

El reconocimiento de la incapacidad vital como rubro resarcible

Recognition of Vital Disability as a Compensable Item

Claudia Marina Torres Sánchez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)27](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)27)

Comentario a

Ford, Guillermo y otros c/ Hospital Privado S.A. y otro
Sentencia del 6 de octubre de 2022

**Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 7º Nominación
de la ciudad de Córdoba**

RESUMEN:

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba revocó el decisorio de primera instancia que desestimó la indemnización del daño patrimonial por incapacidad por la proyección disvaliosa de la lesión que presentaba la hija de los accionantes en el plano laboral y en todas las demás actividades de la persona de contenido patrimonial. Para así decidir, el Tribunal de Alzada consideró que la incapacidad de la niña no se encontraba controvertida y que el resarcimiento derivado de la misma debía abarcar no solo la disminución de la aptitud de la damnificada para realizar tareas productivas, sino además la imposibilidad de realizar tareas útiles.

La resolución del Tribunal de Segunda Instancia aporta elementos significativos en la valoración de los factores que integran el rubro de daño patrimonial por incapacidad.

ABSTRACT

The Seventh Nomination Chamber of Civil and Commercial Appeals of the city of Córdoba revoked the first instance decision that dismissed the compensation for patrimonial damage due to disability due to the invaluable projection of the injury presented by the plaintiffs' daughter in the workplace and in all other activities of the person that have patrimonial content. In order to decide, exceptionally, that the girl's incapacity was not disputed and that the compensation derived from it must cover not only the reduction in the victim's ability to perform productive tasks but also the impossibility of performing valuable tasks.

The resolution of the Court of Second Instance provides significant elements in assessing the factors that make up the heading of patrimonial damage due to disability.

¹ Abogada y Escribana, graduada en la Universidad Blas Pascal (UBP); Especialista en Derecho Procesal de las Ejecuciones (UBP). Diplomada en Derecho Procesal Parte General (UBP); diplomada en Metodología de la Investigación en el Ámbito Judicial (Universidad Católica de Córdoba). Estudiante de la Diplomatura Derecho Procesal Procesos Especiales (UBP). Correo electrónico: torresmarina13429@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-4554-912X>

PALABRAS CLAVE: Salud; mala praxis; incapacidad permanente; incapacidad vital; indemnización.

KEY WORDS: Health; bad practice; permanent disability; vital disability; compensation

I. Introducción

En octubre del año 2022, en el marco de una demanda ordinaria de daños y perjuicios por mala praxis debido a las lesiones sufridas en el rostro de una niña mientras se encontraba en la unidad de Neonatología del Hospital Privado S.A., los actores, actuando por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, interpusieron recurso de apelación contra la resolución de la jueza de primera instancia. La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba acogió parcialmente el recurso.

En la resolución, el Tribunal de Alzada determinó el momento a partir del cual los rubros "daño emergente futuro por gastos psicológicos" y "daño emergente por cirugías plásticas reconstructivas" devengarán intereses, y consideró que debía aplicarse la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina (BCRA) con más el dos por ciento (2%) nominal mensual desde la fecha de presentación de la pericia oficial en psicología hasta el efectivo pago y desde la fecha de elaboración del informe emitido por la Clínica Universitaria Reina Fabiola, respectivamente. Asimismo, admitió la pretensión resarcitoria a título de chance con fundamento en las proyecciones incapacitantes que la lesión generó a la niña, víctima de la mala praxis.

Por otra parte, el Tribunal de Segunda Instancia declaró la deserción técnica del recurso de apelación interpuesto por la obra social demandada. Consideró que la obligación principal de dicha entidad y su prestadora era la de asegurar el servicio de salud, el que se integra con la obligación de seguridad.

Con base en la decisión mencionada precedentemente, el motivo del presente comentario es realizar algunas reflexiones en el derecho a la salud, así como también un acercamiento a la jurisprudencia y doctrina vinculada a la discusión que se genera respecto a si resulta o no indemnizable la incapacidad vital, teniendo en cuenta las diversas proyecciones disvaliosas que una lesión provoca en la personalidad integral de la víctima.

II. El litigio: hechos en los que se funda la demanda

Con fecha 16 de agosto de 2014 nació Emilia, hija de los actores, por medio de operación de cesárea en un quirófano del establecimiento perteneciente al Hospital Privado S.A, en la ciudad de Córdoba. En dicho momento, la recién nacida se encontraba con treinta y tres semanas de gestación motivo por el cual fue trasladada a la unidad de Neonatología del nosocomio. Debido a que la neonata sufrió una serie de complicaciones -un episodio de cianosis con baja saturación de oxígeno de setenta y cuatro por ciento (74%) y quejido respiratorio- se le colocó ventilación no invasiva por medio de mascarilla (VNI).

Al día siguiente, se les informó a los padres de Emilia que la recién nacida había sufrido una quemadura en la nariz estando en la sala neonatal referida, sin dar mayores especificaciones ni detalles. Sin embargo, éstos advirtieron que la quemadura se hacía cada vez más pronunciada, viéndose afectada toda la nariz y sus alrededores, lo que los llevó a sospechar que la lesión era mucho más grave de lo informado. Dos días después del

episodio, un especialista en cirugía plástica reconstructiva de la clínica valoró que la quemadura nasal era de mayor complicación.

