

Barems

Jesús Pintos Ager

Sumari

- El problema de fons
- Ordenar els remeis possibles
- La importància de fer servir dades empíriques en un anàlisi normatiu
- Conclusió i extensions
- Allò nou i allò que s'ha d'estudiar en el barem espanyol

El barem és una de les possibles solucions al problema de la quantificació econòmica de dany corporal. La decisió d'establir un barem per a la indemnització de tal o tal altre dany d'aquella naturalesa suposa l'assumpció conscient d'errors, tant en més com en menys i en relació amb la desviació de les indemnitzacions que queden a ambdós costats del valor central senyalat pel propi barem. No obstant això, ambdós tipus d'error es compensen i, en aquesta pàgina es defensa que incórrer en ells només té sentit quan no resulta possible quantificar exacta i objectivament la indemnització en cada cas individual. Això és precisament el que succeeix amb la partida de dany moral. Per tant, l'aplicació al món del dret de danys de la literatura sobre el valor de la vida per avançar en l'avaluació del dany moral haurà de portar-se a terme mitjançant barems. Espanya disposa des de 1995 d'una legislació sobre barems en l'àmbit de la circulació, però la manca d'una anàlisi rigorosa i prèvia al seu establiment ha causat greus errors a la vegada que ha impedit l'avaluació de la seva correcció.

• **El problema de fons**

Guanyar en generalitat. A Espanya avui, el terme «barem» s'associa quasi exclusiva i, sens dubte, reductivament al sistema de valoració de danys incorporat per la [Llei 30/1995](#), junt amb el seu nom actual, a la Llei sobre Responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles de Motor (antic text refós aprovat per Decret 632/1968, de 21 de març). Tractada en aquests termes, la qüestió resulta intranscendent més enllà de les nostres fronteres i fins i tot, dins d'elles, manca d'interès més enllà de l'àmbit dels accidents de circulació. No obstant això, el seu abast és molt major i, superades aquestes particularitats locals i de camp d'aplicació, guanya en generalitat i rellevància.

En efecte, en el nostre país, els accidents causen que una de cada quatre persones sofreixi lesions corporals i que una de cada 2.300 mori en accidents cada any –unes 17.400 en total-. Per descomptat, els accidents de tràfic contribueixen especialment a aquesta pèrdua de vides humanes i a causar infinitat de lesions, a vegades més dramàtiques.

A la Unió Europea, els accidents de tràfic són la primera causa de morts accidentals, responsables del 35% d'aquestes (unes 50.000), així com de més de milió i mig de ferits cada any.

Mes no és bo identificar la part amb el tot: semblants conseqüències negatives es produeixen en el desenvolupament d'altres activitats socials: els accidents laborals, assenyaladament, però també el transport -marítim, aeri o terrestre-, l'ús i consum de productes defectuosos, la negligència professional -de metges i arquitectes fonamentalment-, el funcionament anormal dels serveis públics, els accidents domèstics i que tenen lloc amb ocasió de la pràctica d'un esport o la celebració d'espectacles, etc.

En tots aquests àmbits es reproduïx el mateix problema ¿com determinar adequadament el dany indemnitzable? En l'intent de respondre a aquesta pregunta cobra tota la seva dimensió la qüestió, plantejada en aquesta pàgina, dels barems, i la solució que s'ofereixi haurà de valer per a tots els grups de casos de causació de danys corporals.

La tradicional (manca de) solució: avaluació oberta. La tècnica dels barems pretén oferir una solució al problema de la quantificació econòmica de danys corporals quan, com és el cas, la seva reparació integral *in natura* resulta impossible. A diferència del que succeeix amb les dimensions patrimonials dels danys soferts com a conseqüència d'un accident -per ex., les despeses mèdiques i assistencials o el lucre cessant, als que resulta aplicable l'objectiu de la reparació integral per equivalent monetari- la reparació del dany moral difícilment pot portar-se a terme amb el pagament d'una quantitat de diner: les indemnitzacions per equivalent monetari només són un remei adequat front al dany patrimonial, és a dir, davant d'accidents que provoquen moviments al llarg de la funció d'utilitat de la víctima, però no davant els que l'alteren situant-la en una funció inferior.

Com és sabut, quan la víctima de danys corporals sofreix seqüeles irreversibles, disminueix la seva capacitat per gaudir dels béns i serveis que el diner permet adquirir-un jove que ha sofert un accident que l'ha deixat paraplègic perd possibilitats de gastar diner, i sobretot de fruir al fer-ho-: l'accident ha desplaçat a la víctima des de la seva funció històrica d'utilitat a una altra inferior la utilitat marginal de la qual és menor. Fins i tot allò segon no és imprescindible, puix que seria suficient el gens irreal supòsit d'aversion al risc per donar lloc a la incapacitat reparadora del diner.

Naturalment, el problema descrit no es resol pel procediment d'establir, primer, un principi legal genèric de reparació integral i de deixar, després, que el jutge, fent ús del seu lliure arbitri, estimi l'import de la indemnització, car no s'ofereixen al jutge els instruments necessaris per trobar una solució raonable: principi de reparació integral i sistema obert de determinació de la indemnització solen aparèixer junts, però no resolen el problema; només l'encerclen. Tot i que això és precisament el que succeeix en el dret espanyol, així com en la jurisprudència del Tribunal Suprem.

En efecte, el Dret espanyol de danys està construït -amb l'excepció de les regles vigents des de 1995 per a accidents de circulació posteriors- sobre el principi de reparació integral: arts. 1106 i 1902 C.C. de 1889, 100 de la Llei d'Enjudiciament Criminal de 1882, 109 del Codi Penal de 1995, i, ara, regla general 7^a del sistema de valoració annex a la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles de Motor:

"La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud..."

