



ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Departamento del mismo nombre de la Provincia del Neuquén, a los 31 días del mes de Mayo del año 2024, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Nancy Noemí Vielma, con la presencia de la Secretaria Subrogante, Dra. María Gabriela Juárez, dicta sentencia en estos autos caratulados: "**ORELLANA ESMERALDA LUCÍA C/ MARECO JUAN RAMÓN Y OTROS S/ D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)**" (Expte. 36172/2020), del Registro del Juzgado Civil de Chos Malal, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Zapala, dependiente de esta Cámara.

Sorteado el orden de voto en primer lugar la **Dra. Nancy N. Vielma** dijo:

I.- Antecedentes:

A. El 24/07/2023 el juez de primera instancia dictó la sentencia definitiva por medio de la cual decidió: **a)** admitir la demanda interpuesta por Esmeralda Lucía Orellana (actora) y condenar al Dr. Juan Ramón Mareco y a la Provincia del Neuquén (demandados) para que, en forma solidaria e ilimitada, le abonen a la primera una suma de dinero en concepto de indemnización por daños, con más intereses; **b)** extender la condena a Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA (citada en garantía), dentro de los límites del seguro; **c)** imponer las costas a la parte demandada y a la aseguradora; y, **d)** diferir la regulación de honorarios (pp. 574/606).

B. Disconformes, ambos demandados y la aseguradora apelaron la sentencia y expresaron sus agravios, los que merecieron respuestas de las partes contrarias (pp. 633/61).

II.- El caso y la sentencia apelada



A.- Esmeralda Lucía Orellana demandó al Dr. Juan Ramón Mareco y a la Provincia del Neuquén, para que la indemnicen por los daños que dijo haber sufrido como consecuencia de un oblito quirúrgico. El Diccionario de la lengua española define al *oblito* como «Cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica», <https://dle.rae.es/oblito?m=form> en el marco de una cesárea realizada en el hospital de Chos Malal, titularidad del Estado provincial.

Ambos demandados, junto con la aseguradora citada en garantía, contestaron la acción, negaron los hechos afirmados en la demanda y ofrecieron su propia versión acerca de lo ocurrido.

B.- En la sentencia definitiva, el magistrado sintetizó la postura de las partes, fijó los hechos del caso y expuso el marco jurídico aplicable.

Por un lado, analizó la responsabilidad civil del Dr. Mareco (médico cirujano). Valoró el material probatorio y concluyó que el oblito (gasa olvidada en el interior de la paciente Orellana) ocurrió durante la cesárea del 17/08/2018 en la que intervino el Dr. Mareco, y no en la operación de vesícula practicada con posterioridad (30/10/2018), donde no participó el galeno.

Consideró que el Dr. Mareco, en su rol de director del equipo médico, fue negligente al no verificar el correcto cumplimiento del protocolo de recuento de gasas.

Por otro lado, también responsabilizó por el hecho a la Provincia del Neuquén, en su condición de titular del establecimiento donde se practicó la cesárea y principal respecto de sus médicos dependientes.

Asimismo, ante el reconocimiento de la relación contractual, extendió la condena a la aseguradora, en los límites de la póliza.



Luego, analizó los daños invocados y ordenó indemnizar los siguientes: incapacidad psicofísica (28%); gastos médicos, farmacéuticos y de traslado; tratamiento psicológico y daño no patrimonial.

Cuantificó cada uno de los rubros a valores al tiempo de la sentencia, por lo que adicionó intereses a una tasa pura (8% anual) desde el hecho (17/08/2018) y hasta la sentencia, y de ahí en adelante ordenó abonar dos veces la Tasa Activa (TA) que publica el Banco de la Provincia del Neuquén SA (BPN).

Por último, en cuanto a la determinación del límite de responsabilidad de la aseguradora, dispuso que la suma máxima asegurada (\$3.000.0000) se actualice entre el 17/08/2018 y 31/07/2020 a la TA del BPN; y desde el 01/08/2020 y hasta el pago, a dos veces la TA del BPN.

III.- Recurso del codemandado, Dr. Juan M. Mareco

A. Agravios

1. Interrupción del nexo causal

Dice que la existencia de una cirugía posterior a la cesárea hace suponer que ambas intervenciones podrían estar vinculadas con el oblito.

Cuestiona la valoración de la pericia médica.

Sostiene que los protocolos de ninguna de las dos intervenciones refieren al uso de gasas y que el oblito fue advertido varios meses después de la realización de ambas cirugías (cesárea y colecistectomía).

Invoca la causal de eximición de responsabilidad prevista en el art. 1731 del Código Civil y Comercial (CCyC).

2. Unidad de la prueba

Critica que el juez haya considerado que su impugnación al informe pericial médico fue una mera disconformidad con el dictamen; e invoca el principio de unidad de la prueba.

Seguidamente, detalla elementos probatorios que -asegura- demuestran lo contrario a la pericia.

Sostiene que, en relación a la ubicación del oblito, el juez valoró el resultado de la tomografía abdominal con contraste realizada el 14/11/2019, siguiendo un razonamiento ilógico y con graves errores conceptuales.

Agrega que el magistrado omitió ponderar las ecografías realizadas el 24/10/2019: abdominal (donde sí se observó el oblito) y transvaginal (donde no se observó el oblito).

Aduna que el juez tampoco estimó la historia clínica confeccionada por el Dr. Ysmael Pérez, el 16/12/2019, previo a la laparotomía exploradora; ni el informe pericial de parte, realizado por el Dr. Benítez.

