

En la ciudad de General Roca, a los días 17 de mayo de 2022. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "FORNERON CLAUDIA FERNANDA C/ HERRERA LOPEZ FRANCISCO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) " (Expte. N 24816/16), venidos del Juzgado Civil N° Treinta y Uno, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO:

I.1.- Viene al acuerdo el expediente a los efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha de febrero de 2020, que rechazó con costas a su cargo, la demanda de daños y perjuicios que interpusiera contra el médico Herrera López e Instituto Médico Patagónico S.A.

I.2.- Cabe recordar que en el trámite del recurso convocamos a dar explicaciones, a las partes y a la perito médica que interviniera en la causa, así como también, que se requirió a la instancia de origen la remisión del original del instrumento por el que se sostiene que la actora prestó el consentimiento informado para la intervención quirúrgica que le realizara el demandado en el nosocomio también demandado.

Tanto la expresión de agravios como sus contestaciones fueron ingresadas por MEED e incorporadas al SEON.

I.3.- Siendo que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320) y por razones de brevedad, he de omitir transcribir o referenciar con precisión lo expuesto en la expresión de agravios y los escritos de contestación, remitiéndome a la lectura de las piezas respectivas. Haré si más adelante mención -con una adecuada síntesis de los agravios- al escrito que sustenta el recurso, de modo de permitir comprender plenamente el sentido de mi voto.

TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN:

II.1.1.- Como un primer agravio, expresa el recurrente que: 'Más allá de las particularidades del dictamen pericial médico que fue oportunamente observado y cuyas falencias son evidentes -conforme lo detallaré oportunamente- en este punto del Recurso corresponde analizar la cuestión del riesgo propio de la intervención quirúrgica

y cómo ello es introducido en la Sentencia cuando no formó parte de las alegaciones del médico demandado al contestar la demanda'' .

Refiere que el médico demandado sostuvo para solicitar el rechazo de la demanda que: ''1ro. La actora no respetó las prescripciones indicadas por él durante el período postoperatorio; 2do. Que la paciente nunca manifestó dolor durante los exámenes posteriores a la intervención quirúrgica fallida; 3ro. Que la accionante abandonó el tratamiento médico para atenderse con otro profesional, y por último; 4to. Que la obligación del médico es de medios y no de resultado'', habiendo la juzgadora a partir del dictamen de la perito Dra. Alicia Rendon, incluido el riesgo propio de la intervención quirúrgica como factor para desligar de responsabilidad al médico y rechazar la demanda.

Sostiene que ''Solamente la Clínica demandada ?IMEPA de Choele Choel- hizo una referencia vaga al alea propia del procedimiento médico en el párrafo 5º del capítulo V de su contestación, pero de ninguna manera planteó que la rotura de las articulaciones de ambos pulgares formara parte del riesgo propio de la intervención quirúrgica como lo resuelve la Sentencia cuestionada''.

Expresa que ''Al hacer emerger ahora en la Sentencia el ?nunca alegado por el demandado- riesgo propio de la intervención lo que hizo la Sentenciante fue violentar el principio de congruencia, y afectando el derecho de defensa de la actora, agregando un argumento exculpatorio que parece responder a esa tradición de juzgamiento condescendiente con los médicos y que condujo por mucho tiempo a lo que Mosset Iturraspe denominó la 'responsabilidad profesional eufemística' meramente declarada pero inexistente en la realidad judicial''.

Los argumentos en este punto son extensos con profusas citas doctrinarias y jurisprudenciales, reiterando entonces mi remisión a la lectura de la expresión de agravios.

II.1.2.1.- Se coincide con la parte actora en este punto. El Dr. Herrera López en momento alguno alegó que hubiere acontecido un riesgo propio de la intervención quirúrgica que, por otro lado y tal como me explayaré más adelante, en momento alguno le informó a su paciente.

Por el contrario, en su contestación de demanda atribuyó los problemas de la actora a no respetar sus prescripciones en la etapa quirúrgica y de rehabilitación. Particularmente repárese en el punto III.a del escrito de contestación de demanda (fs. 146 vta.) cuando expone: ''... pondré en conocimiento de V.S. Que la intervención quirúrgica celebrada

se realizó en función de una malformación (deformación) de nacimiento. Por lo cual mal puede, el suscripto, haber provocado, la lesión que manifiesta o deformación. Es decir que la corrección se realizó y el mismo se hizo con éxito'' (todos los subrayados me pertenecen).

Se tiene entonces que para el demandado la cirugía resultó exitosa, lo que es incompatible con la ocurrencia de un riesgo propio de ésta, estando fuera de discusión que los especialistas han considerado 'fallida' aquella primera intervención, habiendo tenido que reconstruirse la articulación dañada en ambos pies.

II.1.2.2.- En la sentencia apelada se incurre en violación del principio de congruencia al resolverse fuera de los términos de la relación procesal, vicio que conlleva su nulidad.

