

Baremos

[Jesús Pintos Ager](#)

Sumario

- El problema de fondo
- Ordenar los remedios posibles
- La importancia de manejar datos empíricos en un análisis normativo
- Conclusión y extensiones
- Lo nuevo y lo que hay que estudiar en el baremo español

El baremo es una de las posibles soluciones al problema de la cuantificación económica de daño corporal. La decisión de establecer un baremo para la indemnización de tales o cuales daños de aquella naturaleza supone la asunción consciente de errores, tanto en más como en menos y en relación con la desviación de las indemnizaciones que quedan a ambos lados del valor central señalado por el propio baremo. Sin embargo, ambos tipos de error se compensan y, en esta página se defiende que incurrir en ellos sólo tiene sentido cuando no resulta posible cuantificar exacta y objetivamente la indemnización en cada caso individual. Esto es precisamente lo que ocurre con la partida de daño moral. Por tanto, la aplicación al mundo del derecho de daños de la literatura sobre el valor de la vida para avanzar en la evaluación del daño moral deberá llevarse a cabo mediante baremos. España dispone desde 1995 de una legislación sobre baremos en el ámbito de la circulación, pero la falta de un análisis riguroso y previo a su establecimiento ha causado graves errores al tiempo que ha impedido la evaluación de su corrección.

• **El problema de fondo**

Ganar en generalidad. En España hoy, el término «baremo» se asocia casi exclusiva y, desde luego, reductivamente al sistema de valoración de daños incorporado por la [Ley 30/1995](#), junto con su nombre actual, a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (antiguo texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo). Tratada en esos términos, la cuestión resulta intrascendente más allá de nuestras fronteras e incluso, dentro de ellas, carece de interés más allá del ámbito de los accidentes de circulación. Sin embargo, su alcance es mucho mayor y, superadas esas particularidades locales y de campo de aplicación, gana en generalidad y relevancia.

En efecto, en nuestro país, los accidentes causan que una de cada cuatro personas sufra lesiones corporales y que y una de cada 2.300 muera en accidentes cada año –unas 17.400 en total-. Desde luego, los accidentes de tráfico contribuyen especialmente a esta pérdida de vidas

humanas y a causar infinidad de lesiones, a veces más dramáticas.

En la Unión Europea, los accidentes de tráfico son la primera causa de muertes accidentales, responsables del 35% de éstas (unas 50.000), así como de más de millón y medio de heridos cada año.

Más no es bueno identificar la parte con el todo: parecidas consecuencias negativas se producen en el desarrollo de otras actividades sociales: los accidentes laborales, señaladamente, pero también el transporte -marítimo, aéreo o terrestre-, el uso y consumo de productos defectuosos, la negligencia profesional -de médicos y arquitectos fundamentalmente-, el funcionamiento anormal de los servicios públicos, los accidentes domésticos y que tienen lugar con ocasión de la práctica de un deporte o la celebración de espectáculos, etc.

En todos esos ámbitos se reproduce el mismo problema ¿cómo determinar adecuadamente el daño indemnizable? En el intento de responder a esta pregunta cobra toda su dimensión la cuestión, planteada en esta página, de los baremos, y la solución que se ofrezca habrá de valer para todos los grupos de casos de causación de daños corporales.

La tradicional (falta de) solución: evaluación abierta. La técnica de los baremos pretende ofrecer una solución al problema de la cuantificación económica de daños corporales cuando, como es el caso, su reparación integral *in natura* resulta imposible. A diferencia de lo que sucede con las dimensiones patrimoniales de los daños sufridos como consecuencia de un accidente - por ej., los gastos médicos y asistenciales o el lucro cesante, a los que resulta aplicable el objetivo de la reparación integral por equivalente monetario- la reparación del daño moral difícilmente puede llevarse a cabo con el pago de una cantidad de dinero: las indemnizaciones por equivalente monetario sólo son un remedio adecuado frente al daño patrimonial, es decir, ante accidentes que provocan movimientos a lo largo de la función de utilidad de la víctima, pero no ante las que la alteran situándola en una función inferior.

Como es sabido, cuando la víctima de daños corporales sufre secuelas irreversibles, disminuye su capacidad para disfrutar de los bienes y servicios que el dinero permite adquirir-un joven que ha sufrido un accidente que le ha dejado parapléjico pierde posibilidades de gastar dinero, y sobre todo de disfrutar al hacerlo-: el accidente ha desplazado a la víctima desde su función histórica de utilidad a otra inferior cuya utilidad marginal es menor. Incluso lo segundo no es imprescindible, puesto que bastaría el nada irreal supuesto de aversión al riesgo para dar lugar a la incapacidad reparadora del dinero.

Naturalmente, el problema descrito no se resuelve por el procedimiento de establecer, primero, un principio legal genérico de reparación integral y de dejar, luego, que el juez, haciendo uso de su libre arbitrio, estime el montante de la indemnización, pues no se ofrecen al juez los instrumentos necesarios para encontrar una solución razonable: principio de reparación integral y sistema abierto de determinación de la indemnización suelen aparecer juntos, pero no resuelven el problema; sólo lo rodean. Aunque esto es precisamente lo que ocurre en el derecho español, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, el Derecho español de daños está construido -con la excepción de las reglas vigentes desde 1995 para accidentes de circulación posteriores- sobre el principio de reparación integral: arts. 1106 y 1902 C.C. de 1889, 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, 109 del Código

Penal de 1995, y, ahora, regla general 7ª del sistema de valoración anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos 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..."

