

Indemnización Por Fallecimiento

JURISPRUDENCIA

Indemnización por fallecimiento

En el marco de una acción

de daños y perjuicios derivados del fallecimiento por electrocución del padre de la actora mientras realizaba trabajos de reparación sobre un pilar de luz, se eleva el monto de la condena. En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 13 días del mes de julio de 2017, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores MARIA FERNANDA NUEVO y JORGE LUIS ZUNINO para dictar sentencia en el juicio: "Diniz, Claudia Mabel c/Consortio Propietarios Los Potrillos y/o s/daños y perjuicios" causa SI-24611-2012; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Zunino y Nuevo, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Debe modificarse la sentencia apelada? VOTACION A la cuestión planteada el señor Juez doctor Zunino, dijo: I) Claudia Mabel Diniz, por sí y en representación de su hijo menor de edad, Augusto Antonio González, demandó al Consortio de Propietarios Los Potrillos (de la localidad de Fátima, Ptdo. de Pilar) y citó en garantía a Zurich Argentina Compañía de Seguros SA. Reclamó indemnización de daños y perjuicios por la muerte de su padre, Luis Osvaldo Diniz, ocurrida el día 20.12.2010 cuando éste se hallaba en el barrio (cerrado) realizando trabajos de reparación sobre un pilar de luz y recibió una letal descarga eléctrica. La actora, por un lado, responsabilizó a la demandada a título de culpa por negligencia y omisión (arts. 512, 902, 1109 del C.Civil), al permitir que su padre operara sobre la propiedad que Edenor tiene de las cajas de alimentación eléctrica, incumpliendo así un deber de seguridad por encomendarle a la víctima dicha reparación. Por otro lado, la actora entendió asimismo que la responsabilidad de la accionada era objetiva (art. 1113 del C.Civil), dadas las cosas de las cuales se servía o tenía a su cuidado, como guardián de las que fueran riesgosas ubicadas en su predio; y que el consorcio debía igualmente responder por su obligación de custodiar las cosas comunes. Por lo demás, como el reclamo resarcitorio incluyó el de daño moral a favor del nieto de la víctima, la actora planteó la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, por afectar el principio de igualdad y excluir la legitimación de determinados damnificados indirectos; evaluando la profunda afección del niño, que, a la fecha del suceso, tenía 9 años de edad y convivía y mantenía un estrecho vínculo con su abuelo (fs. 9/18). La citada en garantía opuso a su vez excepción de falta de legitimación pasiva, basada en la exclusión de cobertura pactada a raíz de la relación de dependencia entre el asegurado y la víctima, y que por eso ésta no podía considerarse tercero. Así como tampoco la póliza cubría la responsabilidad atribuida al asegurado emergente de descargas eléctricas (fs. 62/71). El Consortio de Propietarios Los Potrillos respondió demanda (a fs. 78/86) señalando que pese a que la víctima era conocida en el barrio, sólo efectuaba trabajos de electricidad domiciliarios y particulares; pero que nunca era contratada por el consorcio, menos aún para trabajar sobre un pilar de suministro eléctrico cuya propiedad correspondía a la prestadora del servicio. Añadió que su parte desconocía qué hacía allí el Sr. Diniz, y que la responsabilidad era de la víctima por retirar las tapas de luz correspondientes; o en su caso, del copropietario o contratista que le encomendó la labor, sin perjuicio de la que le cabía a Edenor por ser dueña y guardiana de la cosa riesgosa. II) La sentencia de fs. 387/397 hizo lugar a la demanda promovida, rechazó la defensa opuesta por la citada en garantía, declaró inconstitucional el art. 1078 del Código Civil, y condenó al Consortio de Propietarios Los Potrillos a pagar \$266.200 en concepto de indemnización por daños y perjuicios, más intereses y costas. E hizo extensiva la condena a Zurich Argentina Compañía de Seguros SA en los términos del respectivo contrato de seguro (art. 118, ley 17.418). Para así decidir, la Sra. Juez de Primera Instancia tuvo por probado que la víctima había manipulado una caja eléctrica con cables de tensión trifásica de 380 voltios instalada en un pilar de luz del barrio privado. Pero que la demandada era responsable, fundamentalmente, porque no había tomado los recaudos de seguridad necesarios respecto de la empresa Edenor ante la falta de las tapas protectoras en el pilar de luz que alimentaba de energía a todo el barrio, el cual no estaba terminado puesto que un árbol o rama había caído sobre él. Por lo que mediaba una obligación de seguridad, protección y diligencia en cabeza de la accionada a fin de evitar daños; no habiendo arbitrado los medios para que Edenor tomara los suyos. En tanto que la demandada no probó la culpa de la víctima. La juzgadora, por otro lado, declaró inconstitucional el art. 1078 del C.Civil porque consideró probado el fluido vínculo que mediaba entre abuelo y nieto y el tiempo que compartían, aunque no vivieran juntos. Mientras que en relación a la excepción planteada por la aseguradora, la Sra. Juez a quo la desestimó al considerar inoponible a la víctima la cláusula de exclusión de cobertura, ya que el individuo fallecido era un tercero respecto del consorcio demandado. Tal pronunciamiento fue apelado por la actora (fs. 408), por la demandada (fs. 409) y por la citada en garantía (fs. 410). Expresándose agravios a fs. 417/420, 421/424 y 425/429 (habiendo la demandada respondido los recursos de la demandante y la aseguradora a fs. 434/438). III) La demandada se agravia porque se le atribuyó toda la

responsabilidad. Afirma que el pilar de luz sobre el cual trabajaba la víctima no es propiedad del consorcio sino de Edenor y/o del propietario del lote correspondiente; que cualquier tarea que allí se realizara era inherente a aquéllas y no a su parte. Sostiene la evidente culpa de la víctima, quien sin ser electricista y con insuficientes elementos de protección, manipuló una red de media tensión previa apertura de las tapas de protección sin permiso de Edenor que es su propietaria. De modo que la apelante señala que su parte no es dueña ni guardiana del pilar de electricidad (cosa riesgosa), y que en el marco de la responsabilidad que se le imputa (estando mal dirigida la demanda), acreditó la culpa de un tercero y/o de la propia víctima, más allá de lo resuelto en la causa penal.

