar una desproporción de la cuantía de indemnización y la situación patrimonial del obligado.

Cabe destacar que esta figura es excepcionalmente aplicada, más aun cuando el responsable ha contratado un seguro.

En materia de infortunios laborales no existen precedentes de aplicación del artículo 1069 del Código Civil, ya que es difícil imaginar que el empleador responsable pueda invocar esta morigeración del *quantum* indemnizatorio, dada la notable superioridad económico-social que tiene respecto del trabajador damnificado.

Por otra parte, en el ámbito laboral existe un seguro obligatorio que se debe contratar con una ART y un seguro por responsabilidad civil optativo, que aun con las limitaciones que hemos señalado³¹, también obsta a la aplicación de esta norma.

Ahora bien, como puede observarse, en la redacción del artículo 1738 del anteproyecto se modifica la norma admitiendo 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*.

Es decir, se han ampliado los supuestos de reducción indemnizatoria como potestad del magistrado a nuevas hipótesis no incluidas en la norma vigente como son la *situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho*.

Al constituir disposiciones excepcionales al principio general de reparación plena, estas nuevas incorporaciones, sobre todo *las circunstancias del hecho*, ofrecen reparos.

Se trata de figuras de textura abierta, difusas, que pueden dar lugar a que la víctima soporte parte del daño a consecuencia de un hecho antijurídico, contrariando el principio general de resarcimiento integral.

Más allá de que actualmente no existen supuestos de aplicación de la morigeración de la responsabilidad en el ámbito laboral fundados en este instituto, se innova regresivamente -a nuestro entender-, otorgando una innecesaria herramienta discrecional al intérprete, que no estaba normada, con esta amplitud, hasta el presente.

³¹ SCHICK, Horacio, *op. cit.*, t. II., pág 617 y siguientes.

VIII. CONCLUSIONES

Dentro del anteproyecto analizado, se han encontrado aciertos y mejoras significativas, aunque, también, existen disensos con algunas disposiciones claves en la materia de cuantificación del daño que hemos analizado, con carácter preliminar.

En especial, se puede señalar que en los casos más frecuentes de lesiones y gran incapacidad se han establecido las fórmulas matemáticas cuestionadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es evidente que la Comisión redactora, en especial en lo que se refiere a la reparación de estos daños por lesiones, trasunta la aspiración de homogeneidad de los montos de condenas otorgadas por los jueces, para dar certeza a los obligados y a las compañías de seguros y para que, supuestamente así, puedan hacer sus reservas.

Esta pretensión establecida a través de una antigua fórmula matemática dejada de lado por los tribunales por decisión de la Corte Suprema, favorece a los deudores y se contradice con la debida reparación integral del daño psicofísico sufrido por la víctima, o la “efectiva tutela de la persona humana”, conforme a las particulares circunstancias de cada caso que debe ser considerado un valor supremo, como se invoca en los artículos 1734 y 1736 del anteproyecto.

Insistimos con la tesis de que **la determinación del daño no debe estar sujeta a una tabulación predeterminada.**

Además, cabe señalar dos circunstancias relevantes que distinguen a los daños por infortunios laborales que sufren los trabajadores respecto a otra categoría de dañados del ordenamiento jurídico.

Para los trabajadores, el daño a su integridad psicofísica adquiere una relevancia sustancial, pues, a diferencia de otros dañados, para obtener su sustento sólo poseen el ingreso salarial que le provee el empleo para el que están contratados. De modo que su incapacidad, a consecuencia de un infortunio laboral, determina la alta probabilidad de verse impedido de seguir empleando el cuerpo para obtener una remuneración de carácter alimentario y la consecuente segregación total del mercado laboral.

Por otra parte, la coacción vital y social lleva al prestador de trabajo a incorporarse cotidianamente a la esfera de riesgos del empleador, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho que le provoque daños, en una proporción significativamente mayor que otros sujetos.

Por tal motivo para los trabajadores que sufren infortunios laborales la pretensión de reparar el daño mediante fórmulas aritméticas vetustas ya dejadas de lado por la Corte Suprema, configuran un perjuicio mayor.

En definitiva creemos que lo más justo es calcular las indemnizaciones sobre la base de un prudente arbitrio judicial que contemple las circunstancias particulares de cada dañado, como son la edad, estado de salud, actividad laboral y extralaboral, aptitud artística, deportiva, repercusión en la actividad social, familiar y económica y las consecuencias que las lesiones pudieren incidir sobre su futuro personal y profesional.

En este contexto, una fórmula avanzada como la de “Méndez”, que no fue considerada en la redacción del art. 1742, sólo podría optar como reparadora del lucro cesante y punto de partida para la determinación integral del daño, conforme las pruebas arrojadas al juicio, y que el Juez deberá valorar con ajuste al principio general de reparación plena y los presupuestos de responsabilidad acreditados en el pleito.

Volvemos a insistir en que los proyectos de reforma del Código Civil no deben ser un vehículo regresivo para introducir la tarificación de las indemnizaciones a los daños fundados en el derecho civil³².

Por el contrario cabe destacar la vigencia del principio de progresividad que debe reflejarse en la sanción de las leyes de modo que las mismas no conduzcan a resultados regresivos en esta materia de reparación de daños a las personas y a los trabajadores en particular.

Así en el caso “Arcuri”³³ la Corte Suprema dijo: “Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 101 del voto del doctor Maqueda, en Fallos: 328:1602).) Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (‘Protocolo de San Salvador’), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales”.

Buenos Aires, 9 de abril de 2012

³² SCHICK, H., *op. cit.*, en el prólogo a la cuarta edición.

³³ CSJN, 3/11/2009, “Arcuri Rojas, Elsa c/ANSES”.