Por su parte, la jurisprudencia del TS ofrece buenos ejemplos de asociación entre principio de reparación integral seguido de una evaluación abierta, considerada como condición necesaria para alcanzar la primera. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de marzo de 1997, en un caso sobre indemnización de daños causados en accidente de circulación, en el que se interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el Ayuntamiento de Palma del Condado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de la misma, solicitando sentencia por la que se declare que el demandado adeuda la suma de 10.428.000 ptas. El Juzgado con fecha 20-4-1992 desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Huelva con fecha 11-3-1993 estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el actor, revocando la sentencia recurrida en el sentido de condenar al demandado a indemnizar al actor en la suma de 2.250.000 ptas. e intereses desde la interposición de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas de 1.ª Instancia ni las del recurso. El demandado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, y dice:

"[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".

Por fin, para limitar la litigiosidad casi asegurada por la falta de criterios objetivos para la evaluación judicial de los daños corporales, el derecho español impone serios límites a la revisabilidad en apelación de las cuantías indemnizatorias fijadas por los jueces de primera instancia y, prácticamente, impide su acceso a casación. Si nuestro sistema pone al juzgador en el brete de cuantificar daños sin herramientas, también le garantiza oscuridad total: haya hecho lo que haya hecho, tampoco habrá manera de recurrirlas razonablemente.

Efectos indeseados. La variabilidad en las indemnizaciones. La asociación entre reparación integral y arbitrio sin instrumentos produce arbitrariedad: la cuantía de las indemnizaciones varía casi erráticamente y ello produce los efectos problemáticos siguientes:

1. Compensación inadecuada: subestimación o sobrestimación de los daños.
2. Distorsión del efecto preventivo de las condenas y, consiguientemente, de las señales que el sistema judicial envía a los causantes potenciales de daños.
3. Incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, de los derivados de la litigiosidad destinada a buscar un responsable.
4. Aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones e, incluso, disminución del número de víctimas que finalmente obtienen algún tipo de reparación.

5. Incremento de las disfunciones del mercado de seguros, que se encarece o incluso reduce su oferta de cobertura.

• **Ordenar los remedios posibles**

Descrito el problema, cumple estudiar las soluciones posibles, no sin advertir antes que los baremos no son más que una de ellas, pero en ningún caso la única, a diferencia de los que muchos de sus partidarios más interesados han tendido a afirmar.

Las primeras reacciones frente a los problemas de variabilidad y crecimiento sufridos por los sistemas indemnizatorios consistieron en fijar techos cuantitativos –“caps”- y límites cualitativos al daño indemnizable. El ejemplo más conocido y estudiado es el de la responsabilidad profesional del médico en los años setenta (PRIEST, 1987). El baremo es una estilización de aquel sistema de techos. Pronto se constató que un único techo indemnizatorio para todos los casos resultaba una medida demasiado tosca frente al variadísimo universo de víctimas y daños posibles. Por ello, se construyeron distintos topes para cada uno de los grandes tipos de daño. No es lo mismo un accidente mortal, que otro que deja mal herida a la víctima; ni que ésta sea un padre de familia numerosa o un recién nacido. Gradualmente se fueron diferenciando los factores determinantes de la cuantía de la indemnización y, a la medida que se fueron aplicando técnicas de análisis de datos más refinadas, surgieron modelos explicativos de las variables de las que depende la cuantía indemnizatoria en cada grupo homogéneo de casos.

La contribución más importante en esta dirección es probablemente la de James F. BLUMSTEIN, Randall R. BOVBJERG y Frank A. SLOAN (1989) quienes aplican a una base desagregada de datos métodos estándar de regresión y así identifican como relevantes las variables de gravedad de la lesión y edad de la víctima. Las cuantías indemnizatorias por daño moral pueden sistematizarse con estos dos criterios, empleando valores medios de cada nivel significativo, con resultados razonablemente satisfactorios –su modelo explica el 62% de la variación en las indemnizaciones por daño moral–:

Gravedad de la lesión	Edad de la víctima					
	0-10 años	10-17años	17-35 años	35-50 años	50-65 años	más 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 trabajo citado puede encontrarse razón de los nueve niveles de daño.*

Los baremos no son ninguna panacea ni agotan las opciones. Ya hemos dicho que, además de los baremos, hay otras soluciones posibles al problema de la cuantificación de daños personales: algunos países han optado por sistemas más drásticos, han traspasado el umbral de la simple reforma del sistema de responsabilidad civil para entrar en el de su remoción.

Surgen así nuevos sistemas de compensación de daños, que resultan más rápidos y menos costosos de aplicar que la responsabilidad civil, pues se especializan en el objetivo de la compensación de la víctima y, en ellos, la función preventiva sale del derecho de daños y se resitúa en el ámbito más amplio del derecho de accidentes. La idea es que el ahorro que generan los nuevos mecanismos capaces de indemnizar antes y mejor a la víctima, puede servir para financiar medidas alternativas de regulación e inversión en infraestructuras –remedios públicos, en la terminología de Steven SHAVELL-. Los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil son bastantes distintos entre sí, pero, en la literatura especializada, todos ellos reciben el nombre común de planes de reparación o compensación sin culpa, *no-fault plans*. Su hilo conductor o elemento común es la mencionada sustitución del papel de un causante de los daños, responsable personalmente con su patrimonio –con o sin seguro de responsabilidad civil–, por un «ámbito de riesgo», es decir, por una colectividad más o menos extensa de personas y organizaciones cuyos integrantes asumen conjuntamente el daño esperado de los accidentes que sobrevengan en su ámbito de influencia.