Se agravia además por la declarada inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y por ende de la otorgada legitimación al nieto de la víctima para reclamar daño moral, ya que la citada norma no quebranta la igualdad por limitar la legitimación en razón del grado de parentesco. Alega que no se ponderó la gravedad de la decisión adoptada, que sortea sin más los presupuestos de excepción normativos definidos por el legislador, con la sola consideración del vínculo mantenido entre el nieto y el abuelo, siendo que en el caso el niño no convivía con aquél sino sólo con su madre. Añade la demandada que lo contrario a la norma, implicaría un sinnúmero de reclamos en concepto de daño moral. Y en subsidio, estima que los resarcimientos otorgados son elevados. Por su parte, la citada en garantía se agravia porque no se admitió su defensa y se declaró inoponible a la actora la cláusula de exclusión de cobertura por considerar a la víctima un tercero respecto del consorcio. Al respecto la apelante indica que fue la propia actora quien explicó en la demanda que su padre había sido contratado por la demandada. Por lo que entonces es aplicable la cláusula de no seguro en cuanto no resultan terceros las personas en relación de dependencia con el asegurado cuando el siniestro ocurra en ocasión del trabajo. Aparte la recurrente indica que tampoco se tuvo en cuenta la cláusula de exclusión referida a las descargas eléctricas. La actora, de su lado, cuestiona que se rechazara la indemnización por daño económico, pese a que su padre, de 68 años de edad al momento de su deceso (y viudo), siempre había contribuido con ella desde que era su única hija, aunque ya no vivieran juntos. Por lo que la apelante sostiene que hasta los 75 años, su padre podría haber continuado generando ingresos y por consiguiente ayudándola. Además la demandante señala que no se le indemnizó con autonomía su incapacidad psicológica -detectada pericialmente en un 10%- independientemente del tratamiento terapéutico recomendado. Por último la accionante discrepa con las indemnizaciones concedidas por daño moral, al considerarlas bajas en orden a la gran repercusión que causó en sus vidas la muerte de la víctima. IV) Ciertamente es que a la electricidad le son aplicables las disposiciones referidas a las cosas (art. 2311 del Código Civil), presentando una condición riesgosa que somete a quienes la utilizan como dueños o guardianes a las consecuencias legales previstas en el art. 1113 del citado ordenamiento legal (cf. CSJN, Fallos 326:1673; SCBA Ac. 54.311, sent. del 6-XI-1996; C. 85.552 del 22-VII-2007). Lo que no obsta a que el damnificado acredite la culpa de quien esté vinculado en relación causal con los daños cuya reparación reclama bajo el supuesto fáctico del art. 1109 del Cód. Civil. En cuyo caso son admisibles toda clase de pruebas, incluidas las presunciones (art. 163 inc. 6°, 375, 376 y cc. del C.P.C; C.95.317 del 7-9-04; 100.044 del 31-8-06 RSD 194/06 Sala II°). Por ello, en materia de responsabilidad cabe señalar que la apelante omite considerar que la actora le atribuyó (en el escrito de demanda) responsabilidad, principalmente, a través de un factor de atribución subjetivo a título de culpa, justamente por haber encomendado a la víctima un trabajo sobre un pilar de luz del cual la accionada no era su dueña. Así como por la omisión de avisar a Edenor la situación de desperfecto y potencial peligro. Y cuadra poner de relieve que la sentencia dictada se ha basado primordialmente en tal factor de atribución, al endilgar a la accionada falta de comunicación o aviso a Edenor acerca de las condiciones de seguridad necesarias ante la ausencia de tapas protectoras en el pilar de luz, desde que un árbol o rama había caído sobre él. Siendo dicho pilar el que alimentaba de energía a todo el barrio. Por lo que mediaba una obligación de protección y diligencia en cabeza de la accionada a fin de evitar daños. Y algunas de estas esenciales circunstancias -la caída de un árbol o rama sobre el pilar de luz que brindaba energía a todo el barrio, así como la falta de alerta o denuncia a Edenor- no son siquiera ponderadas por la apelante; con lo cual se revela una aceptación a la descripción de hechos fundantes de las conclusiones vertebrales de la sentencia (arts. 163 inc. 6°, 260 del CPCC). No obstante, se controvierte si la víctima fue contratada o encomendada por el consorcio para trabajar sobre el referido pilar de luz; si éste ya tenía o no las tapas protectoras abiertas; y si quien practicó esa apertura fue la víctima a la orden de un tercero ajeno al consorcio. V) De la declaración testimonial de Juan García Giménez (fs. 169/170), quien trabajaba en la seguridad del barrio, surge que la víctima estaba haciendo un trabajo eléctrico sobre un pilar de luz (afuera del lote, en la vereda) porque había sufrido un derrumbe a causa de la caída de un árbol; y que la víctima solía realizar los trabajos de mantenimiento de electricidad para el barrio, porque cuando se lo necesitaba se lo llamaba a él, quien practicaba reparaciones en todo el barrio (vgr. luminarias, bombas de agua). Por su lado, la testigo Cintia Schild (fs. 171) dijo que usualmente veía al Sr. Diniz trabajando de electricista en el barrio, tanto en el house como en los caminos internos y en la guardia; y que frente al pilar de luz en que trabajó la víctima el día del hecho, en el lote, había materiales de obra. Asimismo, Francisco Ramírez, quien supo trabajar en el barrio, manifestó a fs. 172/173 que a Diniz siempre lo llamaban del barrio (de parte del administrador Raúl Cervante) para cualquier desperfecto eléctrico que hubiera. Del mismo modo, Oscar Spengler (fs. 175) expresó que él se dedicaba al

