



NEUQUEN, 9 de Marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**BARRIA CYNTHIA CARINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. - MALA PRAXIS**" (Expte. N° 428514/2010) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo **CIVIL N° CINCO** a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHSINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 1003/1015 y vta., hizo a la demanda promovida por la señora Cynthia Carina Barria y condenó a la Provincia del Neuquén a abonarle la suma de \$148.000, con más los intereses determinados en los considerandos respectivos. A su vez hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva por el supuesto de no seguro, opuesta como defensa de fondo por SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., y le impone las costas a la Provincia en atención a su carácter de vencida.

Para así resolver, considera que "todo tratamiento médico cuenta con un margen de imprevisibilidad que tradicionalmente se denomina alea, de modo que aun tomando todos los recaudos necesarios, el resultado puede ser diverso al buscado, circunstancia que no siempre es reprochable al facultativo. De allí la importancia de la prudencia al momento de evaluar la conducta médica. En definitiva y en lo que se refiere al punto en cuestión debe tenerse en cuenta que, con relación al médico, no es admisible la responsabilidad objetiva, que es necesario que exista culpa de su parte (no la culpa leve o levísima), que su tarea es de medios no de resultado, que la ciencia médica no es exacta, que debe



apreciarse con criterio restrictivo y que debe tratarse de un error objetivamente injustificable".

Interpreta en atención a lo explicado por los profesionales médicos que "era necesario atento el estado de la actora, el monitoreo de los latidos fetales para determinar una cesárea de urgencia. Ello no ocurrió, por lo que entiendo que los médicos tratantes -dependientes del Hospital Castro Rendón-, omitieron aquellas diligencias que hubiese correspondido según las circunstancias de tiempo, lugar y medio, configurándose la culpa y en consecuencia incumplieron con su obligación de medios, cual es la de obrar con prudencia y en pleno conocimiento de las cosas y exigibles por la lex artis".

Esa decisión es apelada por la demandante a fs. 1020 y sus letrados hacen lo propio con los honorarios que les fueran regulados, por bajos; y la demandada también cuestiona la sentencia a fs. 1022.

II.- a) Agravios de la parte actora (fs. 1027/1028)

Considera bajo el monto otorgado en concepto de daño moral. Aduce que, la muerte de un hijo implica una alteración al orden natural, que necesariamente impone un desmedro existencial.

Sostiene, que si bien, respecto del daño moral es común referir las dificultades que importa su cuantificación, los síntomas por los cuales se expresa la aflicción, el dolor, la angustia, que lo caracterizan generan pautas que son observables dependiendo de las características propias de los damnificados y resultando diversa la valoración que puede hacerse del daño moral derivado de la muerte de un familiar que aquella emanada de difamación por calumnias.

Afirma que en el caso de autos, tanto de las testimoniales como de la pericia psicológica, se advierte que la existencia de sufrimiento y dolor de la actora por el



fallecimiento de su hijo, es por la evidente mala praxis del personal dependiente de la demandada.

Estima que debería elevarse este rubro como mínimo a la suma de \$170.000.

A fs. 1029 se ordenó correr traslado de los agravios, y vencido el plazo no fue contestado por la contraria.

II.- b) Agravios de la codemandada Provincia del Neuquén (fs. 1032/1036 vta.)

Cuestiona la sentencia porque se hizo lugar a la excepción de no cobertura opuesta por la Compañía SMG citada en garantía, sin mayores apreciaciones ni análisis concreto del caso, y se le imponen las costas a su parte.

Aduce, que carece de toda lógica que la Provincia contrate un seguro para resguardarse de reclamos por mala praxis médica de sus profesionales, en ocasión de funciones en nosocomios públicos, que no incluya a la Provincia misma.

Refiere, que no tendría sentido dar cobertura asegurativa a los médicos, si no es con el alcance a la indemnidad del Estado provincial, en tanto dichos galenos, incluidos en la nómina, sólo activaran la posibilidad de la cobertura en la medida que la reclamación de que se trata, resulte de un hecho reprochado en ocasión de la función pública.