Precisamente, el mayor o menor reparto del coste esperado de los accidentes, frente al papel residual del causante, ofrece un buen criterio para ensayar una clasificación de ese conjunto de esquemas de reparación sin culpa.

1. Sistemas puros de compensación sin culpa (Nueva Zelanda, desde 1974; Quebec desde 1978; o Territorio del Norte, Australia) son los mecanismos de indemnización más directos, con prestaciones tasadas por lucro cesante y gastos médicos, pero con exclusión del daño moral. Como contrapartida, vedan toda posibilidad de ejercitar acciones de daños contra el causante, excepto, si acaso, en supuestos de daño doloso o negligencia grave.
2. Sistemas de umbral: establecen soluciones intermedias, más próximas a la reparación sin culpa, porque, en ellos, por debajo de un determinado umbral mínimo de daño, sólo es posible obtener las prestaciones directas del esquema de reparación sin culpa. Sólo cuando la entidad del daño rebasa ese umbral, dispone la víctima de una pretensión indemnizatoria contra el causante. Los umbrales pueden ser cualitativos (Ontario, Canadá; Michigan, U.S.A.), o bien cuantitativos (Connecticut, Utah o Minnessota, U.S.A.).
3. Sistemas aditivos o agregados (Saskatchewan, Canadá, desde 1946; la mayoría de los Estados Unidos de América; Victoria y Tasmania, Australia): entre los esquemas de reparación sin culpa y el sistema de responsabilidad civil, pero más próximos cerca de éste, en ellos la víctima tiene derecho a un conjunto de prestaciones directas que no impiden el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el causante de los daños. Dada la coexistencia de ambas opciones y el carácter de mínimos de las prestaciones legales, éstas son las más modestas de todos los sistemas directos o sin culpa.

4. Sistemas electivos (Kentucky, Nueva Jersey o Pennsylvania, U.S.A.): permiten la opción entre sistemas de responsabilidad civil y de reparación sin culpa o, dentro de éstos últimos, entre esquemas aditivos o de umbral, o, incluso, entre umbrales monetarios y cualitativos.

El Derecho de daños como un continuum de alternativas de política legislativa. La denominación de un sistema es obviamente menos importante que el contenido y funcionamiento del sistema normativo que designa. Lo realmente crucial es tener razonablemente claras las ideas sobre los distintos sistemas disponibles para compensar a las víctimas y, en su caso, para disuadir a los causantes potenciales de daños. Esta es la principal ventaja que proporciona hablar de “derecho de daños” en lugar de “responsabilidad civil”: en cuanto se gana perspectiva, el segundo término, por mucho que sea el más corriente en la jerga de nuestro sistema jurídico, se queda pequeño para referirse a todas las alternativas legales para compensar y prevenir adecuadamente los costes sociales de los accidentes.

SISTEMAS	Responsabilidad civil		Reparación sin culpa	Prestacionales puros
	POR CULPA	OBJETIVA		
REQUISITOS	Negligencia Relación de causalidad Daño	Relación de causalidad Daño	Ámbito de riesgo o escenario de producción Daño	Necesidad, carencia o situación adversa
EJEMPLOS	Régimen general del 1.902	Productos Defectuosos, tráfico, aviación, energía nuclear, caza, 106.2 CE	Accidentes de trabajo. Próximos a los sistemas prestacionales: fondos de garantía (incendios, depósitos, Consorcio)	Prestaciones no contributivas: pobreza, educativas, sanitarias, etcétera
Quién paga (o soporta el riesgo)	Patrimonio del causante		Miembros del grupo o todos los contribuyentes	

- **La importancia de manejar datos empíricos en un análisis normativo**

El legislador dispone, por tanto, de un amplio margen de maniobra. Durante el último medio siglo, la doctrina ha puesto sobre la mesa alternativas muy distintas de reforma del derecho de daños. Algunas propuestas han sido adoptadas por numerosos ordenamientos y llevan funcionando varios años, cuando no varias décadas. Es más, dado que ordenamientos como el neozelandés o buena parte de los Estados del norte de América han abandonado sus antiguos sistemas de responsabilidad civil, el cambio ha ofrecido a los investigadores un campo de trabajo ideal para medir y evaluar los efectos del nuevo esquema adoptado frente al viejo sistema de responsabilidad civil. Desaprovechar toda esa información es un error y, desde

luego, un error costoso, pues es un simple derroche de bienestar social. Estudios como el de Rose Anne DEVLIN (1990 y 1992) o [James KAKALIK y N. PACE \(1986\)](#) son de obligada referencia. Si no generamos investigación destinada a medir y evaluar el funcionamiento de una alternativa, ésta no puede contrastarse con sus rivales y deviene imposible saber a ciencia cierta cuál de entre todas las existentes cumple mejor los objetivos que se hayan planteado – compensación, disuasión, y justicia – en el sentido de la *corrective justice* que mencionan DEWEES *et al.* (1998).