Expone su teoría acerca de la migración del oblito y critica la eficacia probatoria del informe de anatomía patológica, el cual confronta con la foja quirúrgica de la laparotomía exploradora del 16/12/2019. Insiste con que los frascos que contenían las muestras analizadas no estaban rotulados y considera como no probado que el oblito haya consistido en una «gasa dobladilla».

3. Falta de motivación de la sentencia y deficiencias del informe pericial

Sostiene que el perito oficial construyó todo su informe a partir de presuponer que el oblito extraído del cuerpo de la actora era una «gasa dobladilla», cuando ello -remarca- no está acreditado.

Describe las diferencias técnicas entre las dos cirugías realizadas a la actora y enfatiza en la falta de precisión de la terminología utilizada por el perito en su informe.

Expone sus razones por las cuales entiende que carece de eficacia probatoria la conclusión del perito médico acerca de que el oblito se corresponde con la cesárea.



4. Responsabilidad del Dr. Mareco

El apelante señala que él no eligió quién se desempeñó como instrumentadora y aduna que la responsabilidad del conteo era de esta última.

Dice que se trata del hecho de un tercero por quién él no debe responder.

5. Pericia médica

Denuncia que el Dr. Abraham, perito médico oficial, no posee la idoneidad necesaria para esclarecer el tema controvertido en este pleito, que involucra especialidades médicas quirúrgicas.

6. Extensión de la condena

Se agravia porque el juez extendió la condena a la aseguradora citada en garantía y dispuso que ésta responda por el monto máximo dentro de los límites del seguro.

Cita los arts. 109 y 118 de la Ley de Seguros (LS) y el art. 3 del CCyC.

Invoca su calidad de trabajador y entiende que el fallo carece de razonabilidad.

Solicita que, de mantenerse la condena en su contra, se extienda en su totalidad a la aseguradora.

7. Monto de condena

Insiste con la interrupción del nexo causal y entiende que es erróneo utilizar la fecha de la cesárea para calcular las bases indemnizatorias y, por consiguiente, también los intereses.

Asegura que no se demostró la existencia de daños graves (aclara que la actora sigue siendo fértil) y por ello cuestiona que el juez se haya apartado del resultado de la fórmula Vuotto.

Destaca que él es un profesional de la salud pública y no un ebrio al volante que menosprecia la vida de un peatón.



Califica como desproporcionado el monto reconocido en concepto de daño patrimonial y solicita su revisión.

Finalmente, solicita que se revoque la sentencia apelada, con costas.

B. Contestación de agravios

A través de su escrito obrante en las pp. 664/671, la parte actora contesta los agravios del Dr. Mareco, a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad, y solicita que se rechace el recurso, con costas.

IV.- Recurso de la citada en garantía

A. Agravios

La aseguradora adhiere a las críticas vertidas por el codemandado Dr. Mareco y, además, expone los siguientes agravios.

1. Cuantificación del daño moral

Dice que el juez no justificó la cuantía de este rubro y agrega que para ello era necesario considerar parámetros objetivos.

2. Límite asegurado

Explica que, cuando contestó la citación en garantía, la aceptó en los términos de la póliza n. 143.609, cuyo importe de suma asegurada fue fijado a partir del 01/07/2020.

No obstante, aclara que, al 17/08/2018 (nacimiento de la obligación de indemnizar) se encontraba vigente la póliza n. 90665, cuya suma asegurada era de \$1.080.000.

Pide que la condena se le extienda hasta el importe anterior.

Finalmente, solicita que se admitan los agravios y se rechace la demanda, con costas.

B. Contestación de agravios

Por un lado, contesta los agravios el codemandado Dr. Mareco (p. 63). Destaca -especialmente- que la aseguradora había



adherido a sus agravios, entre ellos, la sexta crítica por medio de la cual pretende la extensión total de la condena.

Por otro lado, contesta los agravios la parte actora (pp. 672vta./674). Ante todo, pide que se declare desierto el recurso porque considera que el memorial no contiene una crítica concreta y razonada del fallo (art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial, CPCyC).

Subsidiariamente, contesta los agravios a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad, y solicita que se rechace el recurso, con costas.

V.- Recurso de la codemandada, Provincia del Neuquén

A. Agravio

Cuestiona únicamente el monto reconocido en concepto de «incapacidad psicofísica» y pide que se disminuya.

Sostiene que la cuantía de este perjuicio carece de motivación suficiente.

Indica que la conclusión del juez no es una derivación lógica de las bases de cálculo expuestas.

Considera que el monto de este rubro debería ubicarse en el promedio de las conocidas fórmulas «Vuotto» y «Méndez».

Cita fallos de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Neuquén (años 2017 y 2018).

B. Contestación de agravio

En su escrito obrante en las pp. 671/672vta.), la parte actora contesta los agravios de la Provincia del Neuquén, a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad, y solicita que se rechace el recurso, con costas.

VI.- Admisibilidad de los recursos

Entiendo que las tres personas apelantes expusieron los motivos por los cuales estiman que la decisión es equivocada. Por ello, de conformidad con el criterio amplio forjado por nuestro TSJ en los casos «Espinosa» **«Espinosa, Laura Adriana c/**



Murúa, Analía del Valle y otro s/ daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual de particulares», expte. n. 43.443/2015, Acuerdo 13/2020, Sala Civil. y «González» «González, Marcelo Fabián c/ Capex SA s/ despido por causales genéricas», expte. n. 501.559/2013, Acuerdo 26/2021, Sala Laboral., cabe analizar los tres recursos, sin perjuicio de algunas consideraciones puntuales que haré al tratar cada agravio en particular (art. 265 del CPCyC).