Indica, que en la póliza contratada, N° 490169, se consigna: "Queda entendido y convenido que cuando se mencionan los vocablos "ASEGURADO" o "TOMADOR" se considerará indistintamente..."; y que dicha expresión no hace mas que reconocer el derecho que asiste al Estado provincial como asegurado, como legitimado para citar a la aseguradora SMG, en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros.

Dice, que dentro la órbita del Estado ha sido el Ministerio del área Salud quien, a través del Banco de la



Provincia del Neuquén, contrata con SMG un seguro por responsabilidad médica, que consiste básicamente en dar cobertura al riesgo de responsabilidad civil frente a eventuales reclamos de pacientes atendidos en nosocomios públicos; y cuando fueran atendidos o intervenidos por los galenos dependientes de la Provincia, especificados en el anexo correspondiente, actuando en ocasión de las funciones propias para la que han sido contratados por el Estado.

Apunta, que el titular del interés que se asegura es el Estado Provincial, y consiste justamente en que la aseguradora cubra la responsabilidad patrimonial que pudiera generarse en cabeza de terceros, supuestamente damnificados por la mala praxis médica, reprochada a médicos dependientes del Estado, y en ocasión del cumplimiento de las funciones que, como dependientes, ejercen.

Señala, que de otro modo no se justificaría que la Provincia esté destinando grandes sumas de dinero a las primas de esta póliza, si en los supuestos de reclamación, como es el caso de autos, quedara excluida de la cobertura.

Expresa, que la nómina de profesionales comprendida en la póliza, en modo alguno excluye la cobertura del Estado contratante, sino que por el contrario, el listado dota de un recaudo de control y condicionamiento a los supuestos en que la póliza entra en operatividad.

Manifiesta, que entender lo contrario claramente desnaturalizaría los términos del contrato de seguro, incluso el gasto mismo en el pago de la prima, deviniendo en un enriquecimiento ilegal, abusivo y reprochable de las aseguradoras, que han vendido una póliza abstracta, por la que nunca erogarán un peso, máxime cuando los supuestos de reclamación por la mala praxis al Estado provincial, muy rara vez pueden atribuirse a la actuación de un galeno determinado, siendo habitual la intervención de numerosos médicos en varios hospitales públicos.



Agrega, que la negativa de la aseguradora a dar la cobertura para la que ha sido citada, y previamente contratada, se erige en un ardid que transformaría dicha póliza en flagrante estafa, en tanto percibidas sus primas y demás costos del erario provincial, jamás le generaría la obligación de asumir costos por el riesgo asegurado.

Corrido el pertinente traslado del recurso, el mismo es respondido por la aseguradora a fs. 1038/1041 vta., solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a debate, abordaré en primer término los agravios de la Provincia del Neuquén, referidos a la falta de cobertura del seguro que consagra la sentencia de primera instancia.

Luego de analizar los términos de la póliza N° 490169-0 -V. fs. 227-, se advierte con facilidad que le asiste razón al recurrente.

En efecto, de su lectura surge que el Estado Provincial, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, contrató una póliza médica colectiva para mantener indemne al asegurado, entre los que no se encuentra solamente el médico prestador del servicio, como se sostiene en la sentencia, sino también la propia tomadora del seguro, es decir, la Provincia, a fin de cubrir las contingencias de índole médica que ocurran en ocasión o con motivo de la prestación del servicio médico público, otorgado por la misma.

Ello, surge de lo expresado en el propio contrato, ya que al ser la Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, la tomadora del seguro para quedar cubierta por las contingencias ocurridas en ocasión o con motivo de la presentación médica de los profesionales que se enuncian en la nómina "seguro colectivo", su interés resulta patente, pues con ello lo que pretende garantizar es la indemnidad patrimonial del Estado frente a los juicios de mala praxis que se inicien en contra de sus dependientes.



En el sentido expuesto, ya me he expedido en la causa: "Ercole, Claudio Rubén y otro c/ Donnelly, Patricio E y Otro s/ D. y P." (Expte. N° 428024/2010).