El marco de evaluación. Entonces, cuando se pregunta si un baremo es el mejor remedio posible, la respuesta pasa por analizar cómo aquél se desenvuelve frente a las demás alternativas, tarea que requiere mancharse las manos con los datos disponibles y generar los necesarios para medir los efectos relativos ya producidos y predecir los futuros, de todos los remedios aplicables. La comparación de efectos debe desglosarse, al menos, en las siguientes dimensiones que resultarán previsiblemente afectadas por el cambio:

1. Pérdida de prevención ¿Cuántos accidentes evitan las indemnizaciones?
2. Ahorro en costes de administración ¿Cuántas pesetas se quedan por el camino?
3. Tiempo de liquidación de las indemnizaciones ¿Cuánto tarda en cobrar la víctima?
4. Alcance ¿Qué y cuántas víctimas son indemnizadas?
5. Ahorro en costes de aseguramiento ¿Ha contratado el seguro quien está en mejores condiciones para hacerlo?

Guste o no –la obtención de datos en este ámbito es una tarea complicada–, determinar el efecto neto en cada caso es una cuestión eminentemente empírica; despacharla de espaldas a los datos ya disponibles o los que razonablemente se puedan generar carece de justificación. La [información disponible en la literatura](#) es considerable. Sólo la que se encuentra en instituciones tan conocidas como la [RAND](#) Corporation supone un avance notable frente a la imperante ausencia de sensibilidad en esta dirección:

- a) Es obvio que se necesita saber aproximadamente si los ahorros a que se refieren los puntos 2 a 5 bastan para compensar las pérdidas del punto 1.
- b) Además, habrá que formarse una idea cabal sobre la capacidad de la regulación y la dotación de infraestructuras como alternativas para controlar el riesgo, porque si son superiores, lo razonable es dedicar a estas alternativas con ventaja comparativa los ahorros que genera el abandono de la responsabilidad civil.

No es éste el lugar para reproducir la abundante información disponible, pero a modo de ejemplo, algunos de los lugares comunes más socorridos y nunca contrastados, acerca de la bondad de los baremos pueden ser estudiados, al menos, en una aproximación preliminar. Para un estudio preliminar de la cuestión permítaseme la remisión a Jesús PINTOS AGER (en prensa).

- **Conclusión y extensiones**

El objetivo de la reparación íntegra del daño es un buen criterio **parcial** dentro del derecho de daños, pero no sirve como objetivo central de este sector del ordenamiento, ni para su finalidad preventiva ni para la compensatoria. En particular, vale como criterio para la reparación del daño patrimonial, pero no es aplicable al daño moral. Existen técnicas bien desarrolladas en economía y análisis actuarial capaces de aplicarlo en esas partidas indemnizatorias en las que ello tiene sentido y es posible.

En general, los baremos son un buen remedio ante situaciones de variabilidad excesiva. El daño moral plantea la más clara de ellas: es en su cuantificación donde más sentido tiene someter el arbitrio judicial al poder estabilizador de aquéllos. En una primera acometida de reforma, es recomendable someter al juzgador, al menos, a las consecuencias de su propio criterio. Ello puede conseguirse con técnicas cuantitativas sencillas –de regresión–, siempre y cuando se hayan impuesto previamente al juez dos obligaciones relativamente sencillas de cumplir:

- a) Desglosar en la condena la parte correspondiente al daño moral para distinguirla del resto de los conceptos indemnizatorios.
- b) Identificar los factores más relevantes de los que se hace depender el importe de la indemnización por daño moral: edad, circunstancias de la víctima y de los perjudicados, tipo y gravedad de la lesión, secuelas ...

Este primer paso sería una mejora clara en relación con la caótica situación actual porque no supondría la imposición al juzgador de ningún criterio de valoración exógeno. No debería, por tanto, plantear problemas de constitucionalidad ni generar rechazos en la judicatura, dado que en última instancia vincula al juzgador a su propio precedente, eso sí, convenientemente ordenado. En último término, nada impediría que el Tribunal Supremo modificara motivadamente su jurisprudencia anterior.

También resulta clara la utilidad del remedio mencionado para controlar la variabilidad generada por los supuestos menos claros de la partida de lucro cesante. Las rentas dejadas de percibir por víctimas sin referencia en el mercado de trabajo –estudiante, mujer en paro, amo de casa– reclaman un tratamiento estructurado que los baremos pueden ofrecer fácilmente y sin costes elevados de gestión. En concreto, las fórmulas y los parámetros empleados para calcular el valor actual neto del flujo de rentas dejadas de percibir son lo suficientemente generales como para ser susceptibles de regulación. El dato del nivel de renta oportunamente acreditado por cada víctima en particular sería la solución más precisa y deseable, pero no siempre es conocido. Por ello, el ordenamiento debe proporcionar un parámetro de integración aplicable a los casos en que no sabemos cuanto podría haber ganado la víctima, porque no trabajaba. El análisis probabilístico comúnmente aceptado ofrece referencias objetivas –p. ej. la renta *per cápita* provincial– cuya incorporación a normas jurídicas es sencilla.

La autonomía de la voluntad puede resolver parte de los [problemas apuntados](#), sobre todo en accidentes acaecidos dentro del marco de una relación contractual, ya sea porque las partes involucradas pueden pactar qué niveles de cobertura prefieren y quién debe soportar el riesgo a cambio de ajustes en el precio del bien o servicio peligroso –Paul H. RUBIN (1993)–; ya sea porque existe margen para la mejora en un hipotético «mercado de indemnizaciones» o «antiseguro» –David FRIEDMAN (1982)–. Dicho mercado permitiría a todo sujeto expuesto a

un riesgo asignar, de acuerdo con sus propias preferencias, su dinero entre los estados «antes» y «después» de haber sufrido el accidente.