Finalmente, el día 4 de septiembre se desprendió el cascarón que se había formado y los padres de Emilia pudieron advertir que la niña había perdido prácticamente la punta de la nariz, quedando a la vista una lesión extremadamente grave, sin saber en ese momento si además quedarían otras secuelas tanto estéticas como funcionales.

Luego de permanecer durante cuarenta y cinco días en Neonatología, Emilia egresó del hospital. No obstante, fue necesario llevarla a su casa con un saturómetro y tubo de oxígeno provisto por la obra social, debido a que persistían los bajos niveles de saturación de oxígeno.

En función de los hechos expuestos, ambos progenitores entablaron demanda reclamando un resarcimiento por los daños y perjuicios padecidos contra el hospital en el que fueron atendidos y también contra la obra social, al considerarlos responsables solidarios del suceso nocivo.

Los actores sostuvieron que la dolorosa y agresiva situación que atravesó Emilia le dejó secuelas en su estructura psíquica. Además, afirmaron que las lesiones en la nariz –claramente antiestéticas– más los dolores, molestias y dificultad en la respiración, inevitablemente estarán presentes en cada etapa de su desarrollo, agregando a ello los tratamientos y cirugías a los que deberá someterse.

Concluyeron que el daño fue causado por la exposición e inhalación de oxígeno a alta temperatura proveniente de la mascarilla VNI (ventilación no invasiva) suministrada a Emilia por el personal del hospital, bajo la cobertura de la obra social. Entre los argumentos de la demanda, destacaron que hubo una falta al deber de seguridad en el servicio de neonatología del nosocomio.

III. Agravios esgrimidos ante el Tribunal de Alzada

Sobre este punto es preciso aclarar que tanto la parte actora como la codemandada, Obra Social de Viajantes y Vendedores de la República Argentina, interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

A continuación, se expondrán sucintamente los argumentos rebatidos por cada una de las partes.

1. Agravios expuestos por la parte actora

En primer lugar, atento a la discrepancia con ciertos aspectos tratados en la resolución del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 6° Nominación de la ciudad de Córdoba, los progenitores de Emilia presentaron tres agravios concretos contra dicha decisión.

En este contexto, hicieron hincapié en que la dolorosa y agresiva situación que atravesó su hija le dejó secuelas en su estructura psíquica. Además, aseguraron que las lesiones antiestéticas en la nariz de la niña, sumadas a la dificultad en la respiración, inevitablemente estarán presentes en cada etapa de su desarrollo.

En relación al primer agravio, los actores sostuvieron que la sentencia incurrió en un error insalvable y en contradicciones intrínsecas en la aplicación de las tasas de interés

al capital indemnizatorio mandado a pagar en los rubros daño emergente futuro por gasto psicológico y daño emergente por costo de cirugías plásticas reconstructivas. Así, indicaron que cuando el fallo determinó cada rubro no resultó claro y aplicó criterios diferentes.

En este sentido, advirtieron que el error cometido fue haber tomado la fecha de la sentencia como punto de partida general de la tasa de interés con escoria inflacionaria (tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina –BCRA- más el dos por ciento nominal mensual), siendo que en todos los rubros indemnizatorios (salvo el daño moral) las fechas respectivas de cuantificación del valor del daño fueron evidentemente anteriores al momento de dictar sentencia.

Respecto al segundo agravio, reprocharon que se haya denegado la indemnización por la proyección disvaliosa de la lesión en el plano laboral y demás actividades de contenido patrimonial. Los padres de la neonata entendieron que se omitió prueba dirimente en primera instancia. Al respecto, sostuvieron que de los informes se desprende la presencia de una lesión grave y permanente y la incapacidad estimada en el veinte por ciento (deformidad de cara con pérdida de sustancia, pérdida parcial de la nariz).

En este sentido, los apelantes hicieron hincapié en que no habría ninguna certeza de absoluta recuperación de la niña y que conforme el dictamen pericial en psicología, la presencia de la lesión dificultará las oportunidades laborales por el aspecto estético de la lesión. Sobre este punto, advirtieron que la incapacidad resultaría indemnizable no sólo desde el aspecto del trabajo, sino también en función de sus proyecciones sobre la personalidad integral.

Por último, cuestionaron la cuantificación del daño moral. Los apelantes sostuvieron que la jueza de grado si bien tomó como parámetro de cuantificación la nueva regla contenida en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), nada manifestó respecto a cómo se determinó el monto indemnizatorio a favor de Emilia. Asimismo, consideraron que el importe otorgado resultaba irrisorio y exiguo en orden a las lesiones producidas.

2. Agravios formulados por la obra social

Por otra parte, la Obra Social Viajantes y Vendedores de la República Argentina también expresó su disconformidad con lo decidido por el Tribunal de Primera Instancia. De esta manera, entre sus argumentos, explicó que su actividad se despliega a través de la contratación de prestadores externos destinados a la atención médico asistencial de su población beneficiaria.