Viene al caso la doctrina sentada por nuestro cívico tribunal provincial en sentencia de fecha 21/11/2012 dictada en expediente N° 25791/12-STJ, reiterada en otros muchos más recientes. Dijo en tal oportunidad el Superior Tribunal y consideramos de aplicación al caso que, 'de lo expuesto surge sin hesitación una cuestión gravitante, cual es la violación y/o transgresión, por los Jueces, de la obligación de atenerse a las alegaciones, fundamentos y argumentaciones, defensas y puntos de ataque explicitados al inicio del proceso, que conforman lo que procesalmente se denomina 'la traba de la litis', cuyo campus precisamente queda limitado y ceñido a ese conjunto de recíproca exposición de cada posición en conflicto... En tal sentido, Augusto M. Morello ha sostenido que los Jueces '...en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis.... Han de aplicar los preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, pero ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tienen raigambre constitucional, lo mismo que el principio de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, Constitución Nacional), asegurado por el Código procesal al tratar sobre los deberes de los jueces... (conf. Morello, 'Códigos Procesales en lo Civil y Comercial', T. II - C, ps. 75/76). Y Palacio se ha expresado en el mismo sentido al afirmar que: '... Se halla afectado de incongruencia el fallo que se pronuncia sobre materia extraña a la que fue objeto de la pretensión y de la oposición ('net eat iudex extra petita partium'), concediendo o negando lo que ninguna de las partes reclamó' (conf. Palacio, 'Derecho Proc. Civil', T. V, pág. 434). También se ha dicho que: 'el principio de congruencia, establecido en el art. 163, inc. 6° del Código Procesal, comprende la conformidad que

debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto e impiden al juez fallar alterando o modificando las pretensiones formuladas por las partes, pues el referido principio determina el límite de lo pretendido y lo resistido´ (conf. Osvaldo Alfredo Gozaíni, ´Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado´, Tº I, págs. 461/462); ´La congruencia es la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Más que un principio jurídico se trata de ´un postulado de lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento´. Por la aplicación de tal postulado, la sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada. La incongruencia constituye pues una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia...´ (conf. Fenochietto - Arazi, ´Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación´, T. I, pág. 138)´´.

Así también se ha expresado el STJ a partir del voto del Dr. Aparcian (ver sentencia de fecha 29/7/2014 correspondiente al Expte. 27014/14): ´La llamada ´litis contestatio´ que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la ´relación procesal´, es el fundamento y principio del juicio; esto es, la columna del proceso, base y piedra angular del juicio. Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la ´demanda´ y su ´contestación´. En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal), el segundo delimita el ´thema decidendum´ y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia(arts. 34, inc. 4º y 163, inc. 6º del mismo cuerpo legal). Integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio ´calificadas según correspondiere por ley´ (art. 163 inc. 6\*, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino ´iuria curia novit´ (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313, 10.-346, entre muchos otros). Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente

invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- ´ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición´ (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros). Es por ello que si la demandada (y la citada en garantía) pretenden ampliar y/o modificar en el alegato y en la expresión de agravios los hechos argumentados en la contestación de la demanda como defensa al progreso de la acción, los Jueces no pueden, aún cuando considerasen que tales hechos tardíamente alegados reflejan la realidad de los acontecimientos sucedidos, alterar los límites de los presupuestos en la causa, pues de tal modo se violaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte´´.

Precisamente esto último que he subrayado es lo que ha ocurrido en la instancia de origen pues claramente el demandado Herrera López en momento alguno admitió que la cirugía resultara fallida (no fuera exitosa), ni mucho menos invocó el acaecimiento de un riesgo propio de la práctica, que hubiere sido informado a la actora.

Y desde tal perspectiva, al menos en lo que respecta a él y su aseguradora, no puede considerarse tal defensa. Tampoco cabe en mi opinión considerarla en relación a IMEPA desde que no hubo adecuada precisión al respecto en el respectivo escrito de contestación de demanda, como bien se sostiene en la expresión de agravios. Y, si eventualmente se sostuviera que esta última sí introdujo tal defensa, cabría tratar de modo distinto a ambas demandadas y sus aseguradoras en tanto no converge un consorcio pasivo necesario.

Cabe señalar que conforme criterio fijado por el Superior Tribunal en el precedente ´Sánchez c/ Provincia de Río Negro´(sentencia de fecha 30/10/2014 correspondiente al Expte. N° 27182/14-STJ, siendo un consorcio pasivo facultativo, las defensas de uno de los litisconsortes no benefician a los restantes. y Guspamar la condena no es otra que la que la dictada por esta Cámara de apelaciones. dijo en aquella oportunidad sin disidencias que: ´´... los actos de cada litisconsorte son independientes en sus efectos de los restantes, tanto en el ataque como en la defensa, de manera que unos pueden allanarse y sufrir condena los otros, ser rebeldes unos y otros no, apelar una parte y

consentir otros la sentencia. Hay, pues, en lo principal y durante todo el desarrollo del juicio, una verdadera independencia en la situación procesal de cada partícipe, por lo que no debe extrañar que los alcances de la sentencia y los resultados del proceso en sí sean distintos con respecto a cada litisconsorte (ob. t. y pág. cit.) ... No puede confundirse, por otra parte, la necesidad de evitar sentencias contradictorias (fundamento de la acumulación) con la posibilidad antes expresada de que la sentencia única no sea necesariamente igual respecto de cada litisconsorte''.

II.2.1.- Como un segundo agravio, se sostiene que 'La Sentencia se desentiende de analizar todo el plexo probatorio en conjunto, sobrevalorando las conclusiones del dictamen pericial médico, que es deficitario, parcial y subjetivo''.

Se expresa que ''la intervención del 19 de agosto de 2014 fue una intervención mal realizada, desacertada. Es un hecho probado: el médico se excedió al aserrar la articulación de los dedos pulgares. Agravó su error con un despreocupado control postoperatorio''.