mantenimiento del barrio; y que en su momento él mismo llamaba a Diniz (por orden del administrador Raúl Cervante) para realizar trabajos de electricidad en el barrio. Por su lado, Martín A. González (electricista del barrio) expresó a fs. 177/178 que el Sr. Diniz había hecho algún trabajo de electricidad en el country. Y el intendente del barrio, Oscar Pitaluga, declaró a fs. 180 que el mantenimiento eléctrico del barrio lo hacía Diniz, así como también para particulares; y que para los trabajos en el barrio, a Diniz lo llamaba él o el propio administrador Raúl Cervante. Añadió el testigo que la guardia tiene orden -respecto de quienes ingresan a prestar servicios al barrio- de exigirle el seguro y la matrícula correspondiente (arts. 384, 456 y cc. del CPCC). De la causa penal IPP 14-02-014610-10 (que se tiene a la vista), surge del acta de procedimiento obrante a fs. 1/2 que los policías arribaron al Barrio Los Potrillos a raíz del denunciado fallecimiento de un "empleado" del mismo ocurrido en la intersección de Los Vallos y Los Tobianos, calles internas de la urbanización cerrada, a la que llegaron tras ser conducidos por personal de la guardia del barrio; y que allí hallaron, tendido en el pasto, al occiso, junto a un pilar con tableros eléctricos. Y de los testimonios recabados in situ por el personal policial comisionado, se extrajo que la víctima, "contratada por el barrio", estaba realizando trabajos de reparación sobre el tablero eléctrico (fs. 7/8). Así como que posteriormente, habiendo arribado personal de Edenor, se determinó que en el pilar de luz se encontraba ubicada la caja de toma de alimentación del barrio y el buzón, todo con sus tapas protectoras abiertas, advirtiéndose la presencia de tres cables encintados en sus puntas que transportaban una tensión trifásica de 380 voltios. Asimismo, de la declaración testimonial de fs. 10 de la causa penal, se desprende que tanto la caja de toma y el buzón que alimenta de energía a todo el barrio privado, son propiedad de Edenor y sólo deben manipularse por personal autorizado por ella. Así como que se procedió por parte de Edenor a retirar los cables encintados para evitar futuros accidentes dado que el pilar no estaba terminado. Mientras que en las copias del libro de ingresos al barrio se encuentra asentado que en el lote 161 se encontraba "el electricista del barrio", añadiéndose que se encintó el sitio adonde había ocurrido el hecho para prevenir peligros (fs. 32/36, 56). Si bien la causa penal no fue ofrecida como prueba por ambas partes sino sólo por la actora, lo cierto es que la demandada tampoco se opuso a su incorporación, sino que por el contrario, a lo largo de la causa ha argumentado diversas cuestiones a partir, justamente, de las constancias emergentes de la referida causa penal. Cabe señalar además que del archivo de las actuaciones penales (fs. 43) no puede extraerse ninguna conclusión respecto a la invocada culpa de la propia víctima. En efecto; la decisión de archivar la causa penal no implica el supuesto de absolución previsto en el art. 1103 del Código Civil, ni obsta al análisis de la cuestión en sede civil, la cual no está sujeta a la valoración de las circunstancias que pudieron tenerse en cuenta para disponer el archivo de la causa en materia penal (doctr. arts. 1101 y ss. del C.Civil). Es que la culpa penal y la civil no se confunden, porque se aprecian con criterio distinto y por consiguiente puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera (SCBA Ac. 33.554, sent. del 21-IX-1984, "Acuerdos y Sentencias", 1984-II-20; Ac. 41.239, sent. del 7-VII-1989; Ac. 61.429, sent. del 8-VII-1997; Ac. 67.896, sent. del 21-XI-2001; 100.759 del 18.3.09 "Tapia c/López s/ds. y ps.?"; causa n° 27669-0 del 31/7/2012 Sala IIª). Por otra parte, está acreditado que la víctima no se hallaba matriculada en Colegio de Técnicos provincial (fs. 231); y que Edenor es propietaria del habitáculo del medidor sobre el pilar y de sus respectivas conexiones hasta la salida hacia la primera llave térmica correspondiente al cliente; y que el mantenimiento del habitáculo sólo corresponde a Edenor (fs. 251, arts. 394, 401 y cc. del CPCC). Además, del peritaje técnico elaborado en las presentes actuaciones surge como factible que la caída de un árbol sobre el pilar hubiera causado entre otros daños la rotura o desprendimiento de la tapa y que por ello no habría estado colocada al momento del hecho; habiendo ratificado el experto que el cuidado y mantenimiento de las cajas, en los pilares, corresponde a la empresa proveedora de energía mediante personal autorizado, ya que las cajas de alimentación son de propiedad de Edenor (fs. 260/262, art. 474 del CPCC). VI) De acuerdo con los términos de la litiscontestación, no se discute que la demandada no es la dueña del habitáculo en el pilar de luz que contiene las cajas eléctricas con cuyos cables (en contacto) falleció la víctima. Tampoco se probó, estrictamente, que la demandada fuera su guardiana, porque guardián es la persona que tiene de hecho un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa (conf. Llambías, "Obligaciones", tomo IV-A n° 2585 en Belluscio-Zannoni, "Código....?", Tomo 5, pág. 470; causas 3504/05 del 25/6/2013 rsd. 71/13; causa SI-19174-2008 del 3/7/2014 rsd. 94/2014 Sala IIª). No obstante, el concepto de culpa -en tanto factor de atribución no objetivo- se encuentra definido con carácter general en la norma del art. 512 del Código Civil como "la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar?": consiste en no prever lo que era previsible o en no adoptar las previsiones necesarias para evitar un daño (CSJN, abril 2 de 1998, "Risolia de Ocampo, María J. c/ Rojas Julio C. y otro?", DJ Año XIV, n° 40 del 7 de octubre de 1998; C.N.Civ., Sala L junio 21 de 2000, E D. 190-64; doctr. arts. 512, 514 y 902 del Código Civil; causa n° 25519 DEL 29-10-2015 RSD 141/2015 Sala IIª). Y así, cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (arts. 902 y 909 C.Civ.; cf. causas ex Sala IIª 65.868 del 14-7-95, ex Sala Iª 10-12-1991, DJ 1993-1-346). Esto es que debe prestarse especial atención a las condiciones externas ante las cuales debe actuarse frente a las posibles consecuencias, y no obstante ello se procede