Consideró que, en virtud del contrato de atención médico asistencial que mantiene con la red prestacional Visitar SRL, ésta última es la encargada de contratar los prestadores para la atención de sus beneficiarios. Por tales motivos, la obra social cuestionó que se la condenara solidariamente, al entender que Visitar SRL era quien se encontraba abocada a la atención médico asistencial de los actores.

IV. Argumentos de la Cámara de Apelaciones

En primer término, tras efectuar un análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, el Tribunal de Alzada entendió que era preciso definir la cuestión vinculada

a los intereses que acceden a los rubros resarcitorios por daño emergente por gastos médicos, farmacéuticos, de transporte, kinesiología y fisioterapia; por daño emergente futuro por gasto psicológicos y daño emergente futuro por costos de cirugías plásticas reconstructivas.

En segundo lugar, se expidió en relación a si correspondía hacer lugar a la indemnización reclamada a título de “daño patrimonial por incapacidad física y psíquica sobreviniente”. Por otra parte, en lo referido al quantum de la indemnización otorgada en concepto de daño moral a favor de la menor Emilia, la Cámara entendió que la crítica no podía prosperar.

Respecto al recurso intentado por la obra social, el Tribunal ad quem lo declaró desierto por ausencia de suficiencia técnica.

A continuación, se exponen brevemente los fundamentos brindados por el Tribunal de Alzada respecto a la decisión tomada al resolver cada uno de los agravios expresados por la parte actora y que hacen a la reflexión del presente comentario.

1. Intereses que acceden al daño emergente por gastos médicos, psicológicos y costo de cirugías plásticas reconstructivas

En relación al rubro daño emergente por gastos médicos, farmacéuticos, de transporte, kinesiología y fisioterapia, la Cámara entendió que los accesorios debían definirse tal como lo propusieron los apelantes, quienes interpretando dicho segmento del decisorio de la jueza de grado, consideraron que se trataba por un lado, de una tasa del seis por ciento (6%) anual desde el hecho dañoso, y luego, desde la fecha de la sentencia la tasa pasiva que publica el BCRA con más el dos por ciento (2%) mensual.

En segundo lugar, respecto a los intereses que acceden al daño emergente futuro por gastos psicológicos, el Tribunal de Alzada consideró que correspondía hacer lugar a la queja efectuada a través de la expresión de agravios, en cuanto a que debían correr intereses desde la fecha de la pericia que fijó el valor por el cual se reconocieron los gastos psicológicos y de psicoprofilaxis futuros a los fines de mantener incólume el capital indemnizatorio.

Por último, al referirse a los intereses que alcanzan al daño emergente futuro por costo de cirugías plásticas reconstructivas, la Cámara se apartó del criterio mantenido por la jueza de primera instancia y consideró que resultaba erróneo establecer los mismos desde la fecha de la sentencia. Así, resolvió que correspondía estipularlos a partir de la fecha de elaboración del informe emitido por la Clínica Universitaria Reina Fabiola, en el cual se reflejaba el costo de las cirugías plásticas reconstructivas a realizarse en el futuro.

2. Daño patrimonial por incapacidad

En este apartado, los actores criticaron la decisión tomada por la jueza de primera instancia que desestimó la indemnización por la proyección disvaliosa de la lesión que presenta Emilia en el plano laboral y en todas las demás actividades de contenido patrimonial. La Cámara se pronunció a favor de la procedencia del recurso.

La magistrada *a quo* rechazó la pertinencia del reclamo indemnizatorio en el entendimiento que no se determinó que la lesión sufrida por Emilia pudiera afectar su actividad

laboral futura, ni tampoco su vida de relación. No obstante, el Tribunal de Segunda Instancia consideró que dicho fundamento no fue preciso y sostuvo que el resarcimiento derivado de la "incapacidad" abarcaría no solo la disminución de la aptitud de la damnificada para realizar tareas productivas, sino también la imposibilidad de realizar actividades útiles (tanto en la vida doméstica como en la de relación). En consecuencia, la Alzada concluyó que, efectivamente, la lesión sufrida por la niña se proyectará de manera disvaliosa a muchos otros aspectos de su vida.

En este punto, se señaló que la acción quedó enmarcada en la previsión del artículo 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), debiendo indemnizar el menoscabo en las potencialidades de la víctima a raíz de la incapacidad. Al respecto, la Cámara consideró que: "(...) aun cuando la incapacidad no determine forzosamente un daño económico concreto, la ley presume que a partir de la incapacidad sufrida no tendrá igual despliegue productivo. De ordinario, es lógico que el menoscabo a la integridad física incida desfavorablemente en la vida del sujeto. De allí, como bien apunta el art. 1746 del nuevo código civil y comercial, corresponde igualmente disponer la indemnización...". Siguiendo esta línea de pensamiento, el Tribunal sostuvo que la modificación del factor físico y psíquico -elementos esenciales para cualquier tarea- causaría privaciones futuras.