Se cuestiona la sentencia porque ''únicamente repara en el dictamen pericial médico de Alicia Rendón cuando este fue cuestionado por la actora por ser un dictamen emitido sin objetividad, intentando en todo momento favorecer la posición del médico codemandado''.

Se afirma que 'La pericia es totalmente subjetiva y no aborda los puntos propuestos eludiendo incluso explicaciones en lenguaje común que se le solicitaban, como lo hace con los puntos 2º y 3º cuando se le solicitó una descripción de la intervención quirúrgica realizada a Claudia Forneron, aclarándole que tenía que describir en qué consistía la intervención. La médica, en vez de explicar el procedimiento, responde el punto con la escueta expresión: 'osteotomía' pero no explica en lenguaje común, en qué consiste esta intervención y lo hace así deliberadamente, porque de contestar el punto como se le pedía, tenía que explicar la causa del daño y decir con palabras simples 'para los no médicos' que el procedimiento consistía en 'cortar el hueso' es decir en 'aserrarlo'. Ahí estaba la causa del desacierto de la intervención quirúrgica, porque al aserrar excesivamente el hueso, el médico dañó la articulación del pie. La médica evita aclarar el procedimiento y pone todo su empeño en ocultar esto con el fin de beneficiar a su colega.

Estas irregularidades en el dictamen se reiteran en los puntos 13º y 14º y la Sentencia debió advertirlo: no explica cuál fue la causa de la falta de surco con luxación dorsal de falange. Con igual actitud defensiva del médico responde el punto 4º y 5º del

cuestionario de la actora. Se le solicita que se expida sobre el resultado de la intervención quirúrgica y si esa intervención es idónea por sí misma para producir un efecto dañoso. Al responder estos puntos abiertamente realiza una defensa del médico codemandado, porque en lugar de decir si era o no era un procedimiento susceptible de producir un daño ¿que era lo que se le solicitaba- directamente patrocina al médico codemandado diciendo que diagnóstico y tratamiento estuvieron dentro de la práctica habitual. Esta es una omisión que deja en una laguna al punto pericial sobre el que se le pidió opinión, intentando trastocar el significado de lo que se plantea: se le pide que se expida sobre la idoneidad del procedimiento para producir un daño y la experta desarrolla que el procedimiento es uno de los que habitualmente se utiliza, erigiendo así al dictamen en un diálogo de sordos, donde se propone un punto concreto por la parte pero se responde otra cosa, que no tiene relación con ese punto. Dice además el dictamen que la atención fue la que le hubieran brindado en cualquier otro establecimiento y/o profesional, suministrando gratuitamente un estándar jurídico que nadie le pedía, como si fuera la Defensora del médico codemandado, o peor, como si estuviera llamada a dictar Sentencia, excediéndose totalmente en su función de experta que debe dictaminar. Este dictamen fue oportunamente observado, pero la médica menospreció la observación por no estar firmada por otro médico, lo que en definitiva sólo refuerza mi convicción de que la inspiró para su trabajo una intención de defensa corporativa de su colega.

Siendo tan abiertamente parcial y subjetivo el dictamen de la perito Rendón no debió ser tenido en cuenta como la prueba dirimente (´concluyente´ dice la Sentencia) por parte de la Sra. Juez de Primera Instancia. Sentencia cuestionada únicamente se centra en esta prueba que no es objetiva ni es completa, que invade incumbencias de la Jurisdicción y que ni siquiera aborda otro cuestionamiento esencial realizado en la demanda al médico codemandado sobre el que debía expedirse la experta: el seguimiento durante el postoperatorio, sobre el que me refiero en el próximo punto´´.

II.2.2.- Coincido con los cuestionamientos formulados por el recurrente, así como los expuestos con mayor detalle al impugnar el informe. Impugnación que cabe resaltar, jamás fue atendida por la perito como hubiera correspondido, exteriorizando un claro incumplimiento de su deber como tal.

La sentencia se apoya esencialmente en el informe pericial de la Dra. Rendón y la existencia de consentimiento para la práctica médica, llegando incluso hasta cuestionar de algún modo a la actora por la carencia de la opinión de un especialista como había

sugerido el médico forense Dr. Hamdam al realizar el informe pericial en la causa penal. Es claro que no acuerda mayor significación a la opinión del forense y, en mi opinión lo más importante, la juzgadora no se detuvo en la impugnación del informe de la Dra. Rendón que hiciera la parte actora y la respuesta de ésta, que claramente exterioriza el incumplimiento de su labor.

Pidiendo desde ya disculpas por la extensión, estimo necesario transcribir el escrito de impugnación en lo esencial, así como también lo expuesto por la perito al evacuar el traslado de tal pieza.

#### LA IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL:

##### 1.- OBSERVACIONES EN GENERAL

El dictamen pericial agregado es observado por tres motivos generales que menciono en forma preliminar:

No responde la Perito a muchos de los puntos solicitados por esta parte actora. En algunas ocasiones -que se señalan específicamente más abajo- lo hace sin abordar en profundidad las cuestiones sobre las que se pide su opinión científica. Se señala también puntualmente que en algunas de las respuestas la Perito contradice otras pruebas concretas ya arrimadas al juicio.