VII.- Análisis del recurso del Dr. Mareco

1. El magistrado juzgó que el oblito (gasa olvidada en el interior de la paciente Orellana) ocurrió durante la cesárea del 17/08/2018 en la que intervino el Dr. Mareco, en su condición de médico cirujano.

Arribó a esa solución a partir de estas premisas: **a)** siguió la conclusión vertida por el perito médico oficial; **b)** descartó la impugnación del Dr. Mareco; **c)** le restó eficacia probatoria a los testimonios de Roselli Moreno y Grasso; **d)** resaltó el informe de la tomografía del 14/11/2019, de cara a la ubicación del oblito; **e)** valoró el informe de anatomía patológica y sostuvo que, más allá de la falta de debida rotulación de las muestras, igualmente fueron atribuidas a la actora; y, **f)** no encontró ningún elemento que acredite que durante la laparotomía de vesícula biliar se haya afectado la trompa de Falopio.

2. En sus primeros cinco agravios el Dr. Mareco insiste con que la parte actora no logró demostrar que el oblito ocurrió durante la cesárea en la que él intervino como médico cirujano (17/08/2018). Por el contrario, entiende como acreditado que aquello se produjo en la operación de vesícula (colecistectomía) practicada el día 30/10/2018, donde él no participó.

Así, en tanto estas críticas apuntan a revisar la valoración de la prueba de cara a la formación del juicio de

responsabilidad elaborado por el juez, las analizaré en forma conjunta.

Para una mejor comprensión, resalto que llega firme a esta instancia el hecho de que la Sra. Orellana fue sometida a tres intervenciones quirúrgicas: **1) cesárea (17/08/2018)**: el Dr. Mareco participó como médico cirujano; **2) colecistectomía por videolaparoscopia (30/10/2018)**: extirpación de la vesícula biliar (no intervino el Dr. Mareco); y, **3) laparotomía exploratoria (16/12/2019)**: extracción del oblito y trompa de Falopio derecha (no intervino el Dr. Mareco). Asimismo, todas las prácticas se hicieron en el Hospital público de la ciudad de Chos Malal (titularidad de la Provincia del Neuquén).

En cambio, el foco de la controversia pasa por determinar si el oblito ocurrió durante la primera o la segunda intervención.

3. Una adecuada respuesta a los agravios vuelve imperioso revisar el material probatorio, a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386 del CPCyC).

En este sentido, nuestro Tribunal Superior de Justicia (TSJ) tiene dicho que *«en los juicios de responsabilidad civil médica, la prueba que resulta de fundamental importancia es el informe pericial (cfr. Acuerdo N° 13/20 "Espinosa", del registro de la Secretaría Civil). También la constancia documental que emana de la historia clínica se convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de estos procesos, ya que este medio de prueba permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados conforme a estándares y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho del profesional y el daño (CSJN, Fallos: 324:2689)» «Soto, Elena Ángela Cecilia c/ Provincia del Neuquén y otros/ daños y perjuicios derivados de la responsabilidad por*

el ejercicio profesional», expte. n. 512.329/2016, Acuerdo 1 del 28/02/2024, Sala Civil..

Ahora bien, el perito médico oficial, Dr. Antonio Abraham, sostuvo que el oblito ocurrió durante la cesárea (pp. 476/503). El juez de grado siguió esta afirmación y, por ello, le atribuyó responsabilidad al Dr. Mareco.

Tras una detenida lectura del informe pericial, advierto que el Dr. Abraham apoyó su conclusión en las siguientes premisas:

i) Cesárea: **a.** se utilizan muchas gasas porque hay mucho sangrado; y, **b.** del informe de la tomografía practicada el 14/11/2019 surge que el oblito estaba en íntimo contacto con la pared del fondo uterino (relación de proximidad con la cesárea).

ii) Colecistectomía: **a.** su protocolo quirúrgico no indica que se hayan utilizado gasas para secado; **b.** es excepcional el uso de gasas en las cirugías laparoscópicas; **c.** en caso de usarse gasas, deben ser pequeñas porque deben poder pasar por el trócar que tiene menos de 1cm de diámetro; y, **d.** las gasas que se usan en las laparoscopias quedan cerradas como «bolitas», y ello no se condice con el «dobladillado de gasa» encontrado en la paciente.

iii) Laparotomía exploratoria: **a.** su protocolo quirúrgico indica que el cuerpo extraño estaba adherido a la trompa derecha e íleon, y que de su interior se extrajo «dobladillado de gasa»; **b.** el dolor referido por la paciente y la palpación efectuada por el médico (previo a la cirugía) ubicaban el oblito en flanco derecho; y, **c.** la trompa de Falopio no está situada en el flanco derecho.

A su turno, el Dr. Mareco solicitó que se declare la nulidad de la pericia y se aparte al Dr. Abraham porque no habría informado la fecha de evaluación médica de la actora con suficiente antelación y ello habría impedido que su consultor

técnico participe del acto pericial (p. 508). Sin embargo, en la audiencia de vista de causa, desistió del planteo y acordó con la actora la realización de una nueva evaluación médica a cargo de su propio consultor técnico y con la presencia del Dr. Abraham (ver acta obrante en p. 513).