Al momento de fijar dicha indemnización, el primer vocal votante consideró que el importe resultante de la operación matemática efectuada debía ser morigerado al cincuenta por ciento (50%) al tratarse del resarcimiento por chance genérica y no lucro cesante. No obstante, la mayoría se apartó de tal criterio y entendió que el rubro daño patrimonial por incapacidad debía calcularse al cien por ciento (100%), sin morigeración alguna, al referirse precisamente a incapacidad (artículo 1746 del CCCN) y no a chance. De esta manera, en la decisión se concluyó que el rubro daño patrimonial por incapacidad debía calcularse al cien por ciento (100%) de la fórmula matemática propuesta.

A más de ello, se indicó que la incapacidad no se indemniza como un daño *per se* sino en tanto se traslade a la esfera patrimonial en concepto de lucro cesante o pérdida de chance. Por ello, el Tribunal ad quem entendió que era necesario determinar la disminución patrimonial experimentada por Emilia derivada de los detrimentos en su salud generados por el hecho lesivo. Así, la Cámara adhirió al criterio sentado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) en cuanto la incapacidad resulta resarcible –a título de daño patrimonial- no solo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es únicamente la productiva, sino que además debe apreciarse el valor material de la vida humana y de su plenitud.

En este escenario, se explicó que la incapacidad padecida aunque no implique una directa merma de ingresos, provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles, lo que tiene proyección económica que siempre merece ser reparada. Al respecto, se mencionó que: "El poder cumplir en plenitud actividades vitales, así no sean laborales o no reditúen beneficios dinerarios, tiene un significado económico: la posibilidad de subir a un ómnibus, de conducir un vehículo, de higienizarse personalmente, de limpiar un piso o lavar un automotor, de realizar trámites o pagar impuestos, de cumplir en fin cualquier tarea cotidiana con libertad y sin trabajos (...) tienen también un significado económico"².

2 TSJ, Sentencia n° 68 de fecha 25/06/2008, en autos "Dutto Aldo Secundino c/ Carranza, América Yolanda y otro- Ordinario".

Con base en lo expuesto, el Tribunal de Alzada consideró que la posibilidad de mantener la vida en plenitud integra el concepto de derecho a la vida del individuo y toda afección debe ser indemnizada. Asimismo, entendió que en las pautas de valoración de la indemnización debía acudirse al porcentaje de incapacidad establecido con elementos médicos y que debería tenerse como parámetro el ingreso de la víctima, o en su defecto, el Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM). Asimismo, dicho Tribunal –por mayoría- reflexionó que no correspondía disponer disminución alguna precisamente porque el parámetro de cálculo era mínimo, no debiendo ser perforado.

En ese entendimiento, se revocó la sentencia de primera instancia y se dispuso la indemnización por las consecuencias de la incapacidad parcial y permanente del veinte por ciento (20%) de la T.O., la que se determinó conforme la fórmula “Marshall/ Las Heras Requena”, a tal fin se tomó como base pecuniaria de ingreso el SMVM a la fecha de la resolución, reducido al veinte por ciento (20%) de incapacidad (y multiplicado por 12 mensualidades); tomando en cuenta el lapso de actividad productiva de la víctima -18 años hasta la edad de 72 años como cómputo máximo de vida útil- y se integró la fórmula con una tasa de interés de amortización del seis por ciento (6%) anual. A la suma resultante le adicionaron intereses moratorios desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago.

3. Indemnización otorgada en concepto de daño moral

En este punto, la Cámara explicó que mediante el rubro daño moral se trata de compensar pecuniariamente la lesión a los sentimientos que sufre una persona en virtud de un hecho dañoso. También, aseguró que es de difícil estimación al no estar sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, por lo que corresponde atenerse a un criterio fluido de ponderación acorde a la circunscripción y discrecionalidad de cada juzgador, quien debería resolver transparentando las razones de hecho y de derecho que darían motivo a dicha conclusión.

Siguiendo la posición establecida por el TSJ, el Tribunal de Segunda Instancia consideró que en el control revisor de la Alzada sobre la cuantificación de este tipo de daño no cabe exigir demasiadas precisiones sobre el criterio seguido, de lo contrario se desconocería la naturaleza del mismo y habilitaría una causa de impugnación hasta el infinito, frente a la cual ninguna sentencia estaría libre de censuras³. La Cámara afirmó que sólo cabría su revisión en el supuesto extraordinario y manifiesto de un ejercicio arbitrario de dicha potestad.

En el caso, la jueza *a quo* fijó una indemnización por el rubro daño moral tomando en consideración las posibles repercusiones espirituales desfavorables que sufriría la menor Emilia a raíz de la cicatriz en su rostro, haciendo hincapié en la faz social durante su niñez –especialmente en la primera etapa de escolaridad- hasta adquirir la edad para realizar las cirugías necesarias para mejorar su nariz. La Cámara advirtió que, en la expresión de agravios, los apelantes no evidenciaron la injusticia de la decisión descrita precedentemente, no expusieron los motivos por los cuales el monto fijado sería exiguo o insuficiente para reparar el daño.

En este contexto, la Alzada aclaró que el ejercicio de toda vía impugnativa exige la concurrencia de un interés o agravio concreto del peticionante. Así, para atacar o cuestionar un acto procesal supuestamente defectuoso o injusto, es preciso que el vicio que se

3 TSJ Sala Civil y Comercial, Sentencia n° 68 de fecha 12/12/1986, en autos “Carle c/ Superior Gobierno”.

invoca efectivamente irroque un perjuicio a quien pretenda su subsanación, anulación o revocación. Por tales motivos, entendió que ese segmento del fallo de primera instancia debía confirmarse.