En segundo lugar, la opinión evidencia falta de objetividad que debe guardar un dictamen de estas características intentando favorecer al demandado o mejorar su situación en el juicio omitiendo abordar las cuestiones planteadas, como cuando se le solicita que se expida sobre el tratamiento médico durante el período post operatorio.

Por último, el dictamen avanza sobre conceptos ajenos a la medicina y que son privativos del conocimiento jurídico, tal lo que ocurre con la calificación de lo que es ?mala praxis? invadiendo así una potestad que exclusivamente corresponde a V.S. como lo es calificar la conducta del co-demandado Dr. Herrera y determinar si hubo o no responsabilidad del médico.

##### 2.- OBSERVACIONES ESPECÍFICAS AL DICTAMEN PERICIAL.

La Perito desconoce el interrogatorio ofrecido por la parte actora, sin responder a la mayoría de los puntos de pericia oportunamente propuestos. Los puntos 2 a 9 del interrogatorio ?respondidos muy escuetamente por la perito médico- fueron redactados para acreditar en autos en qué consistió el tratamiento realizado a la paciente y como fue la actuación médica posterior a la intervención, para así poder determinar en su momento si la atención fue ajustada a los deberes médicos o si el médico no cumplió sus deberes y obligaciones frente a la paciente. En concreto, en el punto 3 propuesto por

la actora se le pide a la Perito Médica que aborde en qué consistió el procedimiento quirúrgico realizado sobre los pies de la actora en fecha 19 de agosto de 2014 por el médico demandado. La experta responde que se trata de una "osteotomía" sin explicar en qué consiste este procedimiento lo que resulta fundamental porque es el origen del padecimiento de la accionante. Si la osteotomía es la sección o corte de un hueso debió explicarlo de esa forma la perito ya que las explicaciones del experto deben ser claras para poder iluminar a V.S sobre el concepto médico con lenguaje común. En el juicio se discute si al realizar ese procedimiento -cortar el hueso- el médico demandado dañó -o no- la articulación del dedo gordo del pie de la actora, es decir si el tratamiento fue "o no- el adecuado. Además, si luego de la intervención cumplió con su deber de brindar a la paciente toda la información o si la hizo demorar injustificadamente por no reconocer su error. La Perito Médica debió detallar que el procedimiento médico consistía en cortar parte del hueso de los pies de la actora y no sólo limitarse a transcribir el nombre técnico del procedimiento. En el punto 4 se le pide a la Perito que Informe cuál fue el resultado de la intervención quirúrgica de fecha 19 de agosto de 2014 según surge de los certificados médicos, informes, estudios, fotografías y demás constancias de la causa y en el punto 5 se le solicita a la médica que indique si la intervención quirúrgica realizada fue idónea por sí misma para producir un efecto dañoso en la paciente. La perito médica responde "cirugía fallida" por Hallux Valgus bilateral del 19/08/2014 y luego "sin abordar la cuestión propuesta- elude totalmente la respuesta al punto y dice que "en el caso analizado, diagnóstico y tratamientos instaurados estuvieron dentro de la práctica médica habitual, es decir se brindó la atención que hubiera dispensado la media de los profesionales en iguales circunstancias de tiempo, modo y lugar". La perito no responde en absoluto al punto propuesto que puede ser expresado de una manera más simple: La intervención quirúrgica del Dr. Herrera? ¿causó un daño a la paciente? Surge de las radiografías y de los informes médicos acompañados que con el procedimiento de la osteotomía "corte del hueso- se dañó la capsula articular del dedo gordo del pie, pero la perito no lo dice en ningún momento, no obstante que fueron agregadas fotografías, radiografías e informe de los Dres. Ramallo, Sotelano, Devoto y Miguelez sugiriendo "cirugía de rescate" y "reconstrucción articular" respectivamente. La respuesta de la perito es oscura y equívoca sin abordar la cuestión propuesta en el punto por la parte actora: debió hacer una referencia a la cuestión concreta que surge de esos puntos, es decir, si al cortar el hueso el médico dañó -o no dañó- la articulación de la paciente. Una respuesta genérica y ambigua -como la brindada- no aporta ninguna