Con este proceder, es claro que el demandado terminó consintiendo la idoneidad del Dr. Abraham (médico cirujano, especialista en Medicina Legal y Medicina del Trabajo) para confeccionar el informe pericial. Por ello, las consideraciones vertidas en contrario en su quinto agravio devienen improcedentes a esta altura del proceso.

En paralelo con el planteo anterior, el Dr. Mareco también impugnó expresamente el informe pericial médico (pp. 521/27), cuyo contenido resulta similar al informe elaborado por su consultor técnico, Dr. Guillermo Benítez (pp. 542/4). En lo que aquí interesa, sus cuestionamientos consistieron en lo siguiente:

i) Cesárea: **a.** más del 90% del sangrado es aspirado a través de una cánula conectada a un aspirador quirúrgico; **b.** el cirujano solo introduce gasas en la cavidad abdominopelviana una vez suturado el útero y se utilizan compresas de gasas (36x36) o gasas grandes (tipo B o dobladilladas, 30x30cm); **c.** el perito es ambiguo cuando responde la pregunta 1 porque asegura que en la cesárea se utilizan «compresas y gasas», cuando justamente aquí es necesario precisar si se trata de gasas grandes o pequeñas, teniendo en cuenta el tamaño del material que se le habría extraído a la actora; y, **d.** su protocolo quirúrgico tampoco dice que se hayan utilizado gasas para secado (analogía del argumento que el perito utilizó respecto de la colecistectomía).

ii) Colecistectomía: **a.** por el trócar pasan objetos de mayor tamaño, como por ejemplo, la propia vesícula, que en este



caso media 8x2cm; y. **b.** es posible introducir gasas por el trócar a través de una pinza de Grasper.

iii) Laparotomía exploratoria: **a.** el protocolo confeccionado por el Dr. Derewicki (médico que también intervino en la colecistectomía) no precisa las dimensiones de la gasa extraída ni las características de la trompa extirpada; y, **b.** según el informe de anatomía patológica, se extrajeron dos fragmentos de gasas (7x3,5 cm y 9x5 cm), lo que no se condice con «gasas dobladilladas» (30x30cm).

Por último, agrega que, ni en la cesárea ni en la colecistectomía se confeccionó la ficha de enfermería de quirófano donde debería figurar el conteo de gasas entregado y recibido.

En respuesta a las impugnaciones precedentes, el perito médico oficial agregó lo siguiente: **a.** en las laparoscopías, para extraer litos (piedras o cálculos) de un diámetro mayor a 1cm, se utiliza una bolsa o saco de atrapamiento, pero se extraen por tracción, no por dentro del trócar; **b.** ratifica que en la cesárea se utilizaron compresas y gasas; y, **c.** destaca el resultado de la tomografía (ubicación del oblito) para deducir que el olvido ocurrió en la cesárea (pp. 536/538).

4. Como puede apreciarse, para quienes no somos expertos en ciencias médicas, el caso nos enfrenta a un desafío complejo: por un lado, comprender el alcance de los términos empleados y, por el otro, detectar los detalles relevantes y conducentes para la correcta formación de un juicio jurídico acerca de lo ocurrido.

En este sentido, tras un cuidadoso repaso de la pericia médica, la impugnación del Dr. Mareco, la respuesta del perito y el énfasis que el apelante puso en sus agravios, estimo imprescindible dilucidar en qué consistió el oblito y dónde estaba alojado. Ello es así, porque dos de las notas distintivas

entre la cirugía de cesárea y la videolaparoscopia de vesícula, tienen que ver -justamente- con el material que se utiliza en cada una de ellas y su zona de intervención quirúrgica.

5. Oblito

a. En su escrito de demanda, la Sra. Orellana afirmó que el oblito consistió en un dobladillado de gasa o gasa dobladillada (p. 31).

En su contestación de demanda, el Dr. Mareco explicó que durante una cesárea se utilizan gasas o compresas (gasas dobladas varias veces), según las necesidades que van surgiendo. Este reconocimiento expreso (reiterado en la p. 647vta. del memorial) le resta fuerza a la impugnación pericial del Dr. Mareco por la cual pretendía que el perito oficial precise si en una cesárea se utilizan gasas o compresas.

Por otro lado, el juez descartó la utilidad de los testimonios ofrecidos por Stefhanie Daniela Roselli Moreno y Marcelo Eduardo Grasso porque harían referencia a la modalidad de trabajo habitual del Dr. Mareco en el Hospital de Zapala; mientras que en este proceso se analiza su participación en una cirugía practicada en el Hospital de Chos Malal.

En forma genérica coincido con esta valoración, sin embargo, entiendo que hay algunas afirmaciones de los testigos que no tienen que ver con el lugar en el que se ejecutan las prácticas quirúrgicas y que sí son útiles para dilucidar el caso. Por ejemplo, la primera afirmó que durante las cesáreas se usan gasas de 15x15 cm o 20x20 cm. El segundo agregó que, en cambio, en las prácticas quirúrgicas laparoscópicas, se pueden utilizar gasas de hasta 10x10 cm (p. 586vta.).

En línea con lo anterior emerge el testimonio del Dr. Chrichton, médico del Hospital de Chos Malal, quien aseguró que allí utilizan gasas tipo B, que son más grandes que las A; que la gasa B doblada debe medir 10x8 cm y desplegada 30x30 cm; y



que en operaciones de vesícula usan gasas tipo A y B -aunque no en este punto no precisó si se refería a una laparotomía o laparoscopia- (p. 587vta.).