En cambio, en los accidentes acaecidos entre causantes y víctimas que no tienen vínculos contractuales previos, es decir, en los casos de costes de transacción más elevados, es necesario ser más cuidadosos en el diseño del sistema jurídico. Las cuestiones de la cuantía de la indemnización por daños morales y, en última instancia, de su propia existencia cobran aquí especial relevancia. BLUMSTEIN, BOVBJERG y SLOAN (1989) nos dicen "lo que vienen haciendo los jueces hasta ahora", y son por lo tanto superiores a un sistema de evaluación abierto para el daño moral, pero no responden a las preguntas planteadas por la literatura sobre el valor de la vida.

¿Quiere todo ello decir que la vida o la integridad física carecen de un valor calculable en euros o que éste es infinito? No parece que sea así, sino que el problema no reside tanto en el objeto que se pretende medir como en el método empleado para realizar la medición. Las técnicas empleadas en el análisis coste-beneficio para la valoración de bienes carentes de referencia directa en el sistema de precios ofrecen un principio de solución. El método de la propensión a pagar (*willingness to pay*) presenta una ventaja fundamental para valorar el daño moral: adopta un criterio de evaluación *ex ante*, de suerte que, al adelantar la evaluación al momento anterior a la producción del daño, evita el problema de la disminución de la utilidad del dinero para la víctima y en última instancia, el de la aversión al riesgo. El abandono del criterio tradicional – que valora el daño *ex post*– da pie para defender que se indemniza no tanto el daño causado como la exposición al riesgo de padecerlo, es decir, que se repara un daño esperado o probable. Pero, naturalmente, entonces cabe preguntarse si también es posible anticipar el pago de la indemnización.

En el plano teórico la cuestión es sencilla de resolver: si el criterio para valorar el daño viene dado por la respuesta a la pregunta sobre ***cuánto estaría dispuesto a pagar la víctima, para evitar el riesgo***, el causante potencial debería pagarle –es considerado responsable– desde el momento en que la expone al riesgo sin esperar a que se produzca el daño: basta llevar a cabo la actividad generadora del riesgo. Esa solución tiene las ventajas adicionales de permitir a las víctimas potenciales asignar su riqueza antes y después del accidente a través del mercado de seguros, a la vez que elimina problemas de aversión al riesgo tanto por el lado de la víctima como del causante.

No obstante, la aplicación de semejante mecanismo compensatorio *ex ante* tropieza con tantos problemas de predicción y evaluación de riesgos que, en la práctica lo hacen inviable, aunque David FRIEDMAN (1982), propone una versión parcial en las páginas 81 a 93, consistente en que las indemnizaciones se pagan una vez producido el daño, pero se han recaudado antes.

En todo caso y al margen de refinamientos quizás excesivos, la intuición básica es sencilla: se parte de la observación de situaciones de la vida cotidiana en las que continuamente asignamos un valor pecuniario a pequeños diferenciales de riesgo de muerte. Pueden distinguirse dos tipos: aquéllas en que pagamos dinero a cambio de reducir el riesgo, comprando seguridad – como cuando decidimos instalar un detector de humo en una casa; un *airbag* en un automóvil; un billete más caro en una compañía con aviones nuevos y muy modernos, etcétera–; pero el mismo fenómeno ocurre también cuando aceptamos dinero, fundamentalmente salarios en el

mercado de trabajo, a cambio de desarrollar actividades más peligrosas –como el militar profesional que escoge destino en una unidad de intervención inmediata, el piloto de pruebas, el transportista de mercancías peligrosas, el minero, el trapealista o el torero–. En la literatura se conocen ambas aproximaciones como WTP – de *willingness to pay*– y WTA –*willingness to accept*.

Todas esas situaciones inducen a pensar que el valor de la vida no es infinito, ni que, pese a lo que tantas veces hemos escuchado, aquélla "carece de precio". Si ello fuera así, nadie la arriesgaría voluntariamente a cambio de dinero, como, por el contrario, sucede casi rutinariamente. El método reconstruye artificialmente, mediante una extrapolación lineal, el valor total que implícitamente se asigna a la vida cada vez que se arriesgan pequeñas «partes» de ella y viceversa. Esto es sencillo, porque sólo requiere saber cuánto reduce o aumenta el riesgo de muerte la actividad en cuestión, y cuánto se ha pagado o aceptado, respectivamente, a cambio. Así, si se sabe que un *airbag*, que cuesta 1.300 euros evita una de cada mil muertes, la estimación indica que el valor implícitamente asignado a su vida por quien las pague rondará, al menos, los 1.300.000 euros. Para una presentación general véase el artículo de prensa: "*The Price of Life*", [The Economist](#), 4 de diciembre, 1993, pág. 76.

El problema estriba en que el método de la propensión es una salida propuesta por algunos investigadores para la evaluación del beneficio o el coste social de algunas políticas públicas, principalmente, de regulación en materia de seguridad –por ejemplo, Michael W. JONES–LEE y Graham LOOMES (1994). Pero su grado de desarrollo no permite su aplicación sin objeciones y cautelas en la determinación judicial de las indemnizaciones aplicables al caso concreto, ante el riesgo de que vuelva a reproducir la variabilidad que debería corregir. Hasta que el estado de la cuestión no sea pacífico en la doctrina, es probable que los tribunales sigan considerándola [demasiado especulativa](#) para fundamentar un derecho a la reparación. La cuestión enlaza con la del [valor de la investigación en juicio](#), en general. La mayoría de las objeciones a la viabilidad global del método pueden verse en el debate suscitado en el *Journal of Public Economics* tras la publicación, en 1978 –cuando la literatura sobre el valor de la vida se desarrollaba rápidamente–, de un artículo del Profesor John BROOME (1978). Allí pueden encontrarse también respuestas a sus objeciones: James M. BUCHANAN y Roger L. FAITH (1979), Michael W. JONES–LEE (1979) y Alan WILLIAMS (1979); y su réplica, en John BROOME (1979). Los aspectos más controvertidos del método de la propensión a pagar son:

1. Los sujetos en cuyas preferencias se fija el método –compradores de niveles elevados de seguridad (es decir, con elevada aversión al riesgo) o trabajadores de alto riesgo (con mucha propensión a encajar riesgos serios)– no son representativas del ciudadano medio. Así es, sin duda, pero una ponderación adecuada de ambos extremos puede compensar los sesgos en ambas direcciones y generar valores medios representativos de Juan Español. Incluso, cuando las víctimas potenciales pertenecen a grupos de riesgo bien acotados, la personalización puede ser deseable; en esos casos, puede recurrirse a encuestas para adaptar la estimación a las preferencias del grupo, como por ejemplo hicieron JONES–LEE Y LOOMES cuando les encargaron estimar medidas de seguridad en el metro de Londres.
2. El criterio de la propensión a pagar es muy sensible al nivel de riqueza de la víctima. Ello no supone un problema cuando se trata de evaluar el beneficio o el coste social de

una medida, porque si el número de personas a las que afecta es grande y la muestra está bien diseñada para representarlo, la agregación de todas sus preferencias da como resultado un valor medio con el que se puede trabajar. En cambio, si lo que se busca es una estimación *ad hoc* del valor del daño causado a una víctima determinada en un accidente, hay que hilar más fino y adecuar las estimaciones a las circunstancias del caso concreto. Ante este problema, el método de la propensión a pagar deriva en la capacidad para pagar, lo cual plantea a su vez nuevos problemas porque, en principio parece que el daño moral no debería depender del nivel de renta, al contrario que el lucro cesante – al menos en nuestro ordenamiento hemos visto una norma que así lo proclama.

3. El método empleado para obtener el valor de la vida a partir de la valoración de un pequeño diferencial de riesgo, es decir, la extrapolación lineal, se apoya en un supuesto muy restrictivo y no pacífico: el de la linealidad de las preferencias. Numerosos autores sostienen que la utilidad de los individuos en función del riesgo no es lineal. Sencillamente, nadie está dispuesto a pagar la misma cantidad de dinero por reducir su riesgo de muerte de un 100% a un 75%, que por reducirlo de un 35% a un 10%. La intuición es clara: cuanto más inminente es el riesgo, más se está dispuesto a pagar para reducirlo, aunque sólo sea porque el dinero servirá de poco en el caso, más probable, de que sobrevenga la muerte – Jennifer H. ARLEN (1985) y LINNEROOTH (1979). Este problema fue muy discutido en el [debate que suscitamos en internet](#) hacia junio de 1995, con sugerentes observaciones de los profesores KATZ, COOTER y RASMUSEN, entre otros.

En última instancia, la cuestión de fondo es si el sistema de responsabilidad civil debe necesariamente identificar las preferencias individuales de cada víctima en concreto para calcular el daño moral que el accidente le ha ocasionado. COOTER recuerda que construir preferencias es una actividad costosa, al menos en tiempo, de modo que no tiene sentido intentar averiguar las preferencias de la víctima acerca de bienes, como su vida o la de sus seres queridos, respecto de los cuales simplemente carece de preferencias. Además, como según KAPLOW Y SHAVELL (1994), no siempre es socialmente deseable individualizar todo el daño indemnizable en cada caso. Típicamente no lo es si las partes desconocen la magnitud del daño *ex ante*, cuando deciden acerca de la actividad generadora del riesgo. La conclusión parte de la premisa, común en el análisis económico del Derecho de daños «clásico» –aunque no tan bien aceptada en otros ámbitos–, de que la prevención es objetivo fundamental del sistema de responsabilidad civil ¿Para qué incurrir en el coste de individualizar indemnizaciones si una media bien calculada disuade exactamente igual, en términos agregados?

Lo que parece claro es que **la aplicación que pueda hacerse de la literatura sobre el valor de la vida para avanzar en la evaluación del daño moral deberá llevarse a cabo mediante baremos**. Si ya no es razonablemente abordable la individualización del daño sufrido por cada víctima, sino que, además, ni siquiera es deseable, nos encontramos ante todas las condiciones en las que un baremo –un conjunto de indemnizaciones medias sensibles a los grandes factores explicativos de la mayor parte de las indemnizaciones– tiene sentido. El baremo no elimina los errores en la valoración judicial del daño sufrido por cada víctima, pero compensa los cometidos con todas, en valores agregados. Ello presenta algunas ventajas de cara al objetivo de la compensación – igualdad, seguridad jurídica y certidumbre–; y casi todas las que se me ocurre imaginar en lo

concerniente al efecto preventivo de la responsabilidad civil, pues repercute el daño moral medio en el causante, una solución muy superior a la actual estimación arbitraria.

En general, la adopción de un baremo supone la asunción consciente de un tipo de error: las indemnizaciones que quedan a ambos lados del valor central –ya sea éste la media, mediana o moda– señalado por el baremo; pero ambos errores se compensan si el baremo está bien diseñado y no contiene sesgos. Esta pérdida sólo es significativa cuando no es posible individualizar objetivamente reparaciones para cada supuesto, como ocurre, por ejemplo, al intentar aplicar la restitución íntegra al daño moral sin más criterios de referencia.