Per la seva banda, la jurisprudència del TS ofereix bons exemples d'associació entre principi de reparació integral seguit d'una avaluació oberta, considerada com a condició necessària per assolir la primera. Així la Sentència del Tribunal Suprem, Sala 1^a, de 26 de març de 1997, en un cas sobre indemnització de danys causats en accident de circulació, en el que es va interposar demanda de judici declaratiu de menor quantia contra l'Ajuntament de Palma del Condado davant el Jutjat de Primera Instància núm. 2 dels de la mateixa, sol·licitant sentència per la que es declari que el demandat deu la suma de 10.428.000 ptes. El Jutjat amb data 20-4-1992 desestimà íntegrament la demanda. L'Audiència Provincial de Huelva amb data 11-3-1993 va estimar en part el recurs d'apel·lació interposat per l'actor, revocant la sentència recorreguda en el sentit de condemnar al demandat a indemnitzar a l'actor en la suma de 2.250.000 ptes. i interessos des de la interposició de la demanda, sense fer expressa imposició de costes de 1.^a Instància ni les del recurs. El demandat interposà recurs de cassació. El Tribunal Suprem declara no haver lloc al recurs, i diu:

"[L]a cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto".

Finalment, per limitar la litigiositat quasi assegurada per la manca de criteris objectius per a l'avaluació judicial dels danys corporals, el dret espanyol imposa seriosos límits a la revisabilitat en apel·lació de les quanties indemnitzatòries fixades pels jutges de primera instància i, pràcticament, impedeix el seu accés a cassació. Si el nostre sistema posa al que jutja en el compromís de quantificar danys sense eines, també li garanteix foscor total: hagi fet el que hagi fet, tampoc haurà manera de recorre-les raonablement.

Efectes indesitjats. La variabilitat en les indemnitzacions. L'associació entre reparació integral y arbitri sense instruments produeix arbitrarietat: la quantia de les indemnitzacions varia quasi erràticament i això produeix els efectes problemàtics següents:

1. Compensació inadequada: subestimació o sobrestimació dels danys.
2. Distorsió de l'efecte preventiu de les condemnes i, conseqüentment, de les senyals que el sistema judicial envia als causants potencials de danys.
3. Increment dels costos de gestió del sistema de responsabilitat civil, en particular, dels derivats de la litigiositat destinada a buscar un responsable.
4. Augment de la lentitud en el procés de liquidació de les indemnitzacions i, fins i tot, disminució del número de víctimes que finalment obtenen algun tipus de reparació.
5. Increment de les disfuncions del mercat d'assegurances, que s'encareix o fins i tot redueix la seva oferta de cobertura.

- **Ordenar els remeis possibles**

Descrit el problema, compleix estudiar les solucions possibles, no sense advertir abans que els barems no són més que una d'elles, però en cap cas la única, a diferència del que molts dels seus partidaris més interessats han tendit a afirmar.

Les primeres reaccions front als problemes de variabilitat i creixement soferts pels sistemes indemnitzatoris consistiren en fixar sostres quantitius –“caps”- i límits qualitius al dany indemnitzable. L'exemple més conegut i estudiat és el de la responsabilitat professional del metge en els anys setanta (PRIEST, 1987). El barem és una estilització d'aquell sistema de sostres. Ben aviat es va constatar que un únic sostre indemnitzatori per a tots els casos resultava una mesura massa tosca front al variadíssim univers de víctimes i danys possibles. Per això, es van construir diferents màxims per a cada un dels grans tipus de dany. No és el mateix un accident mortal, que un altre que deixa mal ferida a la víctima; ni que aquesta sigui un pare de família nombrosa o un nounat. Gradualment s'anaren diferenciant els factors determinants de la quantia de la indemnització i, a mesura que es foren aplicant tècniques d'anàlisi de dades més refinades, sorgiren models explicatius de les variables de les que depèn la quantia indemnitzatòria en cada grup homogeni de casos.

La contribució més important en aquesta direcció és probablement la de James F. BLUMSTEIN, Randall R. BOVBJERG i Frank A. SLOAN (1989) els quals apliquen a una base desagregada de dades mètodes estàndard de regressió i així identifiquen com a rellevants les variables de gravetat de la lesió i edat de la víctima. Les quanties indemnitzatòries per dany moral poden sistematitzar-se amb aquests dos criteris, utilitzant valors mitjans de cada nivell significatiu, amb resultats raonablement satisfactoris –el seu modelo explica el 62% de la variació en les indemnitzacions per dany moral–:

Gravetat de la lesió	Edat de la víctima					
	0-10 anys	10-17anys	17-35 anys	35-50 anys	50-65 anys	més de 65
1,2	2	4	5	3	6	2
3	4	9	10	7	12	5
4	5	9	11	7	13	5
5	7	14	16	11	20	8
6	30	61	68	48	88	35
7,8	199	401	448	317	574	228
9*	87	176	197	139	252	100

*En el treball citat pot trobar-se raó dels nou nivells de dany.

Els barems no són cap panacea ni esgoten les opcions. Ja hem dit que, a més dels barems, hi ha altres solucions possibles al problema de la quantificació de danys personals: alguns països han optat per sistemes més dràstics, han traspassat el llindar de la simple reforma del sistema de responsabilitat civil per entrar en el de la seva remoció.

Sorgeixen així nous sistemes de compensació de danys, que resulten més ràpids i menys costosos d'aplicar que la responsabilitat civil, car s'especialitzen en l'objectiu de la compensació de la víctima i, en ells, la funció preventiva surt del dret de danys i es resitua en l'àmbit més ampli del dret d'accidents. La idea és que l'estalvi que generen els nous mecanismes capaços d'indemnitzar abans i millor a la víctima, pot servir per finançar mesures alternatives de regulació i inversió en infraestructures –remeis públics, en la terminologia d'Steven SHAVELL-. Els sistemes alternatius al dret de la responsabilitat civil són força diferents entre sí, però, en la literatura especialitzada, tots ells reben el nom comú de plans de reparació o compensació sense culpa, *no-fault plans*. El seu fil conductor o element comú és la mencionada substitució del paper d'un causant dels danys, responsable personalment amb el seu patrimoni –amb o sense assegurança de responsabilitat civil–, per un «àmbit de risc», és a dir, per una col·lectivitat més o menys extensa de persones i organitzacions els integrants de la qual assumeixen conjuntament el dany esperat dels accidents que sobrevinguin en el seu àmbit d'influència.