Evidentemente, como lo reconoció el propio Dr. Mareco al contestar demanda, lo afirmó el perito al responder su impugnación y lo sostuvieron los testigos, es correcto afirmar que en una cesárea se utilizan gasas y compresas (gasa doblada varias veces).

b. A su vez, también emerge como una cuestión relevante el hecho de que, durante una laparoscopia, si bien es posible utilizar gasas, éstas son pequeñas, con forma de hisopo (bolita), porque deben poder pasar por el trócar que tiene un 1cm de diámetro.

c. En otro orden, como bien lo destacó el perito médico, en el protocolo quirúrgico de la laparotomía exploratoria (16/11/2019) se dejó asentado expresamente que se había extraído del cuerpo de la paciente «dobladillado de gasa» (p. 487).

La circunstancia apuntada, junto con el resultado de las biopsias practicadas por el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital de Neuquén Dr. Castro Rendón (p. 323), permiten concluir - en el marco de este proceso judicial- que el oblito consistió en «dobladillado de gasa».

No paso por alto la insistencia del Dr. Mareco, en cuanto que los frascos no estaban rotulados. Sin embargo, es evidente que ello no le impidió al Servicio de Anatomía Patológica relacionar esta información con la paciente Orellana (ver los datos existentes en el encabezado del informe, p. 323). Además, no advierto ninguna distinción entre lo analizado por aquel servicio y lo extraído del cuerpo de la actora, que me permita si quiera dudar acerca de que la muestra analizada no se corresponde con el oblito hallado en el cuerpo de la actora.



Tampoco descuido la crítica del Dr. Mareco por medio de la cual pretende restarle valor convictivo al protocolo quirúrgico, por el hecho de haber sido confeccionado por el Dr. Derewicki (el mismo médico cirujano que intervino en la operación de vesícula). Sin embargo, estimo que esta coincidencia no es -por sí sola- suficiente como para debilitar la fuerza probatoria de un asiento efectuado por un profesional de la salud pública, en una historia clínica. Si el Dr. Mareco entendía que esta anotación no era certera, debió cuanto menos acompañar alguna prueba o indicio que así lo demuestre (cosa que no ocurrió).

Por ello, coincidido con el juez de grado cuando atribuyó eficacia probatoria a los informes (más allá de la falta de debida rotulación de los frascos) y al protocolo quirúrgico (más allá de haber sido completado por el Dr. Derewicki).

6. Ubicación del oblito

La otra premisa en la cual el perito basó su conclusión, tiene que ver con la ubicación del oblito. Concretamente, a partir del informe de la tomografía practicada el 14/11/2019, que ubicaba la imagen en íntimo contacto con la pared del fondo uterino, el experto dedujo que el oblito tenía relación de proximidad con la cesárea.

Este razonamiento específico no mereció una impugnación precisa de parte del Dr. Mareco. Esto es, a lo largo de su escrito de impugnación pericial (pp. 521/7) no aprecio ningún cuestionamiento concreto a esta definición.

En estas condiciones, la crítica que el Dr. Mareco realiza ahora en las páginas 636vta. a 642 de su memorial de agravios, deviene claramente extemporánea e inhábil como para variar el sentido de la decisión; entre ellas, su teoría acerca de la migración del oblito, la que tampoco fue introducida como defensa al contestar la demanda (art. 277 del CPCyC).



Sin perjuicio de lo anterior, a fin de brindar una respuesta completa, tampoco le asiste razón al apelante en las consideraciones vertidas sobre este aspecto del fallo.

En efecto, el Dr. Mareco sostiene que el juez utilizó de manera indistinta los términos «pared del fondo uterino» y «cavidad uterina».

Una lectura de la p. 594 de la sentencia me permite visualizar que efectivamente el magistrado refirió a ambas frases. Sin embargo, más allá de la precisión técnica en cuanto al significado de una y otra, no encuentro que su distinción haya inducido a error al sentenciante. Basta para ello remarcar que la fuente de su convicción devino del informe pericial y del resultado de la tomografía, cuyos aspectos pertinentes fueron especialmente transcriptos en la sentencia.

Por otro lado, el apelante indica que el perito y el magistrado soslayaron los informes de las ecografías transabdominal y transvaginal realizadas a la actora el día 24/10/2019. Sin embargo, no logra demostrar que el resultado de estos estudios contradiga el informe de la tomografía practicada veinte días después. Por el contrario, las ecografías también ubicaron al oblito en flanco derecho / fosa iliaca derecha. Para una mejor comprensión, recuerdo que estos son los nombres de dos de los cuadrantes en los que se divide el abdomen (ver gráfico de pp. 90vta. y 496).

Tampoco es conducente para modificar el fallo, el análisis que el apelante propone acerca de la historia clínica confeccionada por el Dr. Pérez, con motivo de la cirugía practicada el 16/12/2019. En lo que aquí interesa, ningún elemento de prueba demostró que el oblito hubiera estado en algún momento en el cuadrante denominado «hipocondrio derecho» (al cual pertenece la vesícula, ver gráfico de pp. 90vta. y 496). Por el contrario, todas las pruebas siempre lo ubicaron en

los cuadrantes flanco derecho / fosa iliaca derecha, este último de donde finalmente fue extraído el 16/12/2019.