V. Comentarios sobre los argumentos expuestos por la Cámara de Apelaciones

El abordaje del presente comentario se centrará específicamente en la reflexión efectuada en torno a la incapacidad vital y a la tutela integral de la persona puesta de relieve por el artículo 1746 del CCCN, que dispone: “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables...”.

Luego de analizar el razonamiento del Tribunal de Alzada en relación a la interpretación que efectuó la jueza de primera instancia, cabe decir que se comparten los fundamentos y conclusiones expuestos en el fallo de segunda instancia en comentario.

En relación a ello, considero que se trata de un supuesto especial en el cual la víctima fue una niña recién nacida y las afecciones que padeció, con motivo de las lesiones, resultaron de tal magnitud que las repercusiones negativas en su vida no pueden minimizarse. Sobre este punto, el Tribunal *ad quem* pondera que la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y que comprende no sólo el aspecto laboral sino además otras consecuencias que afectan a la vida en general de la damnificada.

En cambio, en el caso bajo estudio, la magistrada de primera instancia rechaza la procedencia del reclamo indemnizatorio del rubro “daño patrimonial por incapacidad” en el entendimiento que no se determinó que la lesión sufrida por Emilia pudiera afectar su actividad laboral futura, ni tampoco su vida en relación. La Cámara de Apelaciones revierte dicha conclusión y entiende que la indemnización por incapacidad permanente engloba no sólo la faz laboral sino cualquier desmedro en la persona, teniendo en cuenta diversas áreas de su vida en relación (social, cultural, educativa, etc.). En este sentido, cabe resaltar que el Vocal Dr. Jorge Miguel Flores sostuvo en su voto lo siguiente: “(...) el resarcimiento derivado de la incapacidad abarca no solo la disminución de la aptitud del damnificado para realizar tareas productivas, sino también la imposibilidad de realizar actividades útiles tanto en la vida doméstica como en la de relación ya que la lesión sufrida se proyecta de manera disvaliosa a muchos otros aspectos de la vida de la damnificada, con lo cual queda evidenciado que la acción en este punto quede enmarcada en la previsión del art. 1746 del CCyC debiendo indemnizarse el menoscabo en las potencialidades de la víctima a raíz de la incapacidad”.

En mi opinión, dicho razonamiento resalta las proyecciones desventajosas que la lesión inevitablemente provocó en la personalidad integral de la víctima y enmarca la situación en las previsiones contenidas en el artículo 1746 del CCCN, poniendo énfasis en la necesidad de proporcionar un resarcimiento integral que abarque no solo la incapacidad en el ámbito laboral, sino que además contemple la disminución de la capacidad vital general de la damnificada.

1. Daño patrimonial por incapacidad en el CCCN

En primer lugar, cabe resaltar que el ordenamiento jurídico de fondo instaura el principio de que la reparación del daño debe ser plena, en dinero o en especie, recayendo en la víc-

tima la opción por una u otra modalidad, salvo que la restitución en especie resulte abusiva para el deudor, conforme lo previsto por el artículo 1740 del CCCN⁴. Al respecto, Ghersi (2013) ha señalado que: “La cuantificación económica de la incapacidad, como daño a la salud, por vía del dinero, tal vez no es lo más adecuado, pero es la única forma que conoce el derecho y es uno de los desafíos que debemos asumir en el debate de la reparación integral y la descripción pormenorizada y fundada en criterios científicos, de cómo los magistrados arriban a la suma de capital para los dos ámbitos (el laboral y el moral)”.

Al respecto, es importante destacar que cualquiera sea el método escogido, la utilización de fórmulas matemáticas debe satisfacer el requisito de fundamentación por parte del juez, de manera que se explique detalladamente el resultado al que se ha arribado. En este sentido, se ha afirmado que: “Una fórmula, correctamente utilizada, permite introducir variables, esas mismas variables que en la retórica tiene en cuenta el juez cuando valora, la edad, sus expectativas de vida, sus posibilidades de progreso, su productividad patrimonial no laborativa, etc., y realizar proyecciones razonables que orientan los criterios para tomar decisiones” (Schmieloz, 2022).

A más de ello, en relación al resarcimiento que debe percibir la víctima de un hecho dañoso, Giovanni (2017:5) ha dicho que la reparación: “(...) es plena porque es evidente que todo el daño no es jurídicamente reparable, y se descarta así la posibilidad de reparación integral. Como todo principio debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible...”. Asimismo, dicho autor considera que el principio de reparación plena debe ser interpretado de manera amplia y por ende, el aspecto vital de la víctima, es decir, aquellas actividades laborativas no remuneradas (por ejemplo: actividades que toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas comunitarias, sociales, culturales, etc.) deben ser resarcidas (Giovanni, 2017:5).