Precisament, el major o menor repartiment del cost esperat dels accidents, front al paper residual del causant, ofereix un bon criteri per assajar una classificació d'aquest conjunt d'esquemes de reparació sense culpa.

1. Sistemes purs de compensació sense culpa (Nova Zelanda, des de 1974; Quebec des de 1978; o Territori del Nord, Austràlia) són els mecanismes d'indemnització més directes, amb prestacions taxades per lucre cessant i despeses mèdiques, però amb exclusió del dany moral. Com a contrapartida, veden tota possibilitat d'exercitar accions de danys contra el causant, excepte, si de cas, en supòsits de dany dolós o negligència greu.
2. Sistemes de llindar: estableixen solucions intermèdies, més properes a la reparació sense culpa, perquè, en ells, per sota d'un determinat llindar mínim de dany, només és possible obtenir les prestacions directes de l'esquema de reparació sense culpa. Tan sols quan l'entitat del dany ultrapassa aquest llindar, disposa la víctima d'una pretensió indemnitzatòria contra el causant. Els llindars poden ser qualitius (Ontario, Canadà; Michigan, U.S.A.), o bé quantitius (Connecticut, Utah o Minnessota, U.S.A.).
3. Sistemes additius o agregats (Saskatchewan, Canadà, des de 1946; la majoria dels Estats Units d'Amèrica; Victoria i Tasmania, Austràlia): entre els esquemes de reparació sense culpa i el sistema de responsabilitat civil, però més pròxims a aquest, en ells la víctima té dret a un conjunt de prestacions directes que no impedeixen l'exercici d'accions de responsabilitat contra el causant dels danys. Donada la coexistència d'ambdues opcions i el caràcter de mínims de les prestacions legals, aquestes són les més modestes de tots els sistemes directes o sense culpa.
4. Sistemes electius (Kentucky, Nova Jersey o Pennsylvania, U.S.A.): permeten l'opció entre

sistemes de responsabilitat civil i de reparació sense culpa o, dins d'aquests últims, entre esquemes additius o de llindar, o, fins i tot, entre llininars monetaris i qualitatiu.

El Dret de danys com un continuum d'alternatives de política legislativa. La denominació d'un sistema és òbviament menys important que el contingut i funcionament del sistema normatiu que designa. Allò realment crucial és tenir raonablement clares les idees sobre els diferents sistemes disponibles per compensar a les víctimes i, en el seu cas, per dissuadir als causants potencials de danys. Aquest és el principal avantatge que proporciona parlar de “dret de danys” en lloc de “responsabilitat civil”: en quant es guanya perspectiva, el segon terme, per molt que sigui el més corrent en l'argot del nostre sistema jurídic, es queda petit per referir-se a totes les alternatives legals per compensar i prevenir adequadament els costos socials dels accidents.

SISTEMES	Responsabilitat civil		Reparació sense culpa	Prestacionals purs
	PER CULPA	OBJECTIVA		
REQUISITS	Negligència Relació de causalitat Dany	Relació de causalitat Dany	Àmbit de risc o escenari de producció Dany	Necessitat, manca o situació adversa
EXEMPLES	Règim general del 1.902	Productes Defectuosos, tràfic, aviació, energia nuclear, caça, 106.2 CE	Accidentes de treball. Pròxims als sistemes prestacionals: fons de garantia (incendis, dipòsits, Consorci)	Prestacions no contributives: pobresa, educatives, sanitàries, etcètera
Qui paga (o suporta el risc)	Patrimoni del causant		Membres del grup o tots els contribuents	

- **La importància de fer servir dades empíriques en una anàlisi normativa**

El legislador disposa, per tant, d'un ampli marge de maniobra. Durant l'últim mig segle, la doctrina ha posat sobre la taula alternatives molt diferents de reforma del dret de danys. Algunes propostes han estat adoptades per nombrosos ordenaments i porten funcionant varis anys, quan no vàries dècades. És més, donat que ordenaments com el neozelandès o bona part dels Estats del nord d'Amèrica han abandonat els seus antics sistemes de responsabilitat civil, el canvi ha ofert als investigadors un camp de treball ideal per mesurar i avaluar els efectes del nou esquema adoptat front al vell sistema de responsabilitat civil. Desaprofitar tota aquesta informació és un error i, sens dubte, un error costós, puix que és un simple malbaratament de

benestar social. Estudis com el de Rose Anne DEVLIN (1990 y 1992) o [James KAKALIK y N. PACE \(1986\)](#) són d'obligada referència. Si no generem investigació destinada a mesurar i avaluar el funcionament d'una alternativa, aquesta no pot contrastar-se amb els seus rivals i esdevé impossible saber a ciència certa quina de entre totes les existents compleix millor els objectius que s'hagin plantejat –compensació, dissuasió, i justícia –en el sentit de la *corrective justice* que mencionen DEWEES *et al.* (1998).

El marc d'avaluació. Aleshores, quan es pregunta si un barem és el millor remei possible, la resposta passa per analitzar com aquell es desenvolupa front a les altres alternatives, tasca que requereix tacar-se les mans amb les dades disponibles i generar les necessàries per mesurar els efectes relatius ja produïts i predir els futurs, de tots els remeis aplicables. La comparació d'efectes ha de desglossar-se, al menys, en les següents dimensions que resultaran previsiblement afectades pel canvi:

1. Pèrdua de prevenció. Quants accidents eviten les indemnitzacions?
2. Estalvi en costos d'administració. Quantes pessetes es queden pel camí?
3. Temps de liquidació de les indemnitzacions. Quant tarda en cobrar la víctima?
4. Abast. Què i quines víctimes són indemnitzades?
5. Estalvi en costos d'assegurament. Ha contractat l'assegurança qui està en millors condicions per fer-ho?

