

# El derecho de chance

## FUNDAMENTACIÓN

### EPISTEMOLOGICA

### ECONÓMICA

Carlos A. Gherzi

#### I. Introducción

El derecho de chance, es sin duda uno de los rubros indemnizables más difíciles de conceptualizar y evaluar, tanto para los abogados en sus peticiones o contestaciones, como para los magistrados en sus sentencias o pronunciamientos judiciales.

En lo económico, también adquiere dificultad por la falta de preparación en modelos económicos para abogados, y más especialmente en una rama del análisis económico del derecho que es la *econometría*.

En particular, queremos hacer un aporte al tema desde la escuela epistemológica del análisis económico del derecho, que venimos sosteniendo en la Argentina desde hace algunos años<sup>1</sup>.

#### II. La idea central del concepto de chance: ¿Irregularidad o series económicas regulares?

Pareciera ser que siempre se ha enfrentado a los rubros daño emergente<sup>2</sup>, lucro cesante actual y futuro<sup>3</sup>, como situaciones que tenían que ver con el *determinismo* y por el contrario al derecho de chance con la *indeterminación*, la *posibilidad* y la *irregularidad*<sup>4</sup>, es decir, polos opuestos, y como veremos, no es tan así.

### A. La aleatoriedad y la irregularidad

En realidad se trata de conceptos diferenciados y por tanto, pueden ser motivo de inclusión y exclusión mutua.

La *aleatoriedad*, era asociada en forma absoluta a la irregularidad, a partir de considerar que podría tratarse de una *atomización económica*, situación esta que podría llegar a concretarse hacia el futuro, no se pensaba en *modelos cuánticos*, que pueden definir la situación en términos *econométricos*.

Hoy, sin embargo, se nos presentan un *abanico diferenciable de irregularidades*, que mediante *ecuaciones diferenciales*, nos pueden acercar a *modelos aleatorios deterministas* (insistimos, hasta hace algunos años esta afirmación era absolutamente contradictoria y hoy es complementaria).

En primer lugar, debemos reconsiderar el concepto asociado, de *chance-aleatoriedad*, con una nueva visión, con más limitaciones y dentro del determinismo cuántico (lo cual es cambiar el sentido clásico).

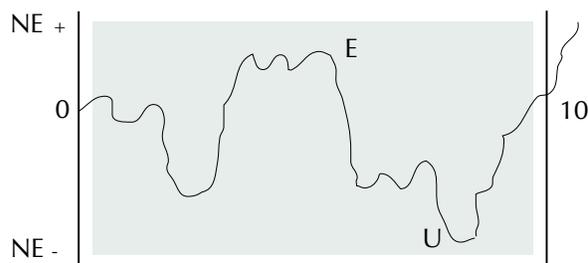
L. Prigogine y L. Stengers<sup>5</sup>, desde la física cuántica aplicada a la economía, han establecido la tendencia de variaciones posibles de un hecho económico, a través de lo que se denomina la *histoeconomía del agente económico*, combinado con la *histoeconomía de un hecho económico similar* (subjektivación y determinación objetivable).

### B. La subjetividad y un hecho económico objetivable, ambos desde la histoeconomía y su proyección

Hoy es posible, a través de las operaciones cuánticas, establecer series computables, como variables posibles y ello se puede hacer desde lo *subjetivo*, es decir desde el agente económico (individual, empresa, sociedad comercial, etc.) y desde un hecho económico *objetivable* similar (no objetivo)<sup>6</sup> y poder entrecruzar los datos *econométricos* para poder establecer *tendencias* y hasta una *tendencia médica* (perfil de variaciones *econométricas*).

La cuestión puede plantearse de la siguiente manera: La *histoeconomía* es un desprendimiento muy reciente de la historia económica<sup>7</sup> y la historia de las ideas económicas<sup>8</sup>, que analiza a un *agente económico* en particular en secuencias de períodos de tiempo o ciclos, conforme a reglas preestablecidas, que pueden *marcar* y *medir* el desarrollo del agente en y durante esos períodos.

DIAGRAMA



Asignación conceptual: (NE +) estado de superación del equilibrio y obtención de mayor beneficio; (E) estado de equilibrio y obtención regular de beneficios; (U) umbral mínimo donde se neutralizan costos y precios de venta; (NE -) estado de superación del umbral mínimo imposible de realizar la actividad económica y representa para el agente pérdidas.

1. Desde los inicios de la década de los noventa en la Facultad de Derecho de la UBA, en el grado iniciamos el estudio con un seminario optativo (CPO), y luego a mediados de esa misma década, en el departamento de posgrado de la misma facultad, realizamos un seminario anual.

2. El daño emergente, como parte de la reparación integral por un accidente de trabajo, no sólo se circunscribe a la compensación de gastos, sino que cuando la incapacidad es parcial, la víctima es acreedora por la disminución de su capacidad laboral, no debiendo descartarse tampoco el factor psicológico, porque un trabajador en esas condiciones debe sobre llevar una mayor sensación de inseguridad que otro perfectamente apto, frente a la posibilidad de afrontar un desempleo en inferioridad de condiciones (C° 4 Trab Córdoba, 3-10-83, Manuel R. González c/Metalúrgica San Martín LLC 1984.626).

3. El lucro cesante –jurídicamente considerado– es la ganancia, utilidad o provecho esperada por el actor con un ritmo de obra determinado. Gasto es un desembolso que debe realizar alguien, y los improductivos son los desembolsos realizados por el actor, como gastos de oficinas para el personal técnico y profesional, conservación del obrador, vestuarios, depósitos, honorarios de personal técnico y profesional, mantenimiento, etc.. CNFed. Cont.Adm. Sala IV. 28-2-89 Alesia SA c/Empresa de Ferrocarriles Argentinos, LL 1989-D-392, y DJ 1989-2-936.

4. Corresponde el resarcimiento del lucro cesante producido y el que seguirá manifestándose en el futuro al titular del establecimiento dedicado a la explotación de yacimientos de sulfato de sodio a orillas de un lago, como consecuencia del avance de las aguas causado por obras hidráulicas efectuadas por la provincia demandada, que generaron bajas concentraciones salinas, determinantes de la falta de cristalización de sal en el yacimiento lo que alteró la situación de normalidad existente, perjudicando una explotación comercial de la que existían antecedentes desde principios de siglo ... La circunstancia de que el establecimiento dedicado a la explotación de yacimientos de sulfato de sodio a orillas de un lago no hubiese llegado a entrar en funcionamiento no es óbice para el resarcimiento del lucro cesante derivado del avance de las aguas causado por obras hidráulicas efectuadas por la provincia demandada (Pronar S.A. Minera, Industrial y Comercial c/Buenos Aires, provincia de, 24-3-87).

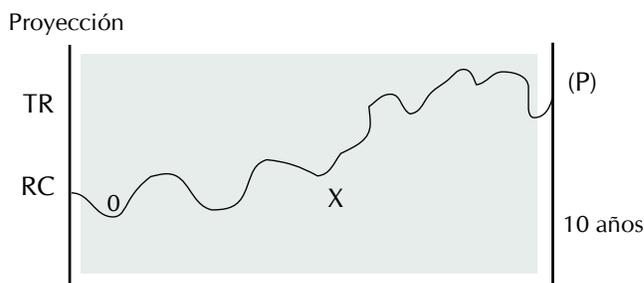
5. Ver L. Prigogine y L. Stengers. Order out of Chaos, Nueva

La *histoeconomía*, nos muestra cómo el agente económico en un plazo  $x$  (0 a 10 años) ha tenido su evolución e incluso se puede graficar y hasta obtener econométricamente la media-promedio.

En cuanto al *hecho económico similar* al investigado, verbigracia una empresa de la misma rama (A), considerando una inversión (I) obtiene al cabo en una plaza (X) una tendencia de rentabilidad (TR) que puede graficarse y medirse econométricamente.

De esta forma, con la *histoeconomía* de una inversión (I),

DIAGRAMA  
HISTOECONÓMICO DE HECHO ECONÓMICO SIMILAR



podemos obtener cuál ha sido la secuencia de la recuperación de costo (RC), la tasa de rentabilidad (TR), incluso su promedio ponderado, y luego establecer proyecciones (P) hacia el futuro, *con series matemáticas* (incluso con demarcación de situación estables e inestables y sus puntos o nodos de bifurcación).

Estas dos alternativas, como *datos histoeconómicos proyectables*, encuentran lo que se denomina *polo de atracción*, es decir, el punto de *encuentro* (todos los sistemas dispersivos –ambos lo son– tienen nodos o polos de atracción) para calcular el lucro cesante actual o futuro.

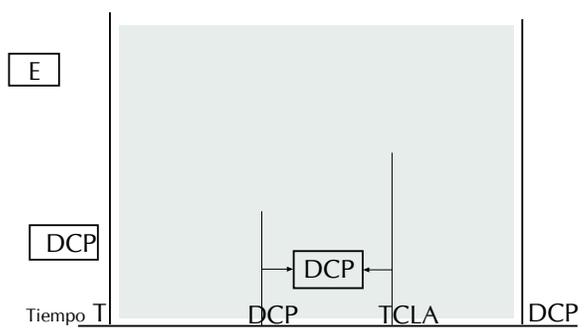
En el *derecho de chance económica* esos polos de atracción, adquieren una nominación propia: *nodos o polos de atracción extraños*, pues se trata de análisis económico de dos situaciones o comportamientos o trayectorias *agregados entre sí*, pero que poseen distintas fuentes (agente económico, subjetivo y hecho económico similar objetivable).

El *polo de atracción extraño*, viabiliza un mecanismo de encuentro (estático) que posibilita establecer un procedimiento (dinámico) de estimulación del carácter dimensional de la proyección económica agregadas entre sí (variables de sistemas complejos) con un *ciclo límite de atracción*.

Incluso hoy  
podemos tratar  
de mejorar este  
análisis económico  
del derecho de  
chance con escalas o  
sistemas dinámicos  
de escalas de  
tiempo: corta y  
larga determinación  
cíclica...



DIAGRAMA DE PROYECCIÓN  
CON CICLO LIMITE DE ATRACCIÓN

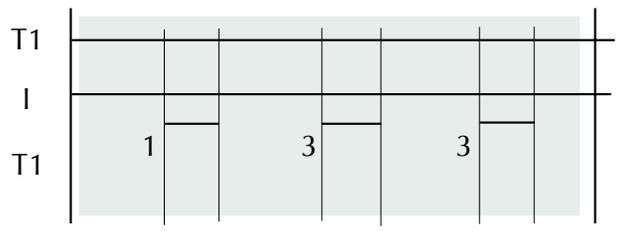


Asignación conceptual:  
 E: Empresa  
 HE: Hecho económico  
 Ti: Tiempo inicial  
 TNAF: Tiempo de nodo atracción extraño  
 TCLA: Tempo de ciclo límite de atracción  
 TVE: RTiempo de variación errática  
 DCP: Derecho de chance proyectado

C. Aleatoriedades dinámicas como supuestos de irregularidades determinables

Como hemos podido apreciar, cuando se aplica una serie de datos conocidos (histoeconomía) en series temporales (plazos de acuerdo con la calidad del agente económico y al hecho económico seleccionado) es posible que aleatoriedades estáticas, se conviertan en irregularidades dinámicas determinables (es lo que se denomina sistema determinable no lineal) que corresponde a una serie finita (límite de polo de atracción).

Como vemos, la visión cuántica puede determinarnos o ayudar a determinar por exploración aproximativa el derecho de chance económico.



Tiempo: T1 1 2 3  
 Siendo:  
 I (inversión);  
 R (renta);  
 Ti (Tiempo inicial)  
 1, 2 y 3 la curva de crecimiento

Incluso hoy podemos tratar de mejorar este análisis económico del derecho de chance con escalas o sistemas dinámicos de escalas de tiempo: corta y larga determinación cíclica, pues las fluctuaciones al producir su dispersión entre el polo de atracción y el ciclo límite; puede tener puntos denominados de explosión económica<sup>9</sup>.

Esos puntos han sido estudiados en cuanto que para producirse necesitan un período de tiempo que no se advierte si se trabaja con grandes números. En lo que se denomina la curva gaussiana, o curva de crecimiento (en escalas de tiempo o ciclos reducidos). Esto es útil para determinar en ciertas circunstancias,

York, Edit. Bantam Books, 1984; así como anteriormente habían iniciado el tratamiento del tema en el mismo sentido: Nicolás J. y Nicolás L. Self-Organization in Non-Equilibrium Systems, Nueva York, Edit. Wiley Interscience, 1977.

6. Insistimos en la diferencia conceptual para la economía como cuestión objetivable, dentro la teoría del valor y hecho económico objetivo.

7. Consult. Eric Hobsbawm. Biblioteca historia contemporánea, 5 vols., Buenos Aires, Edit. Crítica, 1997.

8. Cfr. George Shackle. La naturaleza del pensamiento económico, México, Edit. F. C. E., 1969.

9. Se denomina así a los nodos en que se supera el Proyecto de beneficios o ganancias esperados en el agente o en el hecho, son sumamente aleatorias, pues dependen de acontecimientos no ligados a la economía, verbigracias culturales o sociales, así por ejemplo, la mutación de, o en los gustos o cambios culturales artísticos, etc., de allí nuestra insistencia a integrar el análisis económico del derecho de Posner o Calabresi, con la epistemología, pues puede no solo variar conceptualmente, sino econométricamente. Cfr. Boudieu-Pierre. La distinción, criterio y bases sociales del gusto, México, Edit. Taurus, 1999.

la relación con el mercado y los posicionamientos de las empresas en sucesivos nodos<sup>10</sup> y las pérdidas; ganancias o sobreganancias en contratos interempresarios<sup>11</sup>.

### **III. Aproximaciones en el análisis epistemológico-económico del derecho de chance**

Siempre queremos aportar elementos en función de la eficiencia en la resolución de conflictos de derecho económico (privado o público) y como decía Aristóteles, el tiempo no se mide, sino que lo mide el hombre.

Nada es objetivo, sino relativamente objetivable, por lo cual hay que establecer parámetros, por ejemplo, esta metodología sólo puede ser utilizada dentro del sistema de economía capitalista de acumulación privada (SECAP); con determinados horizontes de temporalidad, es decir, no se pueden medir series infinitas (matemáticamente sí se puede, pero la economía, trabaja con períodos finitos y el derecho también, por seguridad jurídica convencional),etc.

Por último, hemos mejorado desde el punto de vista conceptual y desde los fundamentos, en sacar el derecho de chance de la indeterminación y aleatoriedad absoluta (al boleo de los abogados actor-demandado, y el ojímetro judicial) y lo llevamos al campo de *los procesos dinámicos determinables*<sup>12</sup>, gracias al aporte de elementos cuánticos<sup>13</sup> (sistemas dinámicos dispersivos y no dispersivos) como medios de ayuda para definir situaciones y medirlas<sup>14</sup>.

Esto es sólo el comienzo en la Argentina, entendemos que hay que seguir abriendo caminos para dejar sin espacio a los meros repetidores del derecho y a los juristas dogmáticos (divulgadores de la ciencia jurídica), es decir, es el debate entre lo conocido que me da poder y lo desconocido, el devenir, que me crea imperfecciones, errores y rectificaciones en el discurso epistemológico.

Hace años que he elegido esto último, la apertura y la tolerancia.



bancaria en responsabilidad del Banco Central por actividad financiera, Ghersi Carlos y col., Buenos Aires, Edit. La Ley, 1999.

11. Carlos A. Ghersi. *Derecho de daños y contratos* (Cuantificación daños por incumplimiento en los contratos interempresarios), Mar del Plata, Edit. Club del Libro, 1999, p. 27.

12. F. Baras Stochastic. *Theory of Adiabotic explosion*, Nueva York, Edit. Phys, Vol. 1, 1983, p. 32.

13. Ver P. Grasseberger y Procaccia I. *Characterization of Strange a hactors*, Nueva York, Edit. Stat Pluys, 1983, pp. 346- 349.

14. En 1977, fue utilizado para medir cuestiones relacionadas con conflictos de sociedades que operaban en la bolsa, para estimación de fluctuaciones ver J. Gleik. *Caos. La creación de una ciencia*, Barcelona, Edit. Seix Barral, 1978; también Von Foerster. *Notas pour epistemologil des objets Vivants*, París, Edit. Semil, 1974; Jesús Ibáñez. *Descubriendo trampas de Dios*, Madrid, Edit. Contrarios, 1989.