Siguiendo tal fundamento, entiendo que en la resolución el Tribunal de Alzada pondera las circunstancias antes descritas e incluye los diversos aspectos que engloban la vida de una persona, no únicamente su faz laboral, proponiendo un resarcimiento amplio en consonancia con lo previsto por la legislación de fondo. Al respecto, cabe citar lo expuesto en el voto de la Vocal de Cámara, Dra. María Rosa Molina de Caminal, quien enfatizó que: “Las secuelas de incapacidad física y psíquica patentizan una limitación para la realización de tareas útiles para sí lo que evidencia la presencia de un serio perjuicio patrimonial que afecta notoriamente las posibilidades productivas genéricas de la niña, complejizando o dificultando la realización de tareas útiles en su más amplio sentido”.

Entiendo que tal conclusión empatiza con lo dispuesto por el artículo 1746 del CCCN, en cuanto prevé que la tutela a la integridad de la persona debe ser amplia y corresponde la indemnización por incapacidad permanente aunque el damnificado continúe ejerciendo una actividad remunerada. Cabe destacar que ello se integra con el criterio históricamente mantenido por el TSJ respecto a que la incapacidad es resarcible –a título de daño patrimonial- no solo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. El Alto Cuerpo ha considerado que la incapacidad apreciable patrimonialmente no es solo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse el valor material de la vida humana y de su plenitud. También, ha dicho que la incapacidad padecida aunque no acarree una directa

4 Artículo 1740 del CCCN: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero...”.

merma de ingresos, sin dudas provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles, lo que tiene una indudable proyección económica que merece ser reparada⁵.

Sobre este punto, y en consonancia con el criterio mantenido por el TSJ, destacada doctrina ha dicho que: “Quedan comprendidos, de tal modo, los menoscabos en el *cuero* y en la *salud*; los primeros gravitan disvaliosamente sobre la composición anatómica del sujeto; los segundos sobre su normal funcionamiento; las lesiones *físicas y psíquicas*; las de carácter instantáneo y las diferidas en el tiempo; las permanentes y las meramente transitorias (Pizarro y Vallespinos, 2019: 397). Además, dichos autores remarcan que queda alcanzado por la reparación plena que estipula la norma de fondo (artículo 1746 del CCCN) el llamado daño estético que es de suma importancia en el plano del resarcimiento patrimonial (Pizarro y Vallespinos, 2019: 397).

En este escenario, se ha entendido que la incolumidad humana⁶ tiene un valor indemnizable propio, toda vez que no solo comprende las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir sino además incluye la afectación vital de la persona considerada en forma individual y socialmente, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital (Galdós, 2015:253).

A. Bien jurídico protegido

En las lesiones a la integridad psicofísica de las personas el bien jurídico protegido es el derecho a la salud. De manera tal que, necesariamente todo daño a la salud es susceptible de ser indemnizado.

A los fines de comprender la afectación a este derecho, cabe mencionar que la salud es entendida como: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁷. Para más, la doctrina ha señalado que: “se entiende por “salud” el disfrute –goce y posesión– del más alto nivel de bienestar psicosomático, necesario para una buena vida –y en este sentido se entiende aquello del estado de completo bienestar–, obviamente en sociedad, pues el ser humano no vive (ni enferma, ni muere) en el vacío” (Blanco, 2007).

Por su parte, el derecho a la salud ha sido reconocido como: “(...) un derecho personalísimo y fundamental que tiene toda persona por su condición de tal; y se encuentra reconocido en nuestra Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales que poseen idéntica jerarquía. Este reconocimiento normativo denota, por un lado la importancia que tiene este derecho y, por el otro, su inescindible relación con el derecho a la vida” (Sola, 2019:172). Por ende, puede afirmarse que el derecho a la salud es indispensable para el ejercicio de los derechos humanos toda vez que se integra con el derecho a la vida y tiende a asegurar el bienestar general de las personas.

A más de ello, cabe destacar que este derecho goza de un amplio reconocimiento en el ámbito supranacional (por ejemplo, el artículo 5 de la Convención Americana so-

5 TSJ, Sentencia n° 68 de fecha 25/06/2008, en autos: “Dutto, Aldo Secundino c/ Carranza, América Yolanda y otro- Ordinario”.

6 Según la Real Academia Española, la incolumidad corporal o personal: “es el derecho a estar o permanecer sano, sin lesión ni menoscabo o sin más lesiones o menoscabos que los que ya se sufran”.

7 Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), firmada en Nueva York el 22/07/1946 y en vigencia desde el 07/04/1948.

bre Derechos Humanos⁸); así como también a nivel constitucional (artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional⁹) y en la esfera provincial (artículo 19 de la Constitución de la Provincia de Córdoba¹⁰).

En esta línea, los dispositivos legales orientados a proteger la vida y la salud, se complementan con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto ha precisado que el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. La Corte ha sostenido que este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados¹¹ (Fernández, 2019).

En este marco, destaco lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a que la protección del derecho a la salud debe reforzarse en el supuesto que se encuentren involucrados grupos vulnerables¹². Así, adquiere especial importancia la protección de dicho derecho cuando quien está involucrada es una persona en condición de vulnerabilidad. Precisamente, entiendo que la Cámara de Apelaciones ha tenido en cuenta dicha protección especial, siendo que una de las partes involucradas -víctima de la mala praxis- ha sido una niña recién nacida, es decir, un individuo en extrema condición de vulnerabilidad.