con ligereza y desatención (cf. Belluscio-Zannoni, 'Código Civil Comentado', Tº 4, págs. 65 y 68/70). Por lo que -se reitera- aunque la demandada no es dueña ni guardiana de los tableros eléctricos ubicados en el pilar de luz sobre el cual trabajaba el Sr. Diniz, lo cierto es que la accionada no probó que la víctima lo estuviera haciendo particularmente para el dueño de lote vecino o su constructor, sino que se ha demostrado que lo hacía para el consorcio demandado; no habiendo la accionada acreditado culpa de terceros, siendo que a nadie citó al juicio en esa condición más allá de la forma en que la actora enderezó la demanda (arts. 94, 330, 375 y cc. del CPCC). De la prueba analizada se desprende que la víctima se desempeñó en la ocasión como dependiente de la demandada. Y la noción de dependencia civil es amplia y se concibe toda vez que se confiere una autorización para obrar, y siempre que quien imparte esa autorización haya tenido al menos un ocasional poder de elección y un virtual poder de control e impartir órdenes. Tal dependencia se manifiesta cuando se ejerce una actividad por cuenta y en interés de otro, a cuyo favor va dirigido el resultado de la actividad, independientemente de la existencia de una verdadera y propia relación laboral o de subordinación. Lo fundamental es el desenvolvimiento de una actividad a la que el comitente no es ajeno, sea que exista dependencia en el sentido clásico, o bien cualquier otro nexo que permita emplazar la actuación bajo la órbita de contralor o intereses del principal (cf. Bueres-Highton, 'Código Civil...?', págs. 483/485, Ed. Hammurabi). No puede prescindirse en este aspecto que la demandada tampoco ha colaborado procesalmente aportando prueba idónea que tuviera en su poder como para desvirtuar el alcance de la reunida, y descartar que el Sr. Diniz no tuviera en efecto ninguna relación con ella al momento del hecho (arts. 354, 375, 376 y cc. del CPCC). Y la prueba colectada conduce razonablemente a concluir en que fue la demandada quien, por negligencia, colocó al Sr. Diniz en situación de peligro de sufrir un daño; desde que debió saber qué estaba haciendo aquél en el lugar, no sólo ya por una cuestión de dependencia sino porque la guardia de entrada recaba y verifica los requisitos exigidos para el ingreso de todos aquellos que vayan a ejercer sus oficios o actividades. Así, para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad, determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito. O sea que el efecto dañoso es el que debe resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 C.Civ.). Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño; y éste debe haber sido causado u ocasionado por aquélla (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114 C.Civ.; SCBA Ac. 41.868 del 26-9-89; causa D2699/06 RSD 36/12 del 10.5.2012 Sala IIª). Por lo tanto, no puede haber culpa de la víctima enrostrada por la demandada -siquiera en los elementos de protección que portaba en ocasión del trabajo- si ésta actuó antes precisamente con culpa; siendo que el principal no puede trasladar su propia negligencia al dependiente suyo, tanto sea en su elección como en su vigilancia, lo cual -debe haber hecho correctamente- habría impedido el luctuoso accidente. Para que el deudor quede exento de responsabilidad será menester que haya actuado empleando todas las precauciones ordinarias, pues si así no fuera, habría culpa de su parte, si no adoptó las precauciones que exigían las circunstancias (arts. 512, 902 C.Civil; causa n° D2342/7 RSD 68/12 del 12.7.2012 Sala IIª). Habiéndose señalado que cualquier falta de diligencia, sea en la previsión del acontecimiento, sea en cuanto a las medidas necesarias para evitarlo, imputable al deudor, impide a éste, incluso, la invocación del caso fortuito; pues no hay inevitabilidad en el hecho si éste no habría sucedido si el demandado no hubiese obrado previamente con culpa omitiendo las diligencias apropiadas, es decir, en la medida en que el daño tenga como antecedente la culpa del agente (arts. 512, 513, 514 y cc. del Cód. Civil; cf. Cazeaux-Trigo Represas?, 'Obligaciones?', I, 371; causas 54.748 del 30-7-91; 94.546 del 30-3-04 RSD 61/04 Sala IIª). Por lo demás, la prueba de la culpa de la víctima como factor de interrupción de la relación de causalidad, no se ha acreditado, ya que no se probó que fuera aquélla quien retirara la tapas de protección eléctricas; por el contrario, se demostró que ello respondió a la caída de un árbol o rama que las pudo haber desprendido y afectado el pilar. Y aunque la culpa, en sus formas de imprudencia o negligencia derivadas del hábito o connaturalización con el peligro emergente del trabajo, no matiza ni disminuye la responsabilidad del empleador en los términos de una acción laboral, en el presente caso tampoco aparece revestida de jerarquía suficiente como para imputar a la víctima una interrupción, siquiera parcial, en la causalidad del daño (cf. causa 80.944 del 13-4-2000 Sala IIª), toda vez que fue la demandada -de acuerdo a las circunstancias del caso- la que permitió y autorizó que el Sr. Diniz manipulara una red de media tensión, justamente en un tablero que alimentaba de energía a todo el barrio, sabiendo o debiendo saber el peligro que ello representaba. Además, como emerge de la sentencia recurrida, la obligación de seguridad como deber secundario de conducta en cuanto a la protección y diligencia, se basa en la buena fe como principio rector de todo el ordenamiento jurídico a fin de prevenir daños (en cualquiera de las órbitas de responsabilidad), en tanto ello responde a la regla general del deber de no dañar a otro (arts. 19 Constitución Nacional, 1067, 1198 y cc. del C.Civil). No pudo, pues, desentenderse la demandada de los peligros que traía aparejada la encomienda realizada, no sólo omitiendo acudir a Edenor como propietaria y/o guardiana de las cajas eléctricas, sino también por requerir el auxilio de la víctima, en cuyo caso debía ejercer vigilancia y control suficientes para que nadie, incluso el Sr. Diniz -del que debió saber no era un técnico matriculado ni autorizado a intervenir, ni provisto en su caso de los elementos de protección adecuados-, por razones de seguridad, se acercara al pilar de luz afectado por la caída de un árbol o rama, que, como ha reconocido la demandada al