Consecuentemente, le asiste razón al apelante, pues, qué sentido tendría dar cobertura asegurativa a los médicos, si no lo es con alcance a la indemnidad del Estado provincial, en tanto dichos profesionales, incluidos en la nómina, solo activaran la aplicabilidad de la cobertura en la medida que la reclamación de que se trate, resulte de un hecho reprochado en ocasión de la función pública para la que han sido contratados.

Por otra parte, cabe resaltar que la Provincia ha actuado como contratante del seguro médico colectivo a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, lo cual, de manera alguna habilita a considerarla ajena como parte del contrato de seguro médico celebrado con la aseguradora SMG.

De lo contrario, las erogaciones provocadas por el pago de la póliza, como así también el ámbito de cobertura del contrato de seguro hubiera sido más extenso y no se limitaría al actuar de los médicos detallados en la nómina y en ejercicio de la prestación del servicio público de salud.

Por las consideraciones expuestas, y teniendo en cuenta los términos y modalidades de la cobertura contratada, como asimismo el interés asegurable, la Provincia del Neuquén resulta alcanzada por la cobertura del seguro, conforme póliza N° 490169-0, por lo que propondré al Acuerdo que se haga lugar a la apelación y en consecuencia se revoque la excepción de falta de legitimación interpuesta por SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., con costas a cargo de ésta última.

En lo que respecta al agravio de la parte actora relacionado con el monto fijado en concepto de Daño Moral, debo decir que si bien comparto el análisis realizado para admitir su procedencia en función de las características del



presente caso, a mi criterio, el importe establecido (\$100.000) resulta escaso.

Al estudiar las particularidades de cada caso, se debe tener presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero debe satisfacer en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho -intempestivo fallecimiento de una hija por nacer-, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Sabido es que en materia de daño moral no siempre es posible producir prueba directa sobre el menoscabo padecido, pues la índole espiritual y subjetiva del perjuicio muchas veces es insusceptible de tal acreditación. Sin embargo, en casos como el aquí tratado, los hechos objetivos permiten presumir sin hesitación la incuestionable lesión a las afecciones de una madre, que afectaron sus sentimientos, razón por la cual cabe considerar que tales contrariedades tuvieron relevancia suficiente para ocasionar el menoscabo a intereses no patrimoniales, según el curso natural y ordinario de las cosas (anteriores arts. 901, 903, 522 y concordantes del Código Civil). De tal suerte, apreciando las circunstancias del hecho y su indudable repercusión perniciosa en el ánimo de la accionante, no puede sino acordarse una condigna reparación por el perjuicio sufrido.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: "De los daños padecidos en la faz moral del individuo, muy pocos se patentizan con mayores ribetes trágicos que la muerte de un ser querido. Este agravio asume una inusitada magnitud cuando se trata de la desaparición de un hijo a edad temprana, pues la afectación aparece como un desprendimiento de la propia vida, que acarrea lesiones espirituales tremendas e imborrables. La difícil tarea que se relaciona con la cuantificación dineraria de estas lesiones afectivas, debe ser emprendida, no obstante, con sensatez y justo discernimiento,



pues lo inconmensurable del daño no debe propiciar decisiones que, por involucrar facultades discrecionales del órgano jurisdiccional, puedan eventualmente derivar en injusticia, excesos o inseguridad". ("Córdoba, Walter A. c/ Gobierno Nacional s/ Daños y perjuicios". Mag. Votantes: Suárez-Bissio).

Asimismo, esta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) tiene dicho que: "Para resarcir el daño moral no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodearon el hecho y que permitan inferir la existencia y su extensión".

"...la cuantificación del daño moral no precisa de probanza alguna, desde que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba in re ipsa, que surge de los hechos mismos, cuya determinación debe hacerse en base a la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Procesal Civil y Com. de la Nación sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios materiales admitidos".

Ahora bien, en cuanto a la objeción referida al monto resarcitorio, sabido es que la medida del dolor en términos pecuniarios es, hasta cierto punto, inasible, pero tal como lo venimos sosteniendo en esta Sala, siguiendo los lineamientos del Código Civil y Comercial de la Nación, debemos tratar de dar a las víctimas los medios para paliar sus efectos; tal vez con alguna distracción o deleite que de alguna manera -imperfecta, pero tal vez, la única humanamente posible- alivie el sufrimiento.