Agradi o no –l'obtenció de dades en aquest àmbit és una tasca complicada–, determinar l'efecte net en cada cas és una qüestió eminentment empírica; despatxar-la d'esquenes a les dades ja disponibles o les que raonablement es puguin generar manca de justificació. La [informació disponible en la literatura](#) és considerable. Només la que es troba en institucions tan conegudes com la [RAND Corporation](#) suposa un avanç notable front a la imperant absència de sensibilitat en aquesta direcció:

- a) És obvi que es necessita saber aproximadament si els estalvis a que es refereixen els punts 2 a 5 són suficients per compensar les pèrdues del punt 1.
- b) A més, hom s'haurà de formar una idea exacta sobre la capacitat de la regulació i la dotació d'infraestructures com a alternatives per controlar el risc, perquè si són superiors, allò raonable és dedicar a aquestes alternatives amb avantatge comparatiu els estalvis que genera l'abandonament de la responsabilitat civil.

No es aquest el lloc per reproduir l'abundant informació disponible, però a títol d'exemple, alguns dels llocs comuns més gastats i mai contrastats, sobre la bondat dels barems poden ser estudiats, al menys, en una aproximació preliminar. Per a un estudi preliminar de la qüestió permeti-se'm la remissió a Jesús PINTOS AGER (en premsa).

- **Conclusió i extensions**

L'objectiu de la reparació íntegra del dany és un bon criteri **parcial** dins del dret de danys, però no serveix com a objectiu central d'aquest sector de l'ordenament, ni per a la seva finalitat preventiva ni per a la compensatòria. En particular, val com a criteri per a la reparació del dany patrimonial, però no és aplicable al dany moral. Existeixen tècniques ben desenvolupades en economia i anàlisi actuarial capaces d'aplicar-lo en aquestes partides indemnizatòries en les que això té sentit i és possible.

En general, els barems són un bon remei davant situacions de variabilitat excessiva. El dany moral planteja la més clara d'elles: és en la seva quantificació on més sentit té sotmetre l'arbitri judicial al poder estabilitzador d'aquells. En una primera etapa de reforma, és recomanable sotmetre al que jutja, al menys, a les conseqüències del seu propi criteri. Això pot aconseguir-se amb tècniques quantitatives senzilles –de regressió–, sempre i quan s'hagin imposat prèviament al jutge dues obligacions relativament senzilles de complir:

- a) Desglossar en la condemna la part corresponent al dany moral per distingir-la de la resta dels conceptes indemnizatoris.
- b) Identificar els factors més rellevants dels que es fa dependre l'import de la indemnizació per dany moral: edat, circumstàncies de la víctima i dels perjudicats, tipus i gravetat de la lesió, seqüeles ...

Aquest primer pas seria una millora clara en relació amb la caòtica situació actual perquè no suposaria la imposició al que jutja de cap criteri de valoració exogen. No hauria, per tant, de plantejar problemes de constitucionalitat ni generar rebuigs en la judicatura, donat que en última instància vincula al que jutja al seu propi precedent, això sí, convenientment ordenat. En últim terme, res impediria que el Tribunal Suprem modifiqués motivadament la seva jurisprudència anterior.

També resulta clara la utilitat del remei mencionat per controlar la variabilitat generada pels supòsits menys clars de la partida de lucre cessant. Les rendes deixades de percebre per víctimes sense referència en el mercat de treball –estudiant, dona aturada, amo de casa– reclamen un tractament estructurat que els barems poden oferir fàcilment i sense costos elevats de gestió. En concret, les fórmules i els paràmetres fets servir per calcular el valor actual net del flux de rendes deixades de percebre són el suficientment generals com per ser susceptibles de regulació. La dada del nivell de renda oportunament acreditat per cada víctima en particular seria la solució més precisa i desitjable, però no sempre és conegut. Per això, l'ordenament ha de proporcionar un paràmetre d'integració aplicable als casos en què no sabem quant podria haver guanyat la víctima, perquè no treballava. L'anàlisi probabilístic comunament acceptat ofereix referències objectives –p. ex. la renda *per càpita* provincial– la incorporació de les quals a normes jurídiques és senzilla.

L'autonomia de la voluntat pot resoldre part dels [problemes apuntats](#), sobretot en accidents ocorreguts dins del marc d'una relació contractual, ja sigui perquè les parts involucrades poden pactar quins nivells de cobertura prefereixen i qui ha de suportar el risc a canvi d'ajustaments en el preu del bé o servei perillós –Paul H. RUBIN (1993)–; ja sigui perquè existeix marge per a

la millora en un hipotètic «mercat d'indemnitzacions» o «antiassegurança» –David FRIEDMAN (1982)–. Aquest mercat permetria a tot subjecte exposat a un risc assignar, d'acord amb les seves pròpies preferències, el seu diner entre els estats «abans» i «després» d'haver sofert l'accident.

En canvi, en els accidents ocorreguts entre causants i víctimes que no tenen vincles contractuals previs, és a dir, en els casos de costos de transacció més elevats, és necessari ser més curosos en el disseny del sistema jurídic. Les qüestions de la quantia de la indemnització per danys morals i, en última instància, de la seva pròpia existència cobren aquí especial rellevància. BLUMSTEIN, BOVBJERG y SLOAN (1989) ens diuen "el que venen fent els jutges fins ara", i són per tant superiors a un sistema d'avaluació obert per al dany moral, però no responen a les preguntes plantejades per la literatura sobre el valor de la vida.

¿Vol dir tot això que la vida o la integritat física manquen d'un valor calculable en euros o que aquest és infinit? No sembla que sigui així, sinó que el problema no resideix tant en l'objecte que es pretén mesurar com en el mètode emprat per realitzar la mesura. Les tècniques utilitzades en l'anàlisi cost-benefici per a la valoració de béns mancats de referència directa en el sistema de preus ofereixen un principi de solució. El mètode de la propensió a pagar (*willingness to pay*) presenta un avantatge fonamental per valorar el dany moral: adopta un criteri d'avaluació *ex ante*, de manera que, en avançar l'avaluació al moment anterior a la producció del dany, evita el problema de la disminució de la utilitat del diner per a la víctima i en última instància, el de l'aversion al risc. L'abandonament del criteri tradicional –que valora el dany *ex post*– dona peu per defensar que s'indemnitza no tant el dany causat com l'exposició al risc de patir-lo, és a dir, que es repara un dany esperat o probable. Però, naturalment, llavors cap preguntar-se si també és possible anticipar el pagament de la indemnització.

En el pla teòric la qüestió és senzilla de resoldre: si el criteri per valorar el dany ve donat per la resposta a la pregunta sobre **quant estaria disposat a pagar la víctima, per tal d'evitar el risc**, el causant potencial hauria de pagar-li –és considerat responsable– des del moment en què l'exposa al risc sense esperar a que es produeixi el dany: n'hi ha prou amb portar a terme l'activitat generadora del risc. Aquesta solució té els avantatges addicionals de permetre a les víctimes potencials assignar la seva riquesa abans i després de l'accident a través del mercat d'assegurances, a la vegada que elimina problemes d'aversion al risc tant per la banda de la víctima com del causant.

No obstant això, l'aplicació d'aquest mecanisme compensatori *ex ante* ensopega amb tants problemes de predicció i avaluació de riscos que, en la pràctica el fan inviable, tot i que David FRIEDMAN (1982), proposa una versió parcial en les pàgines 81 a 93, consistent en que les indemnitzacions es paguen un cop produït el dany, però s'han recaptat abans.

En tot cas i al marge de refinaments potser excessius, la intuïció bàsica és senzilla: es parteix de l'observació de situacions de la vida quotidiana en les que contínuament assignem un valor pecuniari a petits diferencials de risc de mort. Poden distingir-se dos tipus: aquelles en que paguem diner a canvi de reduir el risc, comprant seguretat –com quan decidim instal·lar un detector de fum en una casa; un *airbag* en un automòbil; un bitllet més car en una companyia amb avions nous i molt moderns, etcètera–; però el mateix fenomen succeeix també quan acceptem diner, fonamentalment salaris en el mercat de treball, a canvi de desenvolupar activitats més perilloses –com el militar professional que escull destí en una unitat d'intervenció

immediata, el pilot de proves, el transportista de mercaderies perilloses, el miner, el trapezista o el torero-. En la literatura es coneixen ambdues aproximacions com WTP – de *willingness to pay*– i WTA –*willingness to accept*.

Totes aquestes situacions indueixen a pensar que el valor de la vida no és infinit, ni que, tot i el que tantes vegades hem escoltat, aquella "no té preu". Si això fos així, ningú l'arriscaria voluntàriament a canvi de diner, com, per contra, succeeix quasi rutinàriament. El mètode reconstrueix artificialment, mitjançant una extrapolació lineal, el valor total que implícitament s'assigna a la vida cada vegada que s'arrisquen petites «parts» d'ella i viceversa. Això és senzill, perquè només requereix saber quant redueix o augmenta el risc de mort l'activitat en qüestió, i quant s'ha pagat o acceptat, respectivament, a canvi. Així, si se sap que un *airbag*, que costa 1.300 euros evita una de cada mil morts, l'estimació indica que el valor implícitament assignat a la seva vida per qui les pagui rondarà, al menys, els 1.300.000 euros. Per a una presentació general vegi's l'article de premsa: "*The Price of Life*", [The Economist](#), 4 de desembre, 1993, pàg. 76.

El problema consisteix en què el mètode de la propensió és una sortida proposada per alguns investigadors per a l'avaluació del benefici o el cost social d'algunes polítiques públiques, principalment, de regulació en matèria de seguretat –per exemple, Michael W. JONES-LEE i Graham LOOMES (1994). Però el seu grau de desenvolupament no permet la seva aplicació sense objeccions i cauteles en la determinació judicial de las indemnitzacions aplicables al cas concret, davant el risc de que torni a reproduir la variabilitat que hauria de corregir. Fins que l'estat de la qüestió no sigui pacífic en la doctrina, és probable que els tribunals segueixin considerant-la [massa especulativa](#) per fonamentar un dret a la reparació. La qüestió enllaça amb la del [valor de la investigació en judici](#), en general. La majoria de les objeccions a la viabilitat global del mètode poden veure's en el debat suscitat en el *Journal of Public Economics* després de la publicació, el 1978 –quan la literatura sobre el valor de la vida es desenvolupava ràpidament–, d'un article del Professor John BROOME (1978). Allí poden trobar-se també respostes a les seves objeccions: James M. BUCHANAN y Roger L. FAITH (1979), Michael W. JONES-LEE (1979) i Alan WILLIAMS (1979); i la seva rèplica, en John BROOME (1979). Els aspectes més controvertits del mètode de la propensió a pagar són:

1. Els subjectes en les preferències dels quals es fixa el mètode –compradors de nivells elevats de seguretat (és a dir, amb elevada aversió al risc) o treballadors d'alt risc (amb molta propensió a encaixar riscos seriosos)– no són representatius del ciutadà mig. Així és, sens dubte, però una ponderació adequada d'ambdós extrems pot compensar els tómbos en ambdues direccions i generar valors mitjos representatius de Juan Español. Fins i tot, quan les víctimes potencials pertanyen a grups de risc ben acotats, la personalització pot ser desitjable; en aquests casos, pot recorre's a enquestes per tal d'adaptar l'estimació a les preferències del grup, com per exemple van fer JONES-LEE i LOOMES quan els hi encarregaren estimar mesures de seguretat en el metro de Londres.
2. El criteri de la propensió a pagar és molt sensible al nivell de riquesa de la víctima. Això no suposa un problema quan es tracta d'avaluar el benefici o el cost social d'una mesura, perquè si el número de persones a les que afecta és gran i la mostra està ben dissenyada per a representar-lo, l'agregació de totes les seves preferències dona com a resultat un valor mig amb el que es pot treballar. En canvi, si el que es busca és una estimació *ad hoc*

del valor del dany causat a una víctima determinada en un accident, s'ha de filar més prim i adequar les estimacions a les circumstàncies del cas concret. Davant d'aquest problema, el mètode de la propensió a pagar deriva de la capacitat per a pagar, la qual cosa planteja al seu torn nous problemes perquè, en principi sembla que el dany moral no hauria de dependre del nivell de renda, al contrari que el lucre cessant –al menys en el nostre ordenament hem vist una norma que així ho proclama.

3. El mètode emprat per obtenir el valor de la vida a partir de la valoració d'un petit diferencial de risc, és a dir, l'extrapolació lineal, es recolza en un supòsit molt restrictiu i no pacífic: el de la linealitat de les preferències. Nombrosos autors sostenen que la utilitat dels individus en funció del risc no és lineal. Senzillament, ningú està disposat a pagar la mateixa quantitat de diner per reduir el seu risc de mort d'un 100% a un 75%, que per reduir-lo d'un 35% a un 10%. La intuïció és clara: quant més imminent és el risc, més s'està disposat a pagar per reduir-lo, encara que només sigui perquè el diner servirà de poc en el cas, més probable, de que sobrevingui la mort – Jennifer H. ARLEN (1985) i LINNEROOTH (1979). Aquest problema fou molt discutit en el [debat que vam suscitar a internet](#) cap el juny de 1995, amb suggerents observacions dels professors KATZ, COOTER i RASMUSEN, entre d'altres.

En última instància, la qüestió de fons és si el sistema de responsabilitat civil ha de necessàriament identificar les preferències individuals de cada víctima en concret per calcular el dany moral que l'accident li ha ocasionat. COOTER recorda que construir preferències és una activitat costosa, al menys en temps, de manera que no té sentit intentar esbrinar les preferències de la víctima sobre béns, com la seva vida o la dels seus sers estimats, respecte dels quals simplement manca de preferències. A més, com segons KAPLOW i SHAVELL (1994), no sempre és socialment desitjable individualitzar tot el dany indemnitzable en cada cas. Típicament no ho és si les parts desconeixen la magnitud del dany *ex ante*, quan decideixen sobre l'activitat generadora del risc. La conclusió parteix de la premissa, comú en l'anàlisi econòmica del Dret de danys «clàssic» –encara que no tan ben acceptada en altres àmbits–, de que la prevenció és objectiu fonamental del sistema de responsabilitat civil ¿Per a què incórrer en el cost d'individualitzar indemnitzacions si una mitja ben calculada dissuadeix exactament igual, en termes agregats?

El que sembla clar és que ***l'aplicació que pugui fer-se de la literatura sobre el valor de la vida per avançar en l'avaluació del dany moral haurà de portar-se a terme mitjançant barems***. Si ja no és raonablement abordable la individualització del dany sofert per cada víctima, sinó que, a més, ni tan sols és desitjable, ens trobem davant totes les condicions en les que un barem –un conjunt d'indemnitzacions mitges sensibles als grans factors explicatius de la major part de les indemnitzacions– té sentit. El barem no elimina els errors en la valoració judicial del dany sofert per cada víctima, però compensa els comesos amb totes, en valors agregats. Això presenta alguns avantatges de cara a l'objectiu de la compensació –igualtat, seguretat jurídica i certesa–; i quasi tots els que se m'ocorre imaginar pel que fa a l'efecte preventiu de la responsabilitat civil, car repercuteix el dany moral mig en el causant, una solució molt superior a l'actual estimació arbitrària.

En general, l'adopció d'un barem suposa l'assumpció conscient d'un tipus d'error: les

indemnitzacions que queden a ambdós costats del valor central –ja sigui aquest la mitja, mitjana o moda– senyalat pel barem; però ambdós errors es compensen si el barem està ben dissenyat i no conté toms. Aquesta pèrdua només és significativa quan no és possible individualitzar objectivament reparacions per a cada supòsit, com succeeix, per exemple, en intentar aplicar la restitució íntegra al dany moral sense més criteris de referència.

• **Allò nou i allò que s’ha d’estudiar en el barem espanyol**

Hi ha molts ordenaments i àmbits de risc en els que es venen utilitzant barems; però l’espanyol és l’únic dels que conec, que és, al mateix temps, vinculant i està associat a un sistema de responsabilitat civil.

	RESPONSABILITAT CIVIL	REPARACIÓ SENSE CULPA
BAREM VINCULANT	Espanya	Suècia, Dinamarca, Estats Units, Canadà, Nova Zelanda, Austràlia
BAREM ORIENTATIU	Bèlgica, Alemanya, França, Itàlia, Grècia, Gran Bretanya, Luxemburg, Portugal i Holanda	
NO BAREMAN	Àustria, Irlanda	

Fonts: MCINTOSH i HOLMES; DE ÀNGEL YAGÜEZ; STOLL, REGLERO; i HUGUES i TOMADINI.

En efecte, la Disposició Addicional 8^a de la Llei 30/1995, de 8 de novembre, d’ordenació i supervisió de les assegurances privades va posar el seu actual nom a la Llei sobre Responsabilitat Civil i Assegurança en la circulació de vehicles de motor i inclogué en ella un sistema per a la valoració dels danys i perjudicis causats a les persones en accidents de circulació.

El tret més important del barem és el seu caràcter vinculant. El jutge es limita a determinar l’abast del dany corporal i aplica el barem atenent a les circumstàncies que en ell s’identifiquen com a rellevants –essencialment gravetat de la lesió, edat i circumstàncies familiars i personals de la víctima–. El sistema s’aplica imperativament hi hagi o no assegurança -obligatòria o voluntària- llevat dels casos de dol; i abraça tant el dany moral com el lucre cessant, però no inclou les partides de dany material ni les despeses mèdico-hospitalàries. En el barem espanyol es distingeixen tres tipus d’indemnitzacions –per mort, lesió permanent i incapacitat temporal– amb tres esquemes d’indemnització bàsica, a les que s’apliquen uns factors de correcció pràcticament idèntics.

LES INDEMNITZACIONS EN EL SISTEMA ESPANYOL DE 1995

	Mort	Lesions permanents	Incapacitat temporal
INDEMNITZACIÓ BÀSICA	TAULA I: Núm. de perjudicats, relació amb la víctima, edat	TAULA VI: Gravetat de la lesió, TAULA III: edat	TAULA V A): Estada hospitalària amb o sense baixa
FACTORS DE CORRECCIÓ	TAULA II, IV i V B): Ingressos anuals i situacions particulars (discapac. Preexistent, fill únic, mort d'ambdós progenitors, mare embarassada i concurrència de culpes)		

Aquesta reforma és l'últim pas del procés de baremació del dany personal iniciat el 1984 en el que una sèrie cada vegada més depurada de taules mai havien passat de tenir vigència sinó com a criteris orientatius.

1984	Manual de valoració de danys personals (aplicable a incapacitats permanents) pres de les indemnitzacions a mutilats de guerra
1987	Ordre de 16 de març del Ministeri d'Economia i Hisenda per a l'assegurança obligatòria de responsabilitat civil
1989	Reglament de l'Assegurança Obligatòria (R. D. 2641/89): Barems amb categories preses del Dret del Treball. Orientatiu en l'àmbit d'assegurança obligatòria.
1991	Ordre de 5 de març, del M. E. H. Pràcticament el mateix contingut que l'actual. Efecte: orientatiu de «uso recomendado» i OBLIGATORI per al càlcul de les provisions tècniques per a sinistres pendents de liquidació.

Les causes que portaren al Govern a posar en marxa aquest procés de baremació, i per últim al Congrés dels Diputats a donar-li rang legal no es troben en la Llei que ho va fer imperatiu, sinó en la citada Ordre Ministerial de 1991. El barem, aleshores orientatiu, es presentava en l'Exposició de Motius d'aquella com el remei que demandava la «*loteria indemnizatoria*» que suposadament s'havia instal·lat en el nostre sistema, i que estava donant lloc a problemes d'excessiva incertesa, litigiositat i compromentent la solvència de les companyies asseguradores.

El cas és que tot aquest procés de baremació es va portar a terme sense una anàlisi suficient de la realitat, de les alternatives conegudes ni dels efectes de tot tipus que podia generar. Fer tot això és una tasca pendent en la seva major part i el valor social de la qual és permetre la comparació objectiva del barem espanyol amb les altres solucions possibles al problema.

La situació que es va viure a Espanya i que tingué el seu punt àlgid els anys vuitanta no és diferent de la que han experimentat altres països en diversos àmbits de risc. No ha d'estranyar que les indemnitzacions hagin experimentat, especialment en matèria d'accidents de circulació, tendències considerables a l'alça i a la variabilitat. En el nostre ordenament es van donar les condicions necessàries per desencadenar el fenomen de la variabilitat: es pretenia la consecució del principi de restitució íntegra mitjançant un sistema d'avaluació oberta. Però hem començat aquest treball escrivint que aquesta combinació deixa al jutge sense criteris per valorar el dany indemnitzable i la jurisprudència acaba per reflectir alts nivells de variabilitat, que, per cert,

tampoc es van mesurar mai escrupolosament i que molt bé podrien no haver estat tan aguts com alguns han sostingut interessadament, però sense massa base analítica.

Fins el moment, l'absència de dades nos ha impedit portar a terme aquest estudi amb resultats concloents, però la informació disponible apunta a les conclusions següents:

- No es detecten indicis d'una tendència a l'alça desmesurada, ans unes indemnitzacions històricament molt reduïdes i la convergència posterior amb els sostres indemnitzatoris establerts en els estats membres de la Unió Europea expliquen la major part del creixement.
- L'al·legat de la «*lotería indemnizatoria*», llençat al mercat de la política per les companyies asseguradores i acceptat pel Legislador, mai s'ha recolzat en una contrastació empírica fiable. Els indicis confirmen que va existir variabilitat, però també suggereixen que no fou ni tan injustificada ni tan excessiva com s'ha dit. Una simple comparació dels coeficients de variació no dona dades significativament més elevades que les estimades per altres autors fora d'Espanya.
- Per tal de satisfer el vell anhel de limitar amb sostres el dany indemnitzable s'ha aprofitat la confusió entre variabilitat i tendència a l'alça, però són problemes molt diferents que requereixen solucions també diverses. Els barems són un bon remei front a la variabilitat, però són excessius per controlar el creixement de les quanties, tasca que pot realitzar més específicament un sostre.
- El sistema de valoració subestima el dany causat a les víctimes, la qual cosa -qüestions de justícia i compensació a part- minva el paper preventiu de la responsabilitat civil. Si les quanties contingudes en les taules per dany moral més lucre cessant no arriben a cobrir el segon, això és sinònim de més accidents.
- El sector assegurador mai deixà de disposar de la via contractual per ajustar cobertures a primes. L'assegurança només és obligatòria per al conductor, però ningú obliga a les companyies a oferir-lo i molt menys amb cobertura il·limitada. La reforma de 1995 converteix en enganyosa l'oferta de cobertura il·limitada i aïlla al mercat espanyol, de passada, del creixement dels límits màxims que provenen de la Unió Europea.
- Amb dades que, insisteixo, són només preliminars, ni els nivells de variabilitat ni els d'equilibri del sector han millorat espectacularment, com tampoc han disminuït els nivells de primes des de 1995, de manera que és possible que ens trobem davant d'una política de «pa per a avui i fam per demà». Un cop el mercat hagi assumit el descens del risc assegurat -sostres del sistema i menor incertesa, respectivament- la demanda acabarà per reduir-se. Al final, menys negoci en un mercat en el que la demanda depèn del risc i la incertesa.
- Manquem de dades per mesurar adequadament l'efecte de la reforma sobre la litigiositat, però els indicis apunten a que la seva reducció es va produir fonamentalment abans de que el barem fos vinculant el 1995.

Sí estem en condicions d'afirmar, amb caràcter més definitiu, que la reforma té aspectes manifestament millorables:

1. Sotmet el lucre cessant al mecanisme indirecte i subestimador dels factors de correcció –Taules II, IV i V B) del sistema– fins i tot encara que existeixi informació per calcular amb precisió i facilitat les rendes deixades de percebre.
2. Insisteix en la manca de desglossament entre les partides de dany moral i lucre cessant. És impossible, no ja saber quina part de les indemnitzacions del barem correspon al dany moral i quina al lucre cessant, sinó fins i tot saber d'on han sortit les quanties del sistema, que són les mateixes de l'Ordre Ministerial de 1991 i al seu torn les que reflectia l'«Informe Seida». Aquest obscurantisme sanciona amb rang legal una pràctica habitual en la jurisprudència i de llarg criticada, fins i tot contrària a la resolució 75/7, de 14 de març, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa.
3. La tècnica legislativa és inadequada per dues raons: en primer lloc, per allotjar una reforma tan transcendental per al nostre sistema de responsabilitat civil en una disposició addicional d'una disposició sobre la regulació del mercat d'assegurances. I en segon terme, per incloure fins l'últim detall dels barems en una norma tan rígida com és una llei. La textura donada a la norma és inadequada. Precisament aquest error en l'elecció del rang normatiu ha provocat que el debat sobre la conveniència del barem hagi transcendit a l'àmbit de la justícia constitucional, com s'explica en [La Ley 4458](#).

La sortida més desitjable segueix sent una reforma a temps perquè una sentència que declarés inconstitucional el barem ens tornaria a la gens desitjable situació anterior, i frustraria l'avenç que suposa haver baremat el dany moral. Per altra banda, una validació del sistema en els termes actuals perpetuaria els greus errors en els que incorre, amb el risc afegit d'aplicació a altres àmbits de responsabilitat. Per si fos poc, les enginyoses interpretacions que s'estan fent del sistema amenacen amb reproduir la variabilitat que s'ha d'eradicar.

A la vista de tot el que s'ha dit, la necessitat de reformar estava plenament justificada; però en absolut ho estava aquesta reforma. La situació anterior, per greu que fos –ja s'ha apuntat que podria no ser-ho tant–, no concedeix al legislador una patent de cors per arrasar la rica varietat de danys indemnitzables amb la potència uniformadora d'un barem que només requereix algun d'ells.

Els avenços seran més segurs si es construeix sobre els encerts, entre els que destaca el haver subjectat la indemnització per dany moral a un barem. Si a més es garantís la restitució íntegra del lucre cessant allí on és possible i es reservés el rang legal per als grans principis rectors, podrien consolidar-se aquests avenços i introduir altres sense un cost prohibitiu. No sembla haver cap raó que impedeixi aplicar als danys causats en qualsevol accident els èxits assolits en l'àmbit de la circulació, de manera que un cop superats els errors del nostre actual barem, serà una bona eina per a la valoració, en general, del dany moral.

- **Bibliografía citada**

ARLEN, Jennifer H. (1985), *An Economic Analysis of Tort Damages for Wrongful Death*, 60 (6) New York University Law Review.

BLUMSTEIN, James F., BOVBERG, Randall R. y SLOAN, Frank A. (1989), *Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling «Pain and Suffering»*, 83 (4) Northwestern University Law Review.

BROOME, John (1978), *Trying to Value a Life*, 9 Journal of Public Economics 91.

BUCHANAN, James M. i FAITH, Roger L. (1979), *Trying Again to Value a Life*, 12 Journal of Public Economics 245.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1989), *La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencias al Derecho comparado*, 57 Revista Española de Seguros.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1992), *Las indemnizaciones de los daños personales en España en comparación con los países europeos*, 5 Revista de Derecho de la circulación.

DEVLIN, Rose Anne (1990), *Some Welfare Implications of No-Fault Automobile Insurance*, 10 International Review of Law & Economics.

DEVLIN, Rose Anne (1992), "Liability versus No-Fault Automobile Insurance Regimes: An Analysis of the Experience in Quebec", *Contributions to Insurance Economics*, Kluwer.

DEWEES, Don; DUFF, David y TREBILCOCK, Michael (1996), *Exploring the Domain of Accident Law. Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press.

FRIEDMAN, David (1982), *What is «Fair Compensation» for Death or Injury?*, 2 (1) International Review of Law & Economics.

HUGUES, Hélène (1997), "El baremo francés de los accidentes de tráfico; evolución y situación actual", Ponencia en la I Jornada Médico Europea sobre Barems de Danys Personals en Accidents de Circulació, organizada per la Asociación Española de Medicina del Seguro i UNESPA a la Facultat de Medicina de la Universitat Complutense de Madrid, el 21 de novembre.

JONES-LEE, Michael W. (1979), *Trying to Value a Life. Why Broome Does Not Sweep Clean*, 12 Journal of Public Economics 249.

JONES-LEE, Michael W. y LOOMES, Graham (1994), *Towards a Willingness-to-Pay Based Value of Underground Safety*, Journal of Transport Economics & Policy.

KAKALIK, James y PACE, N. (1986), *Costs and Compensation Paid in Tort Litigation*, document núm. R-3391-ICJ de l'Institute for Civil Justice, Santa Mónica, California, Rand Corporation.

KAPLOW, Louis i SHAVELL, Steven (1994), *Accuracy in the Determination of Liability*, 37 Journal of Law & Economics.

LINNEROOTH (1979), *The Value of Human Life: A Review of the Models*, 52 Economic Inquiry.

MCINTOSH, David & HOLMES, Marjorie (1992), *Indemnizaciones por lesiones personales en los países de la C.E.*, Ed. Colex.

PINTOS AGER, Jesús, *Baremos, seguros y Derecho de daños*, Cívitas, en prensa.

PRIEST, George L (1987), *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 *The Yale Law Journal*.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando (1990), *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, Centro de Estudios del Seguro, Madrid.

RUBIN, Paul H. (1993), *Tort Reform by Contract*, American Enterprise Institute Press, Washington, D.C.

STOLL, Hans (1971), "Torts, Consequences of Liability: Remedies", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Oceana Publications.

WILLIAMS, Alan (1979), *A Note on «Trying to Value a Life»*, 12 *Journal of Public Economics* 257.