contestar los agravios de la citada en garantía, ocurrió en inmediaciones del ámbito consorcial que hacen a la sede o partes comunes del consorcio. En consecuencia, los agravios proferidos en punto a la responsabilidad, no pueden prosperar. VII) En el contrato de seguro existe un acuerdo de voluntades entre sus estipulantes que implica, por lo menos, la coincidencia de ambas sobre la determinación del riesgo cuya cobertura se intenta. A ese efecto se utilizan enunciaciones taxativas, que son positivas (de situaciones, cosas e intereses considerados para el amparo), y negativas (de situaciones excluidas en particular de esa cobertura). El conjunto de tales delimitaciones perfila el llamado riesgo asegurable o cubierto. Desbordadas las mismas, no existe seguro (arts. 499, 910, 1144 y ss., 1197, 1198 C. Civil; 1, 11, 12, 60, 109 y cc., ley 17.418; causa D1258/4 del 13/6/2013 RSD 49/2013 Sala IIª). La exclusión de cobertura implica una manifestación negocial por la que, explícita o implícitamente, el asegurador expresa su decisión de no tomar a su cargo, no cubrir, no garantizar, las consecuencias derivadas de la realización del riesgo. En este caso, el riesgo se encuentra fuera de la garantía comprometida por el asegurador. Es decir, hay riesgo excluido o evento no cubierto cuando el siniestro se verifica en circunstancias que el contrato las prevé como no idóneas para que funcione la cobertura asegurativa (conf. Stiglitz, Rubén S., "Derecho de seguros", 5ª Edición actualizada y ampliada, Tº I, pág. 257). Según el art. 10 de la ley 17.418, la obligación del asegurador es la de resarcir el daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, y en el caso de la responsabilidad civil, la obligación se concreta en mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato (art. 109, ley 17.418). Y al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir la naturaleza que éstas pudieran tener (cf. SCBA Ac. 38.173, sent. del 3-XI-1987 en "Acuerdos y Sentencias", 1987-IV-571; Ac. 39.415 sent. del 27-XII-1988 en "Acuerdos y Sentencias", 1988-IV-635); y ello es así porque esa prescripción quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto (SCBA C 102.992 del 17.8.2011). Ello así, ha de tenerse en cuenta el peritaje contable (fs. 238/239) y las condiciones generales de la póliza, específicamente la cláusula 14/923 punto ?b? sobre riesgo cubierto, que estipula que la compañía se obliga a mantener indemne al asegurado en cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil (arts. 1109 a 1136 del Cód. Civil). Pero que no se consideran terceros a las personas en relación de dependencia con el asegurado, siempre que el siniestro ocurra con motivo o en ocasión del trabajo (fs. 56/57, arts. 332, 474 del CPCC). Por lo que si la víctima falleció -según se explicó- en ocasión de un trabajo de los que puntualmente la asegurada acostumbraba a encomendarle a la víctima en el rubro en que éste solía desenvolverse (como se postuló en la demanda), y en relación de dependencia (aún civil), tal cláusula del contrato de seguro deviene operativa y es oponible a la actora en cuanto excluye a dicho supuesto de cobertura; ya que no puede interpretarse que el fallecido, en las circunstancias descriptas, fuera un tercero respecto del consorcio demandado, sin responsabilidad directa de éste derivada de la omisión y negligencia incurridas sobre el particular. Por lo demás, la obligación que el art. 56 de la ley 17.418 establece a cargo del asegurador, supone la vigencia de la cobertura (cf. SCBA, 11-7-95, LLBA 1995-1030). En este sentido se ha dicho que el asegurador no necesita pronunciarse sobre el derecho del asegurado si el riesgo está excluido de cobertura en la póliza; y para que la omisión del asegurador importe aceptación, deben darse las calidades de asegurador y de asegurado; por lo que dicho deber no regiría respecto de situaciones en las que no se dé relación asegurativa, por ejemplo, en las hipótesis de coberturas excluidas de la garantía o de ?no seguro?; habiéndose agregado que el asegurador se halla exento de expedirse sobre el derecho del asegurado en el plazo del art. 56 en los casos en los que no hay contrato de seguro o cuando el siniestro no se produjo durante su vigencia, pues no puede decirse que el art. 56 se aplique aún en los supuestos en que no se verifique la relación asegurativa, ya que cuando ésta no existe tampoco existe la carga de la aseguradora (conf. López Saavedra, ob. cit., pág. 277; causa n° D-27313-3 del 11/4/2013 RSD 19/13 Sala IIª). De manera que no ha sido intempestivo el rechazo de la cobertura por parte de la aseguradora a través de la excepción planteada, tratándose de un pacto anterior al siniestro y por ende oponible al proceso iniciado por la víctima (art. 118 de la ley 17.418; SCBA. Ac. 83.726 del 5/5/04 y 94.988 del 23/4/08; y causa de esta Sala 2, n° 15416/2009). Por consiguiente debe admitirse el recurso de la aseguradora y por ende su defensa (con costas de la instancia de origen a cargo de la actora y demandada, pues ambas la citaron en garantía y contestaron la excepción pidiendo su rechazo; en cambio las de Alzada sólo se impondrán a la demandada porque la actora no contestó agravios -fs. 443, 447-). VIII) Si los nietos no son herederos forzosos de su abuelo carecen en principio de legitimación para reclamar el resarcimiento del daño moral que dicen experimentar por su fallecimiento en un accidente, siendo que ese carácter corresponde a su madre viva e hija del occiso (cf. CC0002 SM 45551 RSD-117-99 S 04/05/1999 sum. Juba B2001383). En tanto la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia, y por ello debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico (CSJN Fallos 322-843, 319-3148; SCBA Ac. 75.112 del 2-10-01; causa SI4819/2013 del 29/10/2013 RSD 124/2013 Sala IIª). Sin embargo, el control de constitucionalidad debe hacerse con apego concreto a las circunstancias de la realidad (conf. causa D-3247-6 del 4-3-2015 RSD 13/2015 de esta Sala IIª). En este sentido, el

Dr. Negri (en la causa de la Suprema Corte 102.614 fallada el 26.6.2013) sostuvo que el artículo 1078 del Código Civil revela indiscutiblemente la intención de evitar y a su vez contener innumerables reclamos que podrían multiplicarse indefinidamente, aunque aquella finalidad no obsta a la necesidad y obligación de amparar situaciones que por su naturaleza o particularidad, son pasibles de ser subsumidas no sólo en dicho precepto sino en el conjunto de normas que regulan el daño en nuestro ordenamiento; y que legitimar al afectado, en determinadas circunstancias, no implica necesariamente que prospere su reclamación, sino que su real existencia debe ser probada. En tal contexto -ha dicho el Dr. Negri- que el legislador ha dejado incólume el principio general que todo daño debe ser reparado; criterio imperante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, principalmente amparado y estipulado en los arts. 1068, 1109, 1077 y 1079 del Código Civil. Claramente existe una tendencia doctrinaria y jurisprudencial que apunta a ampliar el espectro de la legitimación activa. Tan es así que se ha reconocido daño moral a los padres derivado de la muerte del hijo, aunque en concreto no fueran herederos forzosos (CSJN, 7.8.97, diario La Ley del 21.9.98; SCBA Ac. 82.356 del 1.4.04; causas 111.532 RSD 163/11, D1879/07 RSD 47/2014 Sala II^a); como así también cuando el hijo -pese a ser el damnificado directo y no haber fallecido- quedó con gravísimas secuelas representativas de incapacidad total, poniéndose de relieve la disparidad de criterio emergente de las soluciones adoptadas en los arts. 1078 y 1079 del C.Civil (SCBA C. 85.129 del 16.5.07); asimismo se ha admitido a los padres, ante la muerte del hijo (aún casado y con descendencia) resarcimiento en concepto de pérdida de la chance (SCBA L 81.957 S del 27.12.06); e incluso se aceptó legitimación -en determinadas circunstancias- para la procedencia del daño moral y patrimonial a la concubina por la muerte de su pareja (SCBA C. 100.285 del 14.9.2011, Ac. 75.619 del 10.4.01 Ac. 86.304 del 27.10.04, C. 96.356 del 11.6.08). A los jueces está vedado formular interpretaciones extra legem del ordenamiento jurídico vigente desde que ello importaría arrogarse facultades legislativas que no les corresponden (SCBA. L. 38.161 del 2-2-88 en DJBA 134, 231); y es que si bien no cabe al Poder Judicial abordar el campo de la política legislativa -puesto que constituye un cometido ajeno a su función dado el principio de división de poderes que hace al principio republicano de gobierno-, lo cierto es que la legislación también ha evolucionado. La reforma de la ley 17.711 (B.O. 26.4.1968) limitó la legitimación activa en el reclamo por daño moral al damnificado directo, y en caso de muerte, a sus herederos forzosos; poniendo de esta manera un límite al ejercicio de la pretensión indemnizatoria, evitando el excesivo número de legitimados. No obstante, el constituyente de 1994 introdujo el art. 75 inc. 23, que en su primera parte atribuye al Parlamento a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Y el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño expresa que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Además, los arts. 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran a la familia como elemento fundamental de la sociedad que merece protección por parte del Estado (art. 75 inc. 22 C.Nacional). En consonancia con ello, el art. 36 de la Constitución de la Provincia reconoce entre otros derechos sociales, los referidos a la familia, la niñez y la juventud. Mientras que el Código Civil y Comercial (promulgado por ley 26.994 -B.O. del 8.10.2014-, no obstante no ser aplicable a la especie conforme su art. 7)- reconoce, según las circunstancias, legitimación para el reclamo extrapatrimonial, a los descendientes, ascendientes, al cónyuge y a todos los que convivían con la víctima recibiendo un trato familiar ostensible (art. 1741). Por lo que se proyectó ampliar el elenco de legitimados activos, siguiendo en parte al proyecto de 1998 y al del Poder Ejecutivo de 1992 (cf. Galdós, Jorge M., ¿La Responsabilidad Civil (parte general) en el Anteproyecto?, La Ley 11/06/2012, 1). Se trata entonces de receptor la doctrina de la reparación plena por los daños sufridos, que responde al principio consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, tendiente a resarcir el daño causado y que encuentra derivaciones explícitas, entre otros, en los arts. 1083 y 1086 del C.Civil. La reforma del art. 1078 respondió -en la delimitación subjetiva- a una necesidad normativa impuesta por la experiencia jurisprudencial nacional (cf. BORDA, ¿La reforma de 1968 al Código Civil?, ed. PERROT, núms. 133 y 134) y extranjera (cf. TRIGO REPRESAS, en ¿Examen y crítica de la reforma del Código Civil?, vol. 2, ed. PLATENSE 1971, págs. 167 y sigs.). En el derecho comparado, de distintas formas, se señalan los límites de los damnificados que, no siendo la víctima directa, pueden reclamar por daño moral; de otro modo, no mediando esos límites, podría caerse en la exageración de conceder acción a cuantos sufran por una muerte; posibilidad insensata al decir de MAZEAUD (BOSSERT, op. cit., pág. 166; causa citada). Pero esa ratio legis era cubrir un vacío sensible de nuestro código, porque -como bien reflexionara BORDA- ¿el daño moral es un dolor, una pena, que sienten parientes y amigos. ¿Todos ellos tenían una acción? Así lo declaró un fallo de la Cámara Civil de la Capital, la cual, por aplicación del art. 1079 sentó el principio de que no hace falta ser pariente de la víctima fallecida para tener derecho al resarcimiento del daño moral? (BORDA, op. y loc. citados). No obstante, las circunstancias del caso hacen ostensible una situación que no guarda similitud alguna con los riesgos que el legislador de 1968 se propuso evitar. Y así se considera demostrado