Se ha expresado con acierto que una vez sufrido, el daño moral es imborrable, de manera que la única reparación jurídicamente posible es la dineraria (conf. Zavala de González, M., "Resarcimiento de daños" - 5ª - pág. 62 - Ed. Hammurabi - Bs. As., 2005).

La doctrina es conteste en afirmar que se trata de un modo imperfecto de compensar el perjuicio, y que la



determinación de la cuantía no depende mayormente de la sapiencia jurídica cuanto de un criterio de prudencia según la singularidad de cada caso y sus características, a fin de equilibrar el propósito legal -la compensación del daño sufrido- con el medio imperfecto con que se cuenta -el dinero- procurando evitar el riesgo posible de un indebido enriquecimiento de la víctima. Ha de acudirse para ello, con las palabras de Mosset Iturraspe, a apreciar el perjuicio moral causado por el hecho que nos ocupa según el standard de "la intensidad del justo dolor del hombre medio" (autor cit., "Responsabilidad por daños", t. IV, pág. 197 - Ediar, 1986).

Por tales motivos, en atención a las características del hecho generador -muerte de un hijo en su última etapa de gestación-, y de conformidad con el art. 165 del Código Procesal, considero que el daño moral debe ser valorado en su justa medida a la suma de **\$180.000**.

Con respecto a la apelación interpuesta por los letrados de la actora, la misma deviene abstracta, atento que de conformidad con el art. 279 del C.P.C.C., los mismos deberán dejarse sin efecto y proceder a una nueva determinación

IV.- Por las razones expuestas, propicio al Acuerdo que se modifique la sentencia, y se deje sin efecto el acogimiento de la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora, y en consecuencia, se condene a esta última, en la medida del seguro, más intereses, a abonar las sumas a la que ha sido condenada la Provincia del Neuquén, con costas de ambas instancias, por dicha actuación a cargo de SMG, atento a su carácter de vencida, debiéndose determinar los honorarios de ambas instancias conforme las pautas de los arts. 6, 7, 10, 11, 12, 20, 3537 y 15 L.A.

Elevar el monto de condena por daño moral, a la suma de **\$180.000** a favor de Cyntia Carina Barria conforme lo expuesto precedentemente y lo reclamado en el escrito de



demanda, con costas de ambas instancias a cargo de los demandados, dejándose sin efecto los honorarios regulados a los letrados, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 2, 6, 7, 10, 15, 20 y 37 de la ley 1594.

Tal mi voto.

El **Dr. Medori** dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 1003/1015 vta., dejando sin efecto la excepción de falta de legitimación interpuesta por SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., y en consecuencia, condenar a esta última, en la medida del seguro, más los intereses, a abonar las sumas a las que ha sido condenada la Provincia del Neuquén.

2.- Imponer las costas de ambas instancias por dicha actuación a cargo de la Aseguradora, atento a su carácter de vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de la instancia de grado, en los siguientes porcentajes sobre el capital más intereses: para el Dr. ..., patrocinante de la actora en un 3,33% y del Dr. ..., apoderado, en un 1,33%; para el Dr. ..., patrocinante de la demandada, en el 3,33%; para los Dres. ... y ..., apoderados, en el 1,33%; para los Dres. ..., ... y ..., patrocinante de la citada en garantía, en el 3,33%, en conjunto y para el Dr. ..., apoderado, en el 1,33% (arts. 6, 7, 10, 11, 12, 20, 35 y 37 L.A.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% a los letrados de la Provincia demandada y en el 30% a los de la citada, de lo



establecido en el punto anterior a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Elevar el rubro daño moral a la suma de PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$180.000), con más los intereses fijados en la sentencia de grado, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

6.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas (art. 68 C.P.C.C.).

7.- Dejar sin efecto los honorarios regulados a los letrados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se establecen en los siguientes porcentajes sobre el capital mas intereses: para el Dr. ..., patrocinante de la actora en un 16% y del Dr. ..., apoderado, en el 40% del anterior (considerando las etapas) (arts. 2, 6, 7, 10, 20 y 37 Ley 1594).

8.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

9.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA