

RESARCIR EL DAÑO POR INCAPACIDAD VITAL: ¿POR QUÉ NO?

Compensate damage due to vital disability: ¿why not?

Maximiliano R. Calderón¹

Resumen: El artículo propone ideas respecto de la posibilidad de indemnizar de manera autónoma la incapacidad vital como ítem resarcitorio separado del lucro cesante y del daño moral.

Summary: The article explores the possibility of compensating **vital incapacity** as an autonomous head of damage, separate and independent from **loss of earnings** and **moral damages**. It proposes its recognition as a distinct item within the system of damage compensation

Palabras claves: daño resarcible, cuantificación, incapacidad vital, rubro autónomo.

Keywords: compensable damage, quantification, vital incapacity, autonomous category.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.

© Universidad Católica de Córdoba

DOI: [https://doi.org/10.22529/fd.2024\(7\)07](https://doi.org/10.22529/fd.2024(7)07)

¹ Abogado (UNC); Magister en Dirección de Negocios, (Facultad de Ciencias Económicas.UNC) ; Diplomado en Derecho Tributario Local, (UNC); Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura, (UCC); Diplomado en Inteligencia Artificial y Derecho, Universidad de Salamanca y Fundación General Doing Global ; maestrando en Derecho y Estado Digital, Universidad de Champagnat, Mendoza. Adscripto en las Cátedras B: Derecho Procesal Civil y Comercial y Práctica Profesional II, (UCC) .Prosecretario por concurso en el juzgado de Ejecuciones Fiscales N.º 1 de la ciudad de Córdoba.

1.- Alcances del trabajo

Las líneas que siguen no componen un artículo doctrinario acorde a los cánones ordinarios, pues prescinden de un *corpus* descriptivo de doctrina y jurisprudencia y de una presentación orgánica del tema bajo análisis.

Por el contrario, el propósito que nos anima es el de presentar algunas ideas que aporten a la reflexión colectiva que se viene dando desde hace tiempo (revitalizada con la sanción del Código Civil y Comercial) en relación a la posibilidad de indemnizar de manera autónoma la incapacidad (o incapacidad vital), como ítem resarcitorio separado del lucro cesante (y del daño moral).

Creemos que el debate no se encuentra zanjado y ofrece un escenario apto para desarrollar un robusto intercambio de ideas entre interlocutores heterogéneos (abogados, jueces, investigadores, doctrinarios). La única y la mayor aspiración de este trabajo es tomar la palabra por un instante en ese diálogo y contribuir al mejoramiento de esta construcción cultural colectiva que es el derecho.

2.- Demoliendo objeciones

Antes de considerar si es razonable indemnizar la incapacidad como rubro autónomo, deberíamos detenernos momentáneamente en algunas objeciones habituales a esa teoría.

- a. *No es indemnizable porque no encuadra como daño moral ni lucro cesante.*

Suele cuestionarse la indemnización en base a la taxonomía del daño en moral (extrapatrimonial) y patrimonial, que solamente reputa resarcible el daño derivado de la incapacidad en tanto se plasma en afecciones espirituales o pérdidas productivas.

Por cierto, esta clasificación suele ser de utilidad práctica a los fines de segmentar el daño integralmente considerado en sus diferentes facetas, sometiendo cada una de ellas a diferentes recaudos de procedencia y diversos estándares de cuantificación.

Pero esto no significa que se trate de categorías ontológicas y de confines rígidos e impermeables. Las categorías son modos de pensar (más que modos de ser), andariveles por los que discurre el pensamiento, pero sin entidad suficiente para expulsar del campo del derecho aquellas situaciones que no engastan con naturalidad.

Dicho de otro modo: (i) las clasificaciones doctrinarias no pueden ser un *lecho de procusto* que imponga dejar sin resarcimiento un daño, por la sola razón de que no encuadra con facilidad en los carriles mentales de los operadores judiciales²; (ii) deberíamos estar advertidos de los riesgos del pensamiento sistemático: cuando una determinada teoría científica nos conduce a un resultado no deseable o injusto (como lo sería dejar un daño sin reparación porque “no encaja” en la teoría), debemos evaluar si no es el momento de repensar esa teoría, abandonarla o resistemizarla.

² Antes que ahora hemos hablado de la maleta de los tres chiflados, quienes colocaban su ropa en una valija y recortaban con una tijera los sobrantes que no entraban (algunas mangas de camisa, algunas piernas de pantalón).

La cuestión reviste, claro, su complejidad. Pero no se resuelve mediante la invocación mecánica a una taxonomía del daño que no es ontológica y, como solía decir algún pensador contemporáneo, “puede fallar”.

- b. *No es indemnizable porque su cuantificación es dificultosa.* Es frecuente objetar la reparación de la incapacidad vital mentando las dificultades para su cuantificación.

Siendo consecuentes con esa premisa, deberíamos rechazar la indemnización del daño moral, paradigmático e irresoluble caso de imposibilidad de obtener una estimación ontológicamente proporcional a la envergadura del agravio.

Hallamos en este modo de razonar un sofisma lógico de cambio de asunto (*ignorantia elenchi*): una cosa es determinar si un determinado ítem es resarcible y otra diferente (posterior, al menos lógicamente) calibrar el *quantum* del resarcimiento.

Una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa: si el daño es resarcible, ya hallaremos los operadores jurídicos alguna manera de indemnizarlo. La experiencia del daño moral y la infinidad de teorías sobre su cuantificación acredita que no nos falta imaginación a esos efectos.

- c. *Sólo es indemnizable cuando no existe lucro cesante.* En esta tesitura, el resarcimiento por incapacidad vital sería una especie de premio consuelo que podría obtener una persona que, viendo truncada o recortada su capacidad vital, no sufre perjuicios patrimoniales. En cambio, le estaría vedado a quien sí padece lucro cesante.

No hallamos coherencia a este razonamiento: (i) es lógicamente posible afirmar que la incapacidad vital es indemnizable; (ii) también es lógicamente posible afirmar que no es indemnizable; (iii) lo que nos resulta contradictorio es sostener que es indemnizable y no lo es en función de contingencias completamente ajenas a su dinámica interna.

Del mismo modo que la pérdida de valor venal de un rodado es indemnizable con independencia de lo que suceda con, por ejemplo, el daño emergente consistente en su reparación (que en algunos casos no deberá asumirse, por estar asegurado), en este caso también deberíamos hallar las razones que avalan o niegan la reparación de la incapacidad vital dentro del tablero de la incapacidad vital, y no a tenor de otros ítems autónomos.

Por lo demás, si a un jubilado de más de 65 años que sufre un daño que le provoca “insuficiencia material” para desenvolverse por sí y realizar actividades “útiles” distintas de las laborativas³ le indemnizamos este perjuicio: ¿Por qué no se lo resarciríamos a un desempleado de 45, a un ejecutivo de 30, un asalariado de 25 o un estudiante de 10 años? ¿Qué tiene que ver con los detrimentos ocasionados a la vida extralaboral de una persona el hecho de que sufra o no una pérdida de ingresos productivos? No halo sabemos.

Si construimos dos categorías separadas (pérdidas vitales y pérdidas

³ Expresión empleada por el T.S.J. Sala Civ. y Com., Sent. 68, 25/06/08, *in re* “Dutto, Aldo Secundino c/ América Yolanda Carranza y otro – Ordinario – Recurso de casación (Expte. D-02-07)”.

productivas), no podemos fijar la resarcibilidad de una de ellas dependiendo de lo que pase con la otra. Para eso, resulta más coherente no escindir las y fijar un resarcimiento uniforme.

3.- Daño – lesión y daño – consecuencia

Pasando por alto la posible controversia hermenéutica acerca de la postura del Código Civil y Comercial sobre el punto⁴, acordemos (metodológicamente) con la posición mayoritaria que considera que el daño resarcible es el “daño – consecuencia”, es decir, la consecuencia perjudicial que produce para el damnificado la lesión sufrida (“daño – lesión”).