En este aspecto, también resulta importante destacar que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n° 15, interpreta el derecho del niño a la salud como un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud y sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En función de lo expuesto, considero que los derechos comprometidos en el caso resuelto por el Tribunal de Segunda Instancia, se encuentran necesariamente unidos con el derecho a la salud. De ello se desprende que toda persona tiene derecho al goce del más alto nivel posible de salud y bienestar que le permita vivir su vida con dignidad.

8 Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”

9 Artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

10 Artículo 19 de la Constitución de Córdoba: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal...”

11 Corte IDH, Sentencia n° 23 de fecha 23/08/2018, caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

12 La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Las niñas, niños y adolescentes conforman un grupo que ha merecido una atención especial por parte de la comunidad internacional debido a su situación particular de vulnerabilidad basada en la dependencia necesaria del adulto para las condiciones de su desarrollo. (Obtenido de: www.jus.gob.ar)

2. El concepto de incapacidad sobreviniente o incapacidad psicofísica

Según la doctrina, la incapacidad sobreviniente –comprensiva de la minusvalía física y psicológica- consiste: “(...) en el impedimento o dificultad para el ejercicio de las funciones vitales. Comprende la pérdida o disminución de las potencialidades de que gozaba el damnificado teniendo en cuenta sus concretas condiciones personales” (Tanzi y Papillú, 2016).

En ese sentido, se ha sostenido que para apreciar dicha incapacidad se debe partir del concepto de daño material configurado por los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, como también en los que afectan las facultades o aptitudes de las personas, consideradas como fuente de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.). En suma, se ha dicho que la integridad psicofísica de una persona tiene un valor *per se* y se trata de una postura receptada por el CCCN, por lo que la valuación del daño patrimonial por incapacidad permanente no puede acotarse a una valoración de las pérdidas económicas de índole laborativa, pues la persona humana es patrimonialmente productiva en numerosos aspectos de su vida, al margen de lo laboral (Schmieloz, 2022).

La incapacidad implica una merma de la potencialidad productiva de la persona y se proyecta a todos los ámbitos de la vida, no únicamente el laboral, según Leiva (2020): “Existiendo incapacidad total o parcial, y aun cuando la víctima mantenga su situación productiva inalterada, si tal menoscabo se proyecta en una minoración valorable económicamente, ese daño debe ser resarcido. Se trata de consecuencias patrimonialmente perjudiciales en otros aspectos de la vida del damnificado”. En tal sentido, al indemnizar la incapacidad no debería únicamente ponderarse la faz laboral o productiva de la persona afectada sino también la “incapacidad vital” que afecta otros aspectos como el ámbito doméstico, social, cultural, educativo, deportivo, etc.

Centrándonos en el caso que convoca el presente comentario, cabe resaltar que el criterio mencionado precedentemente, según el cual al momento de resarcir el daño deben valorarse las consecuencias patrimoniales que afectan diversos aspectos de la persona y no únicamente lo laboral; no fue acatado por la magistrada de primera instancia toda vez que rechazó la procedencia del reclamo indemnizatorio del daño patrimonial por incapacidad. En tal entendimiento, la jueza consideró que no se había determinado que la lesión sufrida por la niña pudiera afectar su actividad laboral futura, ni tampoco su vida en relación. Acertadamente esta conclusión fue motivo de agravios de la parte actora, al considerar que la presencia de la lesión afectará no solo las chances laborales de la niña por el aspecto estético, sino también la vinculación de la víctima con sus pares en la etapa escolar y durante su desarrollo y crecimiento.

A. Daño resarcible por incapacidad vital

Conforme surge del texto legal del artículo 1746¹³ del CCCN, la víctima que ha padecido consecuencias incapacitantes como resultado del hecho dañoso merece una indemnización que contemple la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

En este contexto, se considera que quien realiza actividades no productivas pero

13 “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables...”

económicamente valorables y que luego del hecho se encuentra limitado a seguir llevándolas a cabo, se encuentra legitimado a percibir una indemnización. Al respecto, la doctrina ha entendido que la incapacidad vital resarcible contempla aquellas actividades que no generan directamente retribuciones económicas pero que demandan de un “estado adecuado de salud” en la persona que permita llevarlas a cabo y la afectación a dicho estado y las dificultades o frustraciones que ello pueda generar para el damnificado a fin de continuar desplegándolas, implica un daño indemnizable (Pita y Depetris, 2021).

En consecuencia, cabe remarcar que cuando la víctima hubiera padecido como consecuencia de la lesión algún otro menoscabo en su aspecto no laborativo¹⁴ deberá indemnizarse con plena independencia de la solución a la que se hubiera arribado con relación a otros rubros que integran el daño patrimonial (Macagno, 2022). En el caso, el Tribunal de Alzada efectúa algunas consideraciones en relación al reconocimiento de esta indemnización y afirma que: “(...) aun cuando la incapacidad no determine forzosamente un daño económico concreto, la ley presume que a partir de la incapacidad sufrida no tendrá igual despliegue productivo. De ordinario, es lógico que el menoscabo a la integridad física incida desfavorablemente en la vida del sujeto. De allí, como bien apunta el art. 1746 del nuevo código civil y comercial, corresponde igualmente disponer la indemnización correspondiente. Con ese marco legal, resulta correcto dar respuesta al reclamo, atendiendo a la circunstancia de que la modificación del factor físico (como psíquico) son elementos esenciales para cualquier tarea, y como tal, causa privaciones futuras”.