7. En síntesis, el material probatorio es suficiente como para forjar convicción (insisto, dentro de los límites de este proceso judicial) en cuanto a que el oblitio ocurrió durante la cesárea en la que intervino el Dr. Mareco como médico cirujano.

Ello es así porque en las cesáreas que se practican en el Hospital de Chos Malal se utilizan gasas tipo B (grande) o dobladillado de gasas, a diferencia de lo que ocurre en una laparoscopia donde se usan gasas pequeñas con forma de bolita, y el oblitio consistió en un «dobladillado de gasa» que estaba adherido a la trompa derecha e íleon (próximo a la zona quirúrgica de la cesárea, no de la vesícula).

8. Resuelto lo atinente a la verificación del hecho dañoso, toca analizar -específicamente- el cuarto agravio por medio del cual el Dr. Mareco criticó su atribución de responsabilidad.

En este sentido, recuerdo que el magistrado le atribuyó responsabilidad al Dr. Mareco en su condición de director del equipo médico que practicó la cesárea donde ocurrió el oblitio. Destacó que, más allá de que sea la instrumentadora la que hace el recuento de gasas, ello no exime al cirujano de la carga de velar por el cumplimiento del protocolo de recuento.

En su memorial, el Dr. Mareco insiste con los deberes de la instrumentadora, pero omite confrontar seriamente las razones expuestas por el sentenciante. Concretamente, que el fundamento de su responsabilidad última por el oblitio radica en su condición de director del equipo médico.

Sobre el particular, tiene dicho la doctrina que *«El Jefe del equipo fiscaliza y controla el cumplimiento que imparta a su personal médico y auxiliar y, asimismo, de que éstos actúan estrictamente dentro de los límites de su autorización siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente*

control de los actos por éstos ejecutados, resultare un daño para terceras personas» **ACHAVAL**, Alfredo. Responsabilidad Civil del médico. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1996, pp. 28, 31, 32, 33, 98/105, 154 y 230; Ley 17.132, art. 19 inc. 9..

En otras palabras, el cirujano responde en su condición de principal respecto del obrar de la instrumentadora (dependiente), de conformidad con lo previsto en el art. 1753 del CCyC.

Por lo demás, el argumento acerca de que él no eligió a sus colaboradores, no es suficiente para liberarse de responsabilidad.

Es que, más allá de que se trata de una defensa que no tampoco fue planteada al contestar la demanda (art. 277 del CPCyC), lo cierto es que tampoco rebate adecuadamente la consideración vertida sobre este punto por el juez de grado (art. 265 del CPCyC).

En efecto, la segunda cita jurisprudencial efectuada por el sentenciante refiere -precisamente- que la ejecución del acto quirúrgico exhibe el consentimiento de su integración en el equipo (más allá de no haber elegido previamente a sus colaboradores).

Además, coincido plenamente con el final de la cita, en cuanto a que, si el cirujano no conocía la diligencia de sus colaboradores, mayor debió haber sido su propia diligencia en verificar el efectivo recuento de gasas (arts. 1725 y 1768 del CCyC).

9. En su sexto agravio el Dr. Mareco critica que la condena extendida a la aseguradora lo sea por el monto máximo dentro de los límites del seguro y pide que sea por el total de la indemnización.



En primer lugar, entiendo que el apelante no efectúa una crítica concreta y razonada de este aspecto del fallo (art. 265 del CPCyC).

Nótese que la decisión del juez encuentra sustento en la previsión legal contenida en el art. 118 de la LS que textualmente dice «... *La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro...*».

Curiosamente, el apelante invoca esta misma disposición como fundamento de su petición, pero no logra demostrar de qué modo la norma le reconocería la prerrogativa que invoca.

Además, la decisión apelada se encuentra en línea con la doctrina de la CSJN, quien tiene dicho que «*La obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente "contractual", y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización "más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato" carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil*» «**Flores**, Lorena Romina c/ Giménez Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)», 06/06/2017, Fallos: 340:765..

En segundo lugar, tampoco encuentro que el apelante hubiere efectuado algún planteo al respecto en oportunidad de contestar la demanda y solicitar la citación en garantía de la aseguradora (art. 277 del CPCyC).

10. En su última queja, el Dr. Mareco cuestiona el monto de condena.



Sin embargo, a mi modo de ver, la crítica es absolutamente insuficiente como para que este tribunal revise el monto de la indemnización reconocida a la actora.

En efecto, el apelante dice que no se demostró la existencia de daños graves y que por ello el juez no debió apartarse del resultado de la fórmula Vuotto.

No obstante, de las constancias de la causa se desprende que el Dr. Mareco consintió el porcentaje de incapacidad reconocido por el perito médico, como consecuencia de la extirpación de la trompa de Falopio derecha. Ello es así porque no impugnó este aspecto del dictamen pericial (ver pp. 521/7).

De ahí que, insistir en esta instancia acerca de la ausencia de daño grave, deviene en un planteo extemporáneo e insuficiente como para modificar el monto de condena con base en ese argumento.

En otro orden, habiendo juzgado previamente que el oblito ocurrió durante la cesárea (17/08/2018), valerse de esa fecha para calcular la indemnización y reconocer intereses, se condice en un todo con lo previsto en el art. 1748 del CCyC. Por ello, también es deficitaria la crítica vertida en este sentido.

Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo rechazar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el codemandado, Dr. Juan Ramón Mareco.