• **Lo nuevo y lo que hay que estudiar en el baremo español**

Hay muchos ordenamientos y ámbitos de riesgo en los que se vienen empleando baremos; pero el español es el único de los que conozco, que es, a un tiempo, vinculante y está asociado a un sistema de responsabilidad civil.

	RESPONSABILIDAD CIVIL	REPARACIÓN SIN CULPA
BAREMO VINCULANTE	España	Suecia, Dinamarca, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia
BAREMO ORIENTATIVO	Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Grecia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Portugal y Holanda	
NO BAREMAN	Austria, Irlanda	

Fuentes: MCINTOSH y HOLMES; DE ÁNGEL YAGÜEZ; STOLL, REGLERO; y HUGUES y TOMADINI.

En efecto, la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados puso su actual nombre a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos de motor e incluyó en ella un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El rasgo más importante del baremo es su carácter vinculante. El juez se limita a determinar el alcance del daño corporal y aplica el baremo atendiendo a las circunstancias que en él se identifican como relevantes –esencialmente gravedad de la lesión, edad y circunstancias familiares y personales de la víctima–. El sistema se aplica imperativamente haya o no seguro -obligatorio o voluntario- salvo en caso de dolo; y abarca tanto el daño moral como al lucro cesante, pero no incluye las partidas de daño material ni los gastos médico-hospitalarios. En el baremo español se distinguen tres tipos de indemnizaciones –por muerte, lesión permanente e incapacidad temporal– con tres esquemas de indemnización básica, a las que se aplican unos factores de corrección prácticamente idénticos.

LAS INDEMNIZACIONES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE 1995

	Muerte	Lesiones permanentes	Incapacidad temporal

INDEMNIZACIÓN BÁSICA	TABLA I: Nº de perjudicados, relación con la víctima, edad	TABLA VI: Gravedad de la lesión, TABLA III: edad	TABLA V A): Estancia hospitalaria con o sin baja
FACTORES DE CORRECCIÓN	TABLA II, IV y V B): Ingresos anuales y situaciones particulares (discapac. Preexistente, hijo único, muerte de ambos progenitores, madre embarazada y concurrencia de culpas)		

Esta reforma es el último paso del proceso de baremación del daño personal iniciado en 1984 en el que una serie cada vez más depurada de tablas nunca habían pasado de tener vigencia sino como criterios orientativos.

1984	Manual de valoración de daños personales (aplicable a incapacidades permanentes) tomado de las indemnizaciones a mutilados de guerra
1987	Orden de 16 de marzo del Ministerio de Economía y Hacienda para el seguro obligatorio de responsabilidad civil
1989	Reglamento del Seguro Obligatorio (R. D. 2641/89): Baremos con categorías tomadas del Derecho del Trabajo. Orientativo en el ámbito de seguro obligatorio.
1991	Orden de 5 de marzo, del M. E. H. Prácticamente el mismo contenido que el actual. Efecto: orientativo de «uso recomendado» y OBLIGATORIO para el cálculo de las provisiones técnicas para siniestros pendientes de liquidación.

Las causas que llevaron al Gobierno a poner en marcha dicho proceso de baremación, y por último al Congreso de los Diputados a darle rango legal no se encuentran en la Ley que lo hizo imperativo, sino en la citada Orden Ministerial de 1991. El baremo, a la sazón orientativo, se presentaba en la Exposición de Motivos de aquella como el remedio que demandaba la «lotería indemnizatoria» que supuestamente se había instalado en nuestro sistema, y que estaba dando lugar a problemas de excesiva incertidumbre, litigiosidad y comprometiendo la solvencia de las compañías aseguradoras.

Lo cierto es que todo ese proceso de baremación se llevó a cabo sin un análisis suficiente de la realidad, de las alternativas conocidas ni de los efectos de todo tipo que podía generar. Hacer todo eso es una tarea pendiente en su mayor parte y cuyo valor social es permitir la comparación objetiva del baremo español con las demás soluciones posibles al problema.

La situación que se vivió en España y tuvo su punto álgido en los años ochenta no es distinta de la que han experimentado otros países en diversos ámbitos de riesgo. No debe extrañar que las indemnizaciones hayan experimentado, especialmente en materia de accidentes de circulación, tendencias considerables al alza y a la variabilidad. En nuestro ordenamiento se dieron las condiciones necesarias para desencadenar el fenómeno de la variabilidad: se pretendía la consecución del principio de restitución íntegra mediante un sistema de evaluación abierta. Pero hemos comenzado este trabajo escribiendo que esta combinación deja al juez sin criterios para valorar el daño indemnizable y la jurisprudencia acaba por reflejar altos niveles de

variabilidad, que, por cierto, tampoco se midieron nunca escrupulosamente y que muy bien podrían no haber sido tan agudos como algunos han sostenido interesadamente, pero sin demasiada base analítica.