explicación concreta en el punto, pero además invade una cuestión que corresponde a la Sra. Juez abordar como lo es el comportamiento del médico frente al estándar de conducta esperado por parte del médico demandado. Si realmente brindó el demandado una atención médica adecuada que hubiera dispensado otro profesional en iguales circunstancias es algo que corresponde determinar a V.S en la Sentencia y no a la Perito a quien se le consultaba otra cosa en los puntos 5 y 6 propuestos. Esta respuesta evidencia una intención clara de defensa del médico, de favorecer al colega demandado en el juicio, eludiendo responder lo que concretamente le exigía el punto. Con los puntos 6, 7, 8 y 9 del cuestionario propuesto se aborda el período del post operatorio. Estos puntos son fundamentales para dilucidar la responsabilidad del médico demandado porque los deberes del médico se sitúan en tres momentos diferentes: 1ro. antes de comenzar el tratamiento o intervención, 2do. Durante la realización de ésta y 3ro. Después de concluida la intervención. Estos puntos son cruciales para la determinación de la existencia de responsabilidad porque está acreditado que la actora desde antes del 19 agosto de 2014 ?fecha de la intervención- hasta junio de 2015 ?en que realiza una interconsulta- únicamente fue atendida por el médico demandado, asistiendo a consultas cada diez días aproximadamente para que el médico controlara la evolución. Está acreditado que la paciente refería intenso dolor en este período, no caminaba correctamente porque no podía apoyar el pie, tomaba calmantes y no mejoraba. No respondía al tratamiento de rehabilitación el que tuvo que interrumpir porque los mismos profesionales encargados de la rehabilitación entendían que no podía continuar así, ya que no podían tocar el pie de la actora sin que esta manifestara intenso dolor. Habiéndose determinado con prueba documental, testimonial e informativa que era imprescindible una ?cirugía de rescate? o una ?cirugía de reconstrucción articular? por haber dañado la articulación con la primera intervención, surge la pregunta de cuál fue la razón o el motivo por la que el médico demandado que supuestamente ?controlaba? cada diez días durante más de diez meses la evolución de la paciente con posterioridad a la intervención, nunca le informó que la intervención había fallado. Estando fuera de discusión que la primera intervención había dañado la articulación?¿por qué motivo el médico demandado retuvo a la paciente frente a su reclamo de dolor y recién en febrero de 2015 ordenó realizar una tomografía?. La perito no hace ninguna referencia al post operatorio de la paciente y al control que debió efectuar el médico demandado. Durante el período del post operatorio mediato y lejano ?está acreditado que se extendió por más de diez meses- la paciente tuvo contacto

regular con el médico demandado y al no responder correctamente estos puntos de pericia se omite información esencial para aclarar qué fue lo que ocurrió en ese período y por qué demoraba decirle la verdad a la paciente con respecto al daño que se había causado a la articulación con la cirugía. El deber de información del médico frente a la paciente no terminaba con la intervención quirúrgica sino que se extendía al post operatorio y es por esto que responder estos puntos con claridad resulta fundamental para determinar si el médico cumplió su deber de brindar a la paciente un tratamiento adecuado y sin demoras. Puede ser correcto lo que la perito médica dice en cuanto a que no siempre se logra el resultado querido y que en algún porcentaje que se estima en el dictamen- es necesario intervenir nuevamente al paciente, pero el médico siempre debe decir la verdad a la paciente, informar adecuadamente si hubo un daño no querido al realizar el procedimiento y permitirle a la paciente que realice sin demora una interconsulta para no perder valioso tiempo cuando está en juego su salud y bienestar. Al responder el punto 10 referido a si las secuelas de la paciente son consecuencia de la intervención quirúrgica, la Perito Médica responde con una explicación general referida a la frecuencia de las complicaciones en el tobillo y el pie, pero no es lo que se le solicitó. Dice la Perito Médica que: "la artrodesis es el final de aquellos procesos dolorosos e invalidantes. Supone la supresión del movimiento de la articulación como consecuencia de la fijación de la misma en posición funcional mediante una intervención quirúrgica. La artrodesis no supone una pérdida importante de las actividades de la vida cotidiana si se compara con las limitaciones que ocasiona el dolor. Es más útil no poseer el movimiento de una articulación y no tener dolor que poseer una articulación móvil pero dolorosa sobre todo si esta debe ser sometida a un estrés continuo como es el peso del propio cuerpo sobre el tobillo y el pie y los derivados de la vida cotidiana (deambulación, subir y bajar escaleras, correr, saltar. O por las exigencias de la actividad laboral. Por ende las secuelas de la paciente son consecuencia de la complejidad del tratamiento del Hallux valgus" Corresponde destacar que desde la intervención quirúrgica la paciente comenzó a tener un intenso dolor y así se lo manifestó al médico demandado. Los síntomas anteriores a la operación eran sólo molestias. Fue a partir la intervención que al dañar la articulación- perdió la posibilidad del movimiento y sentía intenso dolor con las consecuencias que trajo aparejado esto en su vida cotidiana. La intervención quirúrgica no tenía por objeto que la paciente perdiera el movimiento del pie. Tampoco tenía como objetivo perder el movimiento y además sufrir dolor. Ese fue el lamentable resultado obtenido con la

intervención del Dr. Herrera. La Perito médico no consigna lo ocurrido: la rotura de la cápsula articular del dedo de la actora es producto de la intervención quirúrgica así como no brindar la atención correspondiente durante el post operatorio ordenando tercamente un tratamiento kinesiológico que no era el adecuado para recuperar la articulación o reconstruirla. A esto se refieren los puntos 13 y 14 cuando se consulta a la experta por la falta de surco con luxación dorsal de falange del pie izquierdo. La luxación tal como informa la Perito- es la total pérdida de contacto entre las superficies articulares pero omite responder con claridad que ese fue el resultado de la intervención quirúrgica del médico codemandado en autos. Otra inconsistencia surge del consentimiento informado que integra la historia clínica de la paciente cuyo análisis se le solicita a la Perito en el punto 23. El consentimiento informado tiene un agregado llamativo que la Perito debió señalar. Se consigna con birome un agregado que despierta suspicacias porque dice "procedimiento quirúrgico complejo de ambos pies" cuando la Historia Clínica no debe tener tachaduras, agregados, etc?y precisamente parece un agregado tendiente a dejar constancia de la asunción de un riesgo mayor por parte de la paciente a la que se le había transmitido que la osteotomía consistía en un procedimiento quirúrgico sencillo. Por último, la conclusión de que la actora no padece incapacidad alguna y que sólo sufrió una lesión estética resulta improbable y absurda por encontrarse totalmente desvirtuada por otras pruebas arrimadas a la causa. Si la actora no hubiera sufrido incapacidad ¿por qué otros Especialistas en Traumatología certificaron dolor y claudicación de la marcha? Tuvo que someterse a estudios y a una nueva cirugía para reconstruir una articulación que había sido dañada con la osteotomía previa llevada a cabo por el Dr. Herrera. Si la lesión no producía dolor ni incapacidad la accionante no hubiera tenido que consultar a otros profesionales en Bahía Blanca (Bs. As) Dr. Ramallo- o a Ciudad de Buenos Aires al Hospital Italiano -donde fue atendida por el Dr. Sotelano e intervenida por el Dr. Devoto- consumir calmantes y relajantes para poder dormir, abandonado actividades recreativas y tomar licencia en su trabajo, sufriendo intenso dolor y con renga -claudicación de la marcha- tal como se encuentra documentado. Con posterioridad a la intervención del médico demandado, el informe de Análisis Biomecánica en la marcha del 30 de septiembre de 2014 agregado al legajo, consigna en forma expresa: "cirugía de Hallux valgus bilataeral hace un mes y medio?molestias, inflamación, dolor en cabeza metatarsal derecha 1 y cabeza metatarsal izquierda 1. Ambos pies vencidos, ambos antepies aductos. Ambos mediopies: arco interno neutro. Ambos retopies: Varo: Metatarsianos vencidos?Tiene

plantillas pero no las puede usar?? Nicolás RAMALLO: certifica: ??dolor e inestabilidad metatarso falángica?? en fecha 11.05.2015 el mismo médico: ??paciente operada de Hallux Valgus presenta secuela: falta de surco con luxación dorsal de falange pie izquierdo. Solicito cirugía de rescate?? El Dr. Soteno en fecha 15.01.2016: ??desviación del primer dedo alejándose de la línea media del cuerpo con cierta rotación del mismo en el plano frontal?? Frente a este panorama V.S. no está obligada a seguir el dictamen pericial y deberá apreciar el mérito de la prueba según su criterio confrontándola con las demás constancias y teniendo en cuenta las presunciones. Dice Mosset Iturraspe que no puede ser de otra manera ya que no hay un fuero especial para médicos? Otorgar al dictamen la fuerza o el valor de una Sentencia equivaldría a crear un fuero privilegiado. Y a la razón aludida -necesidad de juzgar el hecho médico según el criterio de los jueces naturales- se une la parcialidad tantas veces puesta en evidencia por los peritos médicos. Los jueces están lógicamente prevenidos frente a esta actitud de ?defensa?, ?complicidad? o ?protección? que, como hemos señalado, hace tanto mal a la ciencia médica? Mosset Iturraspe ? Piedecasa Responsabilidad de los Profesionales, Ed. Rubinzal-Culzoni, T° VIII, pág. 470. En los términos en que fue presentado el Dictamen Pericial no puede tener eficacia probatoria ya que no encuentra corroboración con ninguno de los demás elementos probatorios ya arrojados a la causa por lo que se solicita a V.S que tenga en cuenta estas observaciones al dictamen al momento de dictar Sentencia''.

#### LA RESPUESTA DE LA PERITO:

Lejos de completar la pericia contestando los puntos que había omitido, aclarando aquello que genera dudas -especialmente el significado de terminología médica- y eventualmente refutando las observaciones de la parte actora, la Dra. Rendón se limita a cuestionar el escrito de impugnación y ratificar su informe en los siguientes términos que también copio textualmente: ''La impugnación realizada carece de firma de un especialista en medicina legal debidamente matriculado. Que los argumentos esgrimidos por la parte que impugna carecen de ella consistencia necesaria y no son separadores de informe presentado si hacen poner en crisis las conclusiones arribadas por este profesional. El informe producido por profesional que suscribe cumple, de manera sobrada con los requerimientos solicitados, explayándose sobre los puntos periciales señalados con absoluta claridad despojado de toda vaguedad o ambigüedad y que no adolece de los supuestos de nulidad del informe pericial. Por lo que ratifico el informe pericial presentado''.

II.2.3.- Como dije, coincido con los planteos de la parte actora. Con el análisis que realiza de las respuestas consignadas por la Dra. Rendón en su informe, y fundamentalmente con las ausencias de respuesta que resalta en cada caso.

Aquello que ´diagnóstico y tratamiento estuvieron dentro de la práctica habitual´, es un latiguillo que se repite y que encubre la respuesta que se debiera haber dado, precisando lo que efectivamente ocurrió en el caso.

Por suerte el concepto de osteotomía aunque pertenece al lenguaje técnico médico, no es difícil de comprender con ayuda de Internet, siendo claro que la perito debió haber dicho que era el corte de huesos, cuanto menos en oportunidad de responder el traslado del escrito de impugnación. Mas no aclaró esto, como tampoco respondió a los otros interrogantes hechos por el letrado de la parte actora, argumentando que no lo asistió un profesional médico.

En modo alguno se exige la asistencia de consultores de parte y precisamente los peritos están entre otras cosas, para aclarar al tribunal y a las partes sobre una materia que les es ajena, debiendo -sin menoscabo del lenguaje técnico- utilizar también aquél que pueda ser comprendido por legos o no profesionales. Por otra parte, cuestionamientos como los que realizara la perito en la presentación que hemos transcripto, en todo caso corresponde a las partes y el tribunal pero no al perito.

En otro orden no puede la profesional desconocer las dificultades que en general tienen los actores para contar con médicos que colaboren con ellos en casos de mala praxis. Esta es una realidad que no podemos soslayar y así lo hemos expuesto recientemente en el caso ´Ortiz´ (sentencia de fecha 22/02/2022 correspondiente al Expte. N° A-2RO-576-C1-15, en el que expresamos: ´´De ordinario los procesos en los que se juzga la responsabilidad médica, resultan complejos y más aún en medios relativamente pequeños como el nuestro. las grandes urbes con infinidad de profesionales que no se conocen entre sí y variadas instituciones asistenciales y académicas, los recursos humanos para el abordaje del caso desde la experticia médica -peritos, consultores y asesores de parte- suelen ser suficientes. No ocurre lo mismo en medios más pequeños como el nuestro, llegando incluso para el actor neófito muchas veces directamente imposible conseguir adecuada asistencia profesional médica para el juicio. Es algo que hemos siempre de ponderar procurando solución especialmente mediante la aplicación de la regla de la carga dinámica de la prueba. En este tipo de causas es necesario que tanto las partes como fundamentalmente el tribunal sean adecuadamente nutridos de información objetiva sobre tan compleja ciencia que le es ajena -la medicina- de modo

de tener reales oportunidades de arribar a una decisión razonablemente fundada y con aspiraciones de justa. Sin esta información, desde luego que podrá haber un fallo pero a lo sumo con una fundamentación aparente cuya eventual justicia será exclusivamente aleatoria...''.

II.2.4.- Se concuerda entonces con la parte actora en cuanto a que no debiera habersele asignado al informe de la Dra. Rendón mayor significación y menos aún fallar siguiendo tal exposición, porque además de resultar incompleto y ausente de adecuada fundamentación, ciertos hechos irrefutables y otras pruebas le restan valor convictivo.

Como dije, la perito insiste en su informe -incluso sin que le fuera pedido- en decir que 'diagnóstico y tratamiento estuvieron dentro de la práctica habitual'. Nadie ha discutido el diagnóstico y diría que tampoco ha estado en tela de juicio que el tratamiento elegido no fuera el adecuado. En lo que sí no hay acuerdo y la perito omite abordar como corresponde, es en el resultado de la práctica, así como si ésta fue bien ejecutada o su fracaso obedeció a causas ajenas a la labor profesional.

Está fuera de discusión que la intervención quirúrgica que efectuó el demandado resultó fallida. Más aún, dejó a la paciente en peor estado de salud del que gozaba antes de ella, toda vez que con posterioridad presentó dolor y claudicación en la marcha, debiendo ser reintervenida para corregir la anatomía dañada -cirugía de recate y reconstrucción .

Y esto tiene que haber tenido alguna causa. Para el demandado Ortiz, su labor fue exitosa, pero ello es incompatible con la luxación y daño articular acreditado tal como sostiene el recurrente. No se acredita por otra parte la falta de seguimiento por el paciente de las recomendaciones dadas sino lo contrario, con lo que no queda sino pensar en una mala ejecución de la práctica médica.

Y aquí hay algunos conceptos que estimo importante aclarar para una correcta delimitación de responsabilidades. Por lo pronto, complejidad y riesgo no es lo mismo. Hay sí una vinculación entre ambos conceptos desde que cuanto mayor es la complejidad de la práctica médica, obviamente mayor es el riesgo que no resulte exitosa. Y puede que no resulte exitosa por causas ajenas a sus ejecutores o bien por una deficiente práctica. Es importante no caer en aquél concepto que todos los establecimientos y profesionales son lo mismo. Los hay con más recursos y experticia, como con menos. Incluso los mejores puede que no hayan estado en un buen día. La producción de lesiones que no son parte de la práctica médica que se decide implementar (desgarros, cortes de nervios y arterias, etc.) aparecen en principio como una mala práctica.

Cualquier obra humana puede ser bien o mal ejecutada. Hasta las más fáciles pueden no llegar a un buen resultado aun cuando no converjan factores ajenos a su ejecutor. Este es un riesgo, pero un riesgo del que el ejecutor es responsable porque aun cuando su obligación no es de resultado sino de medios, se comprometió a realizar bien la práctica y si ésta resultó fallida sin que convergieran otros factores ajenos a su hacer, de pura lógica es porque no fue bien practicada. Algún error de su parte hubo.

II.2.4.- Se ha prescindido por completo del informe del Dr. Hamdan, entonces integrante del Cuerpo Médico Forense, con amplia y reconocida trayectoria.

De su informe (fs.68/71), además de la ratificación de los diagnósticos que realizaron los otros profesionales que vieron con posterioridad al actor y señalaran la práctica quirúrgica como fallida con un resultado significativamente peor que antes, creo importante resaltar algunos párrafos de éste.

En este sentido nos dice que “ La indicación quirúrgica está motivada por la presencia de dolor, no por motivos estéticos e igualmente no está indicado realizar la reparación del Hallux Valgus para prevenir la progresión de la deformidad”. Es decir que en función de los riesgos de la práctica quirúrgica, su recomendación se descarta cuando se verifican simples molestias o se trata de cuestiones estéticas, con lo que de estar no solo a lo expuesto en la demanda, sino a las propias contestaciones de demanda, se tiene que presentaba Hallus Valgus desde los cinco años y le afectaba esencialmente desde lo estético, sin dolores que pudieren justificar la práctica.