VIII.- Análisis del recurso de la citada en garantía

1. Ante todo, en cuanto la aseguradora había adherido a los agravios vertidos por el Dr. Mareco, cabe estar al análisis y rechazo propiciado precedentemente.

2. Por lo demás, en su primer agravio la aseguradora criticó por elevado el monto reconocido en concepto de daño moral.

A mi modo de ver, la crítica no puede prosperar.



En efecto, el juez de grado tuvo por acreditado que la Sra. Orellana sufrió un padecimiento moral de importancia, fundado en el hecho de haber tenido lesiones incapacitantes, dolores y padecimientos físicos, junto con una profunda perturbación de su espíritu, a una corta edad (25 años).

Asimismo, destacó especialmente que el evento dañoso ha traumatizado a la actora al punto tal de no haber vuelto a engendrar.

Por último, recordó que el art. 1741 del CCyC contempla el criterio por el cual debe fijarse una cuantía que le procure a la víctima alcanzar satisfacciones sustitutivas y compensatorias. Por ello, estimó el monto de este rubro en la suma de \$4.000.000 a valores de la fecha de la sentencia.

La apelante critica por elevada la suma reconocida, pero no expone los argumentos por los cuales arriba a esa calificación. Por el contrario, limita su desarrollo a denunciar una falta de justificación por parte del juez, cuando ello no se condice con lo que se aprecia de la sentencia (art. 265 del CPCyC).

Como puede advertirse, el magistrado individualizó de manera concreta y específica los padecimientos que configuran el perjuicio no patrimonial y dijo tener presente -especialmente- el criterio legal referido a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias.

Sobre el particular, esta Cámara tiene dicho que *«De este modo, la norma obliga a cuantificar el rubro teniendo en cuenta las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan alcanzarse con el monto a fijar. Debe existir una relación razonable entre la suma a reconocer en concepto de daño moral y las satisfacciones que se tengan en miras como parámetro de recompensa del perjuicio.»*

Lo anterior se deriva fundamentalmente del término "ponderar" utilizado por el legislador, y que según la Real



Academia Española, refiere a "determinar el peso de algo, examinar con cuidado algún asunto, contrapesar, equilibrar" (cfr. art. 2 del CCC y <https://dle.rae.es/>)» «Baeza Ignacio Javier c/ Sancor Cooperativa de Seguros Limitada s/ cobro sumarísimo de pesos ley 2268», expte. n. 55981/2018, Acuerdo del 05/10/2021, Sala 2, OAPyG de SMA..

En el caso que nos ocupa, coincido con la valoración efectuada por el sentenciante. Incluso, me permito agregar otra circunstancia que también refuerza la entidad del daño y su cuantía. Es que, como consecuencia del olvido, la actora debió someterse a una nueva cirugía, con todas las incomodidades, padecimientos y riesgos que naturalmente ello significa.

En estas condiciones, considero que no es irrazonable o excesivamente alto el monto fijado por el sentenciante, máxime cuando además implica una suma más o menos similar a la reclamada en la demanda (actualizada), sin que la aseguradora hubiera esbozado en su oportunidad una crítica específica sobre este aspecto del reclamo (se limitó a transcribir fragmentos genéricos de fallos, art. 277 del CPCyC).

En cambio, estimo que el poder de satisfacción del dinero reconocido en la sentencia guarda relación con los displaceres que debió soportar la Sra. Orellana y que -seguramente- continuará padeciendo, en alguna medida, a lo largo de su vida.

Para cerrar el análisis, recuerdo que nuestro TSJ tiene dicho que «Revisar la suficiencia o insuficiencia de la cuantificación del daño moral hecha por los tribunales inferiores, es una tarea que ofrece muchas dificultades y su corrección encuentra justificación sólo en caso de indemnizaciones excesivamente bajas o altas en relación a la realidad económica y las circunstancias del caso. De lo contrario, resulta casi imposible demostrar el error en la decisión del magistrado que justifique la enmienda del fallo»

«Ibáñez Cesar Raúl y otro c/ Provincia del Neuquén s/ responsabilidad del Estado», expte. n. 10586/2018, Sala Procesal Administrativa, Acuerdo n. 71 del 17/09/2021..

3. En su segundo agravio, la aseguradora pretende que la condena se le extienda hasta el importe previsto en la póliza vigente al tiempo del nacimiento de la obligación de indemnizar (17/08/2018).

En mi opinión, esta crítica tampoco puede prosperar.

En primer lugar, cabe estar al modo en que se trabó inicialmente el conflicto. En efecto, como bien lo reconoce la citada en garantía, al comparecer al proceso aceptó la cobertura del siniestro en los términos de la póliza n. 143.609. De ahí que, la decisión lineal de extenderle la condena dentro de los límites previstos en esa póliza, en modo alguno puede constituir un auténtico agravio.

En segundo lugar, es manifiestamente improcedente, a esta altura del proceso, invocar una póliza distinta, cuyo contenido no fue puesto a consideración de las demás partes ni del magistrado, antes de la sentencia de primera instancia (art. 277 del CPCyC). Nótese que, ni siquiera luce en el expediente una copia del documento en cuestión, por lo que su existencia se reduce a una mera afirmación de la apelante.

En tercer y último lugar, destaco que la póliza n. 143.609 era la que estaba vigente al momento de notificación de este reclamo a la aseguradora (marzo/2021, pp. 260/1); fue la que invocó inicialmente y cuyos importes tuvo en cuenta el magistrado.

Asimismo, advierto que dicha póliza contiene la cláusula «claims made», por medio de la cual extendió retroactivamente la cobertura a hechos ocurridos a partir del 01/04/2009 (ver Anexo H y cláusula 5° de las Condiciones Generales, pp. 235vta. y 238vta.).



En tales circunstancias, la decisión de extender la condena dentro de los límites previstos en la póliza n. 143.609, también encuentra fundamento en los términos del propio contrato.

Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA.

IX.- Análisis del recurso de la Provincia del Neuquén

La apelante critica el monto reconocido en concepto de «incapacidad psicofísica» y pide que se disminuya.

Adelanto que el agravio no puede prosperar.

En efecto, para cuantificar este perjuicio, el juez de grado dijo tener presente el resultado de la fórmula de matemática financiera conocida como «Méndez» y aquello que le correspondería a la actora -hipotéticamente- en los términos de la Ley de Riesgos del Trabajo. Apoyó esta decisión en la previsión del art. 1746 del CCyC y en jurisprudencia relevante de esta Cámara de Apelaciones, del TSJ y de la CSJN.

Seguidamente, tuvo en cuenta un ingreso equivalente al Salario Mínimo Vital y Móvil vigente al momento de la sentencia (\$105.500), el porcentaje de incapacidad (28%) y la edad de la actora a la fecha del hecho (25 años). Efectuó el cálculo siguiendo las pautas de la fórmula «Méndez», cuyo resultado fue de \$19.799.012,38 (a valores de la sentencia).

Como puede apreciarse, el juzgador ofreció diferentes razones que sustentan su decisión. Por ello, la afirmación en cuanto a que la suma carece de motivación suficiente no es idónea para revisar el fallo (art. 265 del CPCyC). Si la apelante pretendía seriamente obtener éxito en su pretensión recursiva, tenía la carga de exponer las razones de su disconformidad.

Lo mismo sucede con su apreciación en cuanto a que el resultado seguido por el juez no es una derivación lógica de las

bases del cálculo. Nótese que se trata de una mera afirmación, sin estar acompañada de la mínima demostración (cálculos, argumentación, etc.). Esta insuficiencia en la técnica recursiva, no puede más que perjudicar los intereses de la propia apelante.

Por último, su pedido acerca de que la cuantía de este rubro debería ubicarse en el promedio de las fórmulas «Vuotto» y «Méndez», tampoco encuentra razón alguna.

Como bien lo señaló el magistrado, en materia de reparación de daños en la órbita del derecho civil, no existe obligación legal de sujetar su cuantificación a determinadas fórmulas matemáticas, sino que por el contrario, su uso se erige como una pauta más a la hora ejercer la atribución que el art. 165 del CPCyC le otorga a los jueces, a fin de que el resultado se aleje de la mera discrecionalidad y evite así caer en la arbitrariedad Cfr. TSJ en el caso «**Sampoña** Pablo c/ Asociart ART SA s/ accidente de trabajo con ART», expte. 423964/2010, Sala Civil, Acuerdo n. 20 del 10/12/2019 y CSJN en los casos «**Bergerot**, Ana María c/ Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios», 12/12/2019, Fallos: 342-2198; y «**Ontiveros**, Stella Maris c/ Prevención ART SA y otros s/ accidente», 10/08/2017, Fallos: 340- 1.038..

Lo anterior, es ahora receptado expresamente en el art. 1.746 del CCyC, al señalar los aspectos que deberán valorarse al momento de fijar la indemnización correspondiente en caso de lesiones o incapacidad física o psíquica, tal como estimo que lo hizo el juez de grado.

Por todo lo expuesto propondré al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Provincia del Neuquén.

X.- Decisión, costas y honorarios

En definitiva, propongo al acuerdo lo siguiente:



1. Rechazar los recursos de apelación interpuestos por los demandados -Dr. Juan Ramón Mareco y Provincia del Neuquén- y por la citada en garantía -Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA-.

2. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, a excepción de las generadas por la intervención de la parte actora, las que serán soportadas por los tres apelantes vencidos (arts. 68 del CPCyC).

3. Diferir la regulación de honorarios de esta instancia, para una vez que se encuentren fijados los de la instancia anterior (art. 15 de la Ley 1594). **Mi voto.**

El **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

Comparto los fundamentos y conclusiones que propicia la Sra. Vocal que abre el Acuerdo, por lo que adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido. **Así voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, por mayoría

RESUELVE:

I.- Rechazar los recursos de apelación interpuestos por los demandados -Dr. Juan Ramón Mareco y Provincia del Neuquén- y por la citada en garantía -Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA-.

II.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, a excepción de las generadas por la intervención de la parte actora, las que serán soportadas por los tres apelantes vencidos (arts. 68 del CPCyC).



III.- Diferir la regulación de honorarios de esta instancia, para una vez que se encuentren fijados los de la instancia anterior (art. 15 de la Ley 1594).

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes, y oportunamente remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Nancy Noemí Vielma
Jueza de Cámara

Dr. Pablo G. Furlotti
Juez de Cámara

Dra. María Gabriela Juárez
Secretaria Subrogante

Se deja constancia que la presente sentencia ha sido firmada digitalmente por los Dres. Nancy Noemí Vielma y Pablo G. Furlotti, como así también por la suscripta, y conforme surge del margen superior izquierdo de fs. y constancia del sistema informático Dextra. Asimismo se protocolizó conforme a lo ordenado. Conste.

Dra. María Gabriela Juárez
Secretaria Subrogante