Desde esta posición puede alegarse, con razón, que la incapacidad “en sí misma” o “*per se*” no es resarcible.

Pero de inmediato debe aclararse el alcance de esta prevención:

- Si lo que queremos señalar es que la incapacidad es “daño – lesión” y lo que se indemniza es el “daño – consecuencia”, la observación es atinada: no se resarce la merma intrínsecamente ponderada, sino los efectos peyorativos que le produce al damnificado.

En consecuencia, formulada esta aclaración conceptual, debemos de inmediato pasar a coleccionar todas las proyecciones consecuenciales de ese “daño – lesión”, procurando que ninguna de ellas quede sin resarcir.

- Si, en cambio, lo que queremos apuntar es que la incapacidad en sí no se indemniza si no se traduce en un daño moral (en sentido estricto) o un lucro cesante o pérdida de chance,

Esta conclusión no es una derivación lógica de la delimitación del daño resarcible, sino el resultado de la adición de dos operaciones conceptuales sucesivas: (i) la exigencia de encuadramiento de todo daño en una división bipartita; (ii) la delimitación de esas categorías de una manera estricta y limitativa, poco amigable con situaciones no catalogadas.

En definitiva, esta es una precisión de conceptos que resulta atendible, a condición que de ella no se deriven consecuencias jurídicas no suficientemente ponderadas.

4.- ¿Por qué hay que resarcir? El enfoque de las capacidades

Pasamos ahora a proponer, sugerir o reflexionar sobre las razones por las que debe indemnizarse el daño por incapacidad vital más allá de las repercusiones productivas de la merma.

Este debate podría reconducirse a un argumento de autoridad, sea normativista⁵, sea

⁴ El art. 1737 del Cód. Civ. y Com. parecería posicionarse en la tesis del “daño-lesión”, pero Azar y Ossola demuestran de manera convincente que el nuevo plexo normativo preserva la categoría del “daño – consecuencia” (Aldo M. Azar y Federico A. Ossola, en Andrés Sánchez Herrero –director-, *Tratado de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 194-195).

⁵ El daño por incapacidad vital debe indemnizarse autónomamente respecto a las pérdidas productivas porque así lo impone el art. 1746 del Cód. Civ. y Com., en tanto además de las actividades productivas declara indemnizables las “económicamente valorables”, aunque la

apoyado en la jurisprudencia⁶. Pero nos interesa, aún esquemáticamente, presentar un argumento material en apoyo de esta tesis.

- Nos valemos del esquema de pensamiento de Amartya Sen y su “enfoque de las capacidades”⁷: toda persona tiene un conjunto de habilidades efectivas que le brindan la oportunidad real de obtener aquello que libre e individualmente (sin coacciones externas) valoran, en un contexto de plurales intereses y proyectos de vida.

En este sentido, se asignan a los recursos (patrimoniales) un valor instrumental (como medios y no como fines).

¿Qué lesiona, entonces, la incapacidad vital? La libertad que tenemos de cantar, bailar, saltar, correr, bañarnos, jugar con nuestros hijos o nietos, ir a la playa, jugar al fútbol, pasear nuestra mascota, reunirnos con nuestros amigos, mirarnos al espejo, cocinar. O no hacer nada de lo anterior, no por una imposibilidad injustamente impuesta por un hecho dañoso, sino por la pura voluntad de no hacerlo.

- ¿Por qué indemnizar, entonces, solamente la repercusión de la incapacidad de una persona en sus ingresos proyectados (daño-consecuencia, limitado a la esfera de los ingresos productivos) y no su impacto en otras esferas personales de gran valor? ¿Por qué asignar trascendencia jurídica solo a la privación del medio (recursos económicos) y subestimar la importancia de la afectación del fin (el proyecto de vida, la libertad, las “capacidades” del afectado).

Todo daño incapacitante provoca numerosas afectaciones al damnificado, tales como el dolor o sufrimiento (daño moral), la privación de ingresos muy probables (lucro cesante) o razonablemente posibles (pérdida de chance de ganancias), pero además, principalísimamente, recorta su libertad y su posibilidad de ejercitar sus potencialidades vitales en el sentido que quiera, prefiera o determine.

- Libertad, felicidad, auto-realización, proyecto de vida son términos que se armonizan y cuya afectación debe resarcirse, más allá de cualquier dificultad epistémica que se presente.

De lo contrario, no se estaría reponiendo al damnificado al estado anterior a la ocurrencia del daño (art. 1740, Cód. Civ. y Com.), dejando subsistente el daño en cierta medida⁸ y vulnerando el principio (que es, además, un derecho constitucional)⁹ de reparación integral.

persona no sufra merma de ingresos. O bien del art. 1738 del Cód. Civ. y Com., al establecer que la indemnización incluye la violación de la integridad personal, la salud psicofísica y el proyecto de vida.

⁶ El daño por incapacidad debe indemnizarse autónomamente respecto a las pérdidas productivas porque así lo entiende la C.S.J.N. (este es su criterio tradicional, por ejemplo en Fallos 315:2835, en reenvío a Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412, y recientemente lo ratificó con gran suceso en “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART”, 10/08/17).

⁷ Amartya Sen, *La idea de la justicia*, Taurus, Buenos Aires 2014, p. 261 y ss.

⁸ Según feliz expresión de la C.S.J.N. en “Provincia de Santa Fe” (Fallos 268:112).

⁹ Derecho constitucional inferido del art. 19 C.N., según la robusta jurisprudencia desarrollada

5.- El peligro de las categorías

Llegados a este punto, podemos encontrarnos con dos respuestas:

- “De acuerdo, la lesión a la incapacidad vital es indemnizable pero como ítem dentro del daño extrapatrimonial”.
- “De acuerdo, la lesión a la incapacidad vital es indemnizable pero como ítem dentro del daño patrimonial”.

Ambas posturas pueden ser justas o injustas, según las consecuencias que se deriven de ellas.

Suspendemos a los fines de este trabajo toda pretensión taxonómica pues creemos que, empíricamente, clasificar un daño ha sido con demasiada frecuencia una manera de no resarcirlo suficientemente. Nos preguntamos, en consecuencia, por las implicancias axiológicas (no epistémicas) de estas alternativas.

- No es en absoluto irrazonable resarcir la lesión a la incapacidad vital en un plano extrapatrimonial.

Para que esta propuesta sea atendible, basta con dilatar la noción de daño extrapatrimonial más allá del núcleo histórico del daño moral (concebido como dolor, sufrimiento o modificación disvaliosa del espíritu) e incluir en ella otros detrimentos caracterizados por la ajenidad a las actividades productivas del afectado.

Pero existe una condición de legitimidad de este procedimiento: fijar un resarcimiento que no se limite a la reparación clásica del daño moral, incluyendo un plus resarcitorio de la incapacidad vital. Si, por el contrario, se introduce la incapacidad vital en la esfera extrapatrimonial y se termina mandando a pagar la misma cifra que se hubiera pagado por daño moral “puro”, no estaremos haciendo otra cosa que dejar sin indemnizar el rubro, bajo la apariencia de que lo indemnizamos¹⁰.

- No es en absoluto irrazonable resarcir la lesión a la incapacidad vital en un plano patrimonial.

Para que esta propuesta sea atendible, basta con dilatar la noción de daño patrimonial más allá del núcleo histórico del lucro cesante y la pérdida de chances relacionadas a ingresos por actividades productivas e incluir en ella otros detrimentos susceptibles de apreciación pecuniarias, caracterizados por la ajenidad a las actividades productivas del afectado.

Pero existe una condición de legitimidad de este procedimiento: fijar un

por la C.S.J.N. en la saga “Santa Coloma” (Fallos 308:1160) - “Gunther” (Fallos 308:1118) - “Aquino” (Fallos 327:3753) - “Aróstegui” (Fallos 331:570) – “Rodríguez Pereyra (2012, sin nomenclatura oficial). Es insoslayable la lectura sobre el punto de Juárez Ferrer, Martín, El derecho constitucional a la reparación integral, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

¹⁰ En números: (i) un tribunal, tradicionalmente, indemnizaba con \$10 el daño moral; (ii) actualmente, señala que el daño extrapatrimonial incluye, además del daño moral, la indemnización de la incapacidad vital, y fija la condena en \$10; (iii) como se advierte, pese a que se incluyen más daños, se los indemniza al mismo valor, faltando un *plus* que acredite la autonomía del resarcimiento.

resarcimiento que no se limite a la reparación clásica del lucro cesante y la pérdida de chance, incluyendo un plus resarcitorio de la incapacidad vital. Si, por el contrario, se introduce la incapacidad vital en la esfera patrimonial y se termina mandando a pagar la misma cifra que se hubiera pagado por lucro cesante y pérdida de chance (de progreso económico, de obtener otro trabajo en caso de perder el actual, etc.), no estaremos haciendo otra cosa que dejar sin indemnizar el rubro, bajo la apariencia de que lo indemnizamos¹¹.

La completa simetría entre ambos procedimientos pone en evidencia nuestro argumento: no se trata tanto de explicar dónde se emplaza el rubro, sino de asegurar que, lo calificamos de la forma que sea, le asignemos una indemnización específica, autónoma, no absorbida por la de otros capítulos resarcitorios¹².

6.- Palabras (casi) finales

Enunciamos a modo de cierre o, mejor aún, de invitación al diálogo¹³, dos dificultades que presenta el tema examinado y nuestra visión de por qué es necesario superarlas:

- La aparición de la incapacidad vital altera nuestro esquema binario en la clasificación del daño y nos coloca ante la incomodidad de no hallarle una fácil respuesta en el marco del aparato conceptual clásico del derecho de daños.

Sin embargo: (i) como nos enseñó Kuhn, los cambios y avances en la ciencia no suelen ser el resultado de una acumulación pacífica de conocimientos sino de la ocurrencia de anomalías que ponen en crisis los esquemas tradicionales y obligan a su reformulación mediante una revolución científica y un cambio de paradigma¹⁴; (ii) más sintéticamente, como dice un viejo villancico castellano, “las cosas son como son, hasta que dejan de serlo”.

- La delimitación técnica y jurídica de la incapacidad vital y la resolución de los problemas que ella acarrea nos coloca en una zona de incertidumbre e inseguridad, en la que estamos a un paso del error y la falla.

Sin embargo, nos parece más atractivo que transitar las desandadas sendas de la doctrina tradicional emprender una búsqueda de nuevos caminos que conduzcan con mayor eficacia al resultado querido: la justicia resarcitoria, la reparación integral.

Si en ese camino fallamos o no logramos dar con precisión con la respuesta más razonable, no estaremos haciendo otra cosa que la que el hombre ha hecho desde

¹¹ Un supuesto típico consistiría en declarar que la incapacidad vital es resarcible más allá de sus repercusiones productivas, pero al momento de fijar las indemnizaciones admitir solamente pérdida de chance (de obtener incrementos patrimoniales o ascensos, de obtener un nuevo trabajo si se pierde el actual, etc.), circunscribiendo nuevamente el resarcimiento al plano laborativo – productivo y excluyendo las repercusiones en otras esferas vivenciales.

¹² Incluso sería razonable resarcir algunas parcelas de este rubro como daño emergente, compensando el costo de servicios a que deba recurrir el damnificado para suplir actividades que podría realizar por sí mismo de no hallarse incapacitado.

¹³ De eso se trata el derecho, como enseñaba Dworkin: de escribir, juntos, en alteridad y diálogo, una novela en cadena.

¹⁴ Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México 2007.

que existe como tal: intentando perfeccionar sus producciones culturales y tratando de, cada vez, fallar mejor¹⁵.

En todo caso, más vale pagar el costo de las imprecisiones en la búsqueda de una solución más justa que aceptar las clásicas respuestas, sabiendo de su insuficiencia, en afán de evitar el error. Es que, parafraseando al ya citado Amartya Sen, es preferible tratar de acertar aproximadamente ante

¹⁵ Según la potente idea de Samuel Beckett.