de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución Nacional causando de este modo un gravamen (lo que este Tribunal ya advirtió en el supuesto de dos pequeñas hermanas convivientes con la mayor que había fallecido, legitimándolas a reclamar daño moral pese a la restricción del art. 1078 -causa D-3247-6 del 4-3-2015 rsd.13/2015 de esta Sala IIª-). En efecto; nótese en la especie que si bien la sentencia determinó que el nieto y su abuelo fallecido no vivían juntos, lo cierto es que no puede desconocerse que la actora contaba a la muerte de su padre con 38 años de edad (fs. 46 causa penal) y era docente, y que incluso en ese momento no vivía en pareja (fs. 169/175). Asimismo debe ponderarse que la víctima tenía 68 años de edad al momento de su fallecimiento, era de estado civil viudo y jubilado (según reza el certificado de defunción glosado a fs. 20 de la causa penal). Mientras que Augusto A. González tenía 9 años cuando su abuelo murió (fs. 204). De ello se colige que si la víctima fatal no tenía otros hijos ni nietos, evidentemente, y más allá de su trabajo de electricista, pasaba mucho tiempo con los actores, más aún si todos ellos residían en lugares ubicados a poca distancia entre sí (Barrio Fátima de Pilar); siendo que la madre del niño también trabajaba conforme se desprende de las constancias obrantes en autos. Así es razonable deducir que, aunque en forma permanente nieto y abuelo no convivieran conjuntamente, sí al menos pasarían, de modo regular, algunos días o bastante tiempo compartiendo juntos, o cuanto menos manteniendo un vínculo de elevada estrechez por encima del que en otros casos podría pasar un nieto junto a su abuelo; ello a raíz del reducido núcleo familiar. Sin perjuicio de señalarse, además, que si bien el niño no padece alteraciones ni daño psicológico ni requiere de terapia a causa de la muerte de su abuelo, pericialmente se expresó que dicho deceso ha sido difícil para él y un recuerdo imborrable (fs. 287, arts. 384, 473, 474 y cc. del CPCC). De manera que a partir de la situación descrita -que hace al comprensible y cercano vínculo mantenido-, no se advierte en el caso el riesgo de multiplicación indefinida de causas o reclamos que el propósito del art. 1078 se ha fijado al limitar el elenco de legitimados activos. Los arts. 1078 y 1079 tienen una disparidad de tratamiento que implica una desigualdad ante la ley y que por ello no puede superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 C.N.); ello en razón de la diferente legitimación otorgada, por un lado, para conceder la posibilidad del reclamo patrimonial; y por el otro, para negarlo en el ámbito extrapatrimonial. La falta de reconocimiento del daño moral al nieto de la víctima fallecida, en el caso, no se compadece con la realidad y, por ende, privarlo del resarcimiento de que se trata, no es razonable, al desconocerse el evidente e innegable sufrimiento del nieto por el abrupto deceso de su abuelo, con quien, en los hechos, mantenía un fuerte vínculo. Es que la existencia de un daño cierto y la relación adecuada son suficientes para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en determinados casos (SCBA Ac 85.129 del 16-5-07, del voto del Dr. Roncoroni). Y el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio alterum non laedere, del que deriva que la reparación debe ser plena o integral (SCBA voto del Dr. De Lázari en C 97144 S 30/09/2009; arts. 1083, 1086 y cc. del C.Civil). En el caso específico, las especiales circunstancias y la prueba rendida revelan la existencia de un efectivo y concreto daño sufrido por el nieto de la víctima, motivado por vivencias y situaciones reales; y se desprendería un menoscabo constitucional de negarse la indemnización aplicando lisa y llanamente el art. 1078 segundo párrafo del Código Civil; solución que se impone a fin de evitar que deba ampararse un daño injusto sin ningún tipo de resarcimiento. Por ello corresponde desestimar el agravio de la demandada en cuanto la sentencia apelada declaró inconstitucional e inaplicable al caso el art. 1078 (2º párrafo) del Código Civil. IX) El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cf. Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", parágr. 557; SCBA Ac. 21.317 DJBA 110-83). Es toda modificación disvaliosa del espíritu; ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, etc., que exceden lo que por dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar. De manera que toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, configura daño moral (SCBA Ac. 53.110 del 20-9-94). La existencia del daño moral en casos de lesiones a la salud, o de homicidios -como es el caso-, se aprecia como un daño in re ipsa: no requiere de prueba específica y ha de tenerse por demostrado con el solo hecho de la acción antijurídica (SCBA Ac. y Sent. 1988-II-114, DJBA 138-655; causa 107.581 rsd 147/09 del 27.10.09 Sala IIª). Por otra parte, el daño moral procede en toda clase de ilícitos, sean delitos (penales o civiles) o cuasidelitos, y aún en supuestos de responsabilidad objetiva, lo que implica restarle calidad ejemplar o de castigo. Y en ese sentido la Suprema Corte ha declarado la naturaleza resarcitoria y no ejemplar ni punitiva del concepto (SCBA. en "Ac. y Sent." 1978-III, 768). Pone el acento, pues, antes que en la conducta del ofensor, en el daño del ofendido (conf. causa SI-35539-2009 RSD. 140/2012 Sala IIª). El art. 1078 del C.Civil impone reparar el daño moral, pero no zanja las dificultades que emergen a la hora de justipreciarlo, ya que dicho daño -por su propia naturaleza- no es mensurable con parámetros estrictamente objetivos ni matemáticamente. Solo cabe atenerse a un criterio fluido que permita la adecuada ponderación del menoscabo a las afecciones íntimas del damnificado y que se configuran en su ámbito espiritual, quedando sujeto el monto indemnizatorio a la circunspección y discrecionalidad del juez (cf. causas 107.638 RSD 128/09 del 10.9.09; 311-5 del 20-8-2014 RSD 121/2014 Sala IIª). Sopesando prudencialmente la totalidad de las constancias agregadas, las circunstancias personales ya

examinadas, y que en la especie se trató de la muerte del padre y abuelo de los actores, considero que la indemnización de \$150.000 establecida en relación a Claudia Mabel Diniz, resulta un tanto baja, por lo que se propone elevarla a la suma de \$200.000 (pesos doscientos mil); mientras en cambio, con relación al nieto del sujeto fallecido, Augusto Antonio González, la indemnización de \$100.000 fijada debe reducirse, por ser algo alta, y establecérsela en \$80.000 (pesos ochenta mil). Por lo que con tal alcance, debe modificarse la sentencia apelada. X) Los hijos mayores de edad de la víctima del infortunio están legitimados para reclamar el resarcimiento por el fallecimiento de aquélla, pero la procedencia del reclamo dependerá de la subsistencia de la presunción de daño (SCBA LP L 68615 S 30/05/2001 sum. Juba B46671). Pues si bien en el caso de la viuda y de los hijos menores de la víctima, es necesario presumir sin necesidad de prueba que el fallecimiento les genera un perjuicio patrimonial, ello no necesariamente ocurre cuando quienes accionan son los hijos mayores, que no se benefician sin más de la presunción del art. 1084 del Código Civil. En su caso, para los hijos mayores, el acogimiento de la pretensión no debe ser sino modesto, porque escapa a lo normal y habitual que los hijos mayores deriven su subsistencia de los alimentos a que el progenitor no está obligado, desde que son capaces y proveen por sí solos a sus necesidades (art. 126 del Cód. Civil; cf. Llambías, "Tratado...Obligaciones?", 2º edición, Tº IV-A,58). Es decir que la ley presume -iuris tantum- que la muerte del padre constituye un daño cierto para el hijo; habiendo uniformidad de criterio en torno a que los hijos menores se encuentran evidentemente amparados por dicha presunción, ya que éstos, generalmente, están en la imposibilidad, absoluta o relativa, de procurarse los fondos necesarios para su subsistencia (cf. Belluscio-Zannoni, "Código Civil Comentado", Tº V, Ed. Astrea, págs. 178/180; causas nº 111.532 RSD 163 del 13.12.11; 111.532 RSD 163 del 13.12.11 Sala IIª). Por ello, para hijos ya mayores -como en el caso-, el eventual derecho que les asiste es apenas al de alguna "chance" perdida, consistente en una ayuda económica que no podría exceder de lo modesto y episódico, y cuya estimación debe realizarse conforme las particularidades del caso (cf. causas 76.800 del 30-6-98, 81.179 del 30-8-99; 94.682 del 8-7-04 RSD 176/04, 95.411 del 14-9-04 RSD 201/04 Sala IIª). Y son dichas particularidades las que precisamente impiden acceder al agravio de la actora, puesto que tratándose el fallecido de una persona que tenía 68 años de edad y era jubilada y debía realizar trabajos de electricidad -acaso porque el haber previsional, que se desconoce, era insuficiente-; y dado que nada se probó acerca de cuál era su situación económica o patrimonial -en tanto su condición impositiva no revela importancia a los fines pretendidos, según informe recabado de Afip (fs. 210, art. 394 y ss. del CPCC)-, es claro que la apelante no demuestra a su respecto la subsistencia de la presunción legal antes mencionada (arts. 1084, 1085 y cc. del C.Civil, 375, 376, 384 y cc. del CPCC). Ya que lo que decide los pleitos es la prueba y no las manifestaciones unilaterales de las partes (SCBA La Ley 1977-B-613; causa nº 108.860 RSD 54/10 del 3.6.10 Sala IIª). En consecuencia debe confirmarse en este aspecto lo decidido en la sentencia recurrida y desestimarse el agravio de la actora. XI) Las secuelas de orden psíquico son indemnizables en términos de incapacidad siempre que los trastornos o perturbaciones sean irreversibles y permanentes (cf. causa 110.650 rsd. 58/11 del 12.4.11 Sala IIª). Ello así, conviene señalar que la perito no ha puesto de relieve categóricamente que el padecimiento psicológico de la actora sea irreversible e incurable ni concretamente ha afirmado que se trate de un estado de consolidación o estabilización del daño que no pueda revertirse mediante la terapia aconsejada. De hecho; del peritaje psicológico confeccionado surge que si bien la actora no ha superado la pérdida paterna, la experta aconsejó la realización de una terapia de 6 meses a razón de una sesión semanal, evaluando así la posible remisión del cuadro depresivo moderado que diagnosticó en un porcentual de incapacidad del 10% según baremo (fs. 297). Habiendo explicado a fs. 327 que dicho cuadro no era severo y que la incapacidad informada al respecto era la más baja dentro del rango; ratificando que la expectativa del tratamiento era la remisión de la sintomatología (arts. 473, 474 del CPCC). Con lo cual, no parece atinado postular la autonomía del daño más allá de la terapia concedida: sería un contrasentido considerar como permanente lo curable, pues no se demuestra la inutilidad -que lógicamente no puede presumirse- de la terapéutica sugerida pericialmente (cf. causa 107.638 RSD 128/09 del 10.9.09 Sala IIª). Aconsejar un tratamiento o apoyo terapéutico importa admitir la posibilidad cierta de recuperación, al menos a nivel anterior al del hecho (cf. causa Sala IIª 106.343 del 4.12.08 RSD 5/08). Y que el propósito del tratamiento, en definitiva, no llegue a lograrse, no equivale a certidumbre sino a una hipótesis de daño eventual o conjetural (cf. causas 108.044 RSD 3/10 del 9.2.10; D27294/03 RSD 21/12 del 3.4.2012 Sala IIª). De modo que conforme al indicado propósito de la terapia prescrita por la experta, es incoherente calificar al porcentual del daño informado como de incapacidad permanente, desde que dicha calificación se arraiga en la preceptiva de la legislación o baremos laborales, que se valen del concepto de incapacidad permanente para identificar lesiones una vez transcurrido el año desde el infortunio (cf. Krotoschin, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", 3ª ed., vol. I, pág. 362; causa nº 24461-2008 RSD 131/2012 Sala IIª); no tratándose en el caso -se reitera- de un cuadro necesariamente incurable e irreversible. Es que sería un contrasentido -y se interpreta lejos del ánimo de la perito- considerar como permanente lo curable, atendiendo al diagnóstico informado (de grado moderado) y la terapia y su duración aconsejadas (arts. 384, 473, 474 y cc. del CPCC; cf. causa 101.366 del 5-10-06 RSD 225/06 Sala II). De ahí que este otro agravio de la actora deba rechazarse y confirmarse lo resuelto en la instancia de origen. En consecuencia, no siendo menester sino tratar los argumentos conducentes a

la adecuada solución del pleito (arg. art. 266 del CPCC), corresponde modificar la sentencia pronunciada en los aspectos indicados.

Voto por la afirmativa. A la misma cuestión, la señora Juez doctora Nuevo por iguales consideraciones, votó también por la afirmativa. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, a) se modifica la sentencia apelada elevando el monto de la condena a la suma total de \$296.200 (pesos doscientos noventa y seis mil doscientos), correspondiendo \$216.200 a Claudia Mabel Diniz y \$80.000 a Augusto Antonio González, b) se la modifica asimismo admitiendo la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por Zurich Argentina Compañía de Seguros SA, c) se confirma la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios. Las costas devengadas en esta Alzada se imponen a la demandada sustancialmente vencida (art. 68 del CPCC); en tanto que las devengadas en la instancia de origen, por la excepción articulada por la aseguradora citada en garantía, se imponen a la actora y a la demandada vencidas (art. 68 citado). Se difiere la regulación de honorarios (art. 31, D.L. 8904). Reg., not. y dev. 026655E