En función de lo expuesto, puede afirmarse que el Tribunal de Segunda Instancia echa por tierra el pronunciamiento de carácter restrictivo de la magistrada *a quo* referido al rechazo del daño patrimonial por incapacidad vital. La Alzada optó por una postura amplia e integral no solo al considerar la condición de la víctima involucrada (una niña nacida prematuramente con apenas treinta y tres semanas de gestación) sino también al entender que las lesiones a la integridad psicofísica de una persona son indemnizables en cuanto arrojan consecuencias perjudiciales económicas y espirituales.

Conclusiones

Del estudio de la resolución surge que la víctima de mala praxis se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad y que el hecho lesivo afectó su integridad física, incidiendo esto notablemente no solo en sus proyecciones futuras relacionadas con el trabajo, sino también sobre su personalidad integral. En este contexto, el Tribunal de Segunda Instancia al momento de evaluar el daño dista de efectuar una evaluación limitada a la productividad laborativa y va más allá, integrando la indemnización con la valoración de la incapacidad vital padecida por la niña al referirse a la imposibilidad de realizar actividades útiles que se desarrollan en la vida social.

Conforme lo previsto por el artículo 1746 del CCCN, los daños resarcibles por incapacidad permanente como rubro del daño patrimonial no se limitan únicamente a lo que la víctima dejaría de percibir en su faz laboral, sino que comprende cualquier disminución económicamente mensurable que experimente la persona.

¹⁴ Es decir, disminución de la aptitud para realizar actividades económicamente valorables.

Desde este enfoque, al valorar las consecuencias de una lesión es necesario tener en cuenta los aspectos patrimoniales de índole laboral y las consecuencias de la afectación sobre la integridad psicofísica del individuo. De lo contrario, de no considerar ambas variables, se vería afectada la salud de la persona. En este contexto, entiendo que la decisión del Tribunal de Alzada es importante toda vez que prioriza la reparación del daño a la salud sufrido por la niña.

Como se ha señalado a lo largo de este comentario, el eje fundamental de la sentencia a la luz del cual resuelve la Cámara de Apelaciones, es el principio de la reparación plena e integral del daño. En conformidad con ello, el Tribunal brinda las pautas para la cuantificación de la indemnización acorde con la entidad del perjuicio acreditado en la causa, permitiendo alcanzar una tutela efectiva de la víctima frente al daño padecido.

En mi opinión, en la resolución de segunda instancia se resalta la afectación vital de la persona considerada en forma individual y socialmente. Por ello, entiendo que la sentencia examinada efectúa un gran aporte a la jurisprudencia al reforzar la idea de resarcir el daño a la salud de manera plena a fin de mantener la incolumidad de la persona.

Referencias bibliográficas

- Fernández, A. P. (2019). El derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes. Tutela judicial efectiva en el tiempo de un derecho humano fundamental. *Actualidad Jurídica. Familia y Niñez* n° 181, 8865-8879.
- Galdós, J. M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ricardo L. Lorenzetti (dir.). Tomo VIII. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Ghersi, C. A. (2013). El derecho a la salud y los juicios por incapacidad sobreviniente. *Revista de derecho de familia y de las personas* n° 5, 197-203.
- Giovannoni, D. (2017). Lucro cesante e incapacidad sobreviniente: ¿un rubro resarcible per se de acuerdo a la legislación aplicable? Nota a fallo. *El Derecho* t. 271, 225-271.
- Leiva, C. F. (2020). La noción de incapacidad sobreviniente, fórmulas matemáticas y facultades de los jueces. *Revista Código Civil y Comercial* n° 8, 158.
- Macagno, A. A. (2022). Tipicidad del daño resarcible: con especial referencia al daño por incapacidad sobreviniente y permanente. *Actualidad Jurídica. Civil y Comercial* n° 328, 4459-4471.
- Pita, E. M., & Depetris, C. E. (2021). La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación: a propósito de los cinco años de su vigencia. *Revista Código Civil y Comercial* n° 1, 149-164.
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (2019). *Manual de Responsabilidad Civil Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Schmieloz, G. E. (2022). El derecho a la cuantificación plena y razonablemente fundada de los daños: especial referencia a los casos de incapacidad permanente. *Revista Código Civil y Comercial* n° 1, 23-34.
- Sola, V. (2019). La ineludible tutela preventiva en materia de discapacidad. Nota a fallo. *Revista Derecho y Salud* n° 3, 172-187.
- Tanzi, S. Y., & Papillú, J. M. (2016). La incapacidad sobreviniente en el Código Civil y Comercial. *Revista Código Civil y Comercial* n° 10, 81-94.