Sin hesitación expresa el Médico Forense que “La intervención quirúrgica realizada el 19/08/2014 de Hallux Valgus bilateral, ha evolucionado con secuelas deficitarias funcionales en ambos pies, con luxación dorsal de la falange de ambos pies, dolor e inestabilidad metatarso falángica, articulación subluxada y dolorosa con posición en varo claudicación a la marcha”, por lo que hubo de ser intervenida como hemos dicho.

Pese a la gran experiencia del Dr. Hamdan, éste expone que “ha volcado su análisis en la presente pericia y considera que para un mejor proveer, sobre la conducta médica del profesional cuestionado se debe requerir una evaluación por médicos especialistas en ortopedia y traumatología”, aclarando que “ellos es función de tratarse de indicaciones y criterios terapéuticos y quirúrgicos precisos y propios de la especialidad, y especialmente son quienes pueden emitir un verdadero juicio de valor sobre la actuación y la conducta desplegada por parte del médico cuestionado que ha operado el día 19/08/14 la Sra. Claudia Forneron y si el mismo ha cumplido con los requerimientos exigibles para un profesional médico, teniendo en cuenta también el nivel de

complejidad y los recursos con que cuenta el Sanatorio IMEPA''.

La Cámara indagó a la Dra. Rendón respecto de sus especialidades, surgiendo claro que no tiene especialidad ni práctica en traumatología, como tampoco especialidad en cirugía, siendo aquello de 'médico-cirujano' la mención que sabido es que históricamente acuerda en sus títulos la Universidad Nacional de Córdoba, a quienes se reciben simplemente de médicos.

Concuerdo con el cuestionamiento de la parte actora en tal sentido. Entiendo que debió la Dra. Rendón no solo considerar el dictamen forense, sino además hacer saber la carencia de especialización. Máxime cuando la Sra. Jueza le atribuía la especialización de la que carecía.

II.3.1.- Como un tercer agravio plantea que ''No sólo no se abordó cómo ocurrieron los hechos durante la operación sino que tampoco se analizó la conducta profesional durante período postoperatorio''

Coincido plenamente con lo expuesto en este capítulo de la expresión de agravios, motivo por el que lo transcribiré textualmente en su integridad aquí.

Expresa el recurrente: ''El postoperatorio es una etapa de suma importancia que forma parte del tratamiento médico quirúrgico. En autos, se encuentra acreditado un proceder despreocupado y negligente con relación a la atención que exigía la mala evolución de la paciente. Está acreditado -con las declaraciones de los testigos- que efectivamente la Sra FORNERÓN asistió cada diez días a control de su evolución, viajando de Río Colorado a Choele Choel a consultar al médico, prolongándose esta etapa hasta junio de 2015. Sandra Bongiovanni ?compañera de trabajo- relata que la llevó en su vehículo a estos controles médicos. Está probado también con informativa y con la declaración de Débora Parra y de Duilio Minieri que la paciente manifestaba dolor durante todo ese período, estaba en cama, no podía caminar correctamente. ¿Por qué motivo o razón ocultaría estos síntomas a su médico como argumenta el Dr. Herrera?. Durante ese período todavía confiaba en él y esperaba obtener alguna mejoría siguiendo sus indicaciones. Los testigos dicen y la informativa ratifica, que la accionante no respondía al tratamiento de rehabilitación y los profesionales que realizaban la kinesiología no podían tocarle los pies por el dolor que refería. El demandado Dr. Herrera dice que la paciente le ocultó todo esto, lo que no responde a las reglas de la lógica. La paciente viajaba a atenderse con su médico a 140 km de su domicilio, lo consultaba, seguía sus indicaciones pero con el tiempo y esfuerzo que esto le insumía ¿le ocultaba su malestar y dolor? ¿Con qué motivo ocultaría la paciente información a su médico? ¿Con qué

objetivo no colaboraría como alegó el médico? La Sentencia no valora el cuestionamiento concreto que Fornerón hizo del proceder del médico durante el postoperatorio cuando ?a diferencia de la cuestión del riesgo propio de la intervención que la perito introdujo al legajo para salvar al médico demandado- esto sí formó parte de los hechos controvertidos, fue alegado en la demanda y fue objeto de contestación. El deficiente accionar del médico durante el postoperatorio no fue abordado por el dictamen pericial que eludió toda referencia a ese punto concreto y esa omisión también se aprecia en la Sentencia impugnada. La médica en su dictamen elude el tema recurriendo a generalidades, con una explicación abstracta de las complicaciones de cirugías en pie y tobillo, citando estadísticas que no le fueron pedidas. Pero la médica no responde los puntos donde se le solicita en concreto que se expida sobre el tratamiento indicado a la paciente para el período post operatorio, si le ordenó muletas, zapatos ortopédicos o silla de ruedas y si hubo en concreto un obrar inadecuado y/o desaconsejable por parte del Dr. Herrera López. Este punto era fundamental porque recién cuando ya había transcurrido un año desde la intervención quirúrgica, viajando regularmente la actora desde Río Colorado a Choele Choel el Dr. Herrera López advierte que la accionante no se iba a resignar a sufrir un dolor crónico y entonces le ordena nuevos estudios. Durante