Hasta el momento, la ausencia de datos nos ha impedido llevar a cabo ese estudio con resultados concluyentes, pero la información disponible apunta a las conclusiones siguientes:

- No se detectan indicios de una tendencia al alza desmesurada, antes bien unas indemnizaciones históricamente muy reducidas y la convergencia posterior con los techos indemnizatorios establecidos en los estados miembros de la Unión Europea explican la mayor parte del crecimiento.
- El alegato de la «lotería indemnizatoria», lanzado al mercado de la política por las compañías aseguradoras y aceptado por el Legislador, nunca se ha apoyado en una contrastación empírica fiable. Los indicios confirman que existió variabilidad, pero también sugieren que no fue ni tan injustificada ni tan excesiva como se ha dicho. Una simple comparación de los coeficientes de variación no arroja datos significativamente más elevados que los estimados por otros autores fuera de España.
- Para satisfacer el viejo anhelo de limitar con techos el daño indemnizable se ha aprovechado la confusión entre la variabilidad y tendencia al alza, pero son problemas muy distintos que requieren soluciones también distintas. Los baremos son un buen remedio frente a la variabilidad, pero son excesivos para controlar el crecimiento de las cuantías, tarea que puede realizar más específicamente un techo.
- El sistema de valoración subestima el daño causado a las víctimas, lo cual -cuestiones de justicia y compensación aparte- merma el papel preventivo de la responsabilidad civil. Si las cuantías contenidas en las tablas por daño moral más lucro cesante no alcanzan a cubrir el segundo, ello es sinónimo de más accidentes.
- El sector asegurador nunca dejó de disponer de la vía contractual para ajustar coberturas a primas. El seguro sólo es obligatorio para el conductor, pero nadie obliga a las compañías a ofrecerlo y mucho menos con cobertura ilimitada. La reforma de 1995 convierte en engañosa la oferta de cobertura ilimitada y aísla al mercado español, de paso, del crecimiento de los límites máximos proveniente de la Unión Europea.
- Con datos que, insisto, son sólo preliminares, ni los niveles de variabilidad ni los de equilibrio del sector han mejorado espectacularmente, como tampoco han disminuido los niveles de primas desde 1995, de modo que es posible que nos encontremos ante una política de «pan para hoy y hambre para mañana». Una vez el mercado haya asumido el descenso del riesgo asegurado -techos del sistema y menor incertidumbre, respectivamente- la demanda acabará por reducirse. Al final, menos negocio en un mercado en el que la demanda depende del riesgo y la incertidumbre.
- Carecemos de datos para medir adecuadamente el efecto de la reforma sobre la litigiosidad, pero los indicios apuntan a que su reducción se produjo fundamentalmente antes de que el baremo fuese vinculante en 1995.

Sí estamos en condiciones de afirmar, con carácter más definitivo, que la reforma tiene aspectos manifiestamente mejorables:

1. Somete el lucro cesante al mecanismo indirecto y subestimador de los factores de corrección –Tablas II, IV y V B) del sistema– incluso aunque exista información para calcular con precisión y facilidad las rentas dejadas de percibir.
2. Insiste en la falta de desglose entre las partidas de daño moral y lucro cesante. Es imposible, no ya saber qué parte de las indemnizaciones del baremo corresponde al daño moral y cuál al lucro cesante, sino incluso saber de dónde han salido las cuantías del sistema, que son las mismas de la Orden Ministerial de 1991 y a su vez las que reflejaba el «Informe Seaida». Este oscurantismo sanciona con rango legal una práctica habitual en la jurisprudencia y de largo criticada, incluso contraria a la resolución 75/7, de 14 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
3. La técnica legislativa es inadecuada por dos razones: en primer lugar, por alojar una reforma tan trascendental para nuestro sistema de responsabilidad civil en una disposición adicional de una disposición sobre la regulación del mercado de seguros. Y en segundo término, por incluir hasta el último detalle de los baremos en una norma tan rígida como es una ley. La textura dada a la norma es inadecuada. Precisamente este error en la elección del rango normativo ha provocado que el debate sobre la conveniencia del baremo haya trascendido al ámbito de la justicia constitucional, como se explica en [La Ley 4458](#).

La salida más deseable sigue siendo una reforma a tiempo porque una sentencia que declarara inconstitucional el baremo nos devolvería a la nada deseable situación anterior, y frustraría el avance que supone haber baremado el daño moral. Por otro lado, una validación del sistema en los términos actuales perpetuaría los graves errores en los que incurre, con el riesgo añadido de aplicación a otros ámbitos de responsabilidad. Por si fuera poco, las ingeniosas interpretaciones que se están haciendo del sistema amenazan con reproducir la variabilidad que debe erradicar.

A la vista de todo lo dicho, la necesidad de reformar estaba plenamente justificada; pero en absoluto lo estaba esta reforma. La situación anterior, por grave que fuese –ya se ha apuntado que podría no serlo tanto–, no concede al legislador una patente de corso para arrasar la rica variedad de daños indemnizables con la potencia uniformadora de un baremo que sólo requiere alguno de ellos.

Los avances serán más seguros si se construye sobre los aciertos, entre los que destaca el haber sujetado la indemnización por daño moral a un baremo. Si además se garantizara la restitución íntegra del lucro cesante allí donde es posible y se reservara el rango legal para los grandes principios rectores, podrían afianzarse esos avances e introducir otros sin un coste prohibitivo. No parece haber ninguna razón que impida aplicar a los daños causados en cualquier accidente los logros alcanzados en el ámbito de la circulación, de modo que una vez superados los errores de nuestro actual baremo, será una buena herramienta para la valoración, en general, del daño 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., BOVBJERG, 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. y 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 Baremos de Daños Personales en Accidentes de Circulación, organizada por la Asociación Española de Medicina del Seguro y UNESPA en la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid, el 21 de noviembre.

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*, documento núm. R-3391-ICJ del Institute for Civil Justice, Santa Mónica, California, Rand Corporation.

KAPLOW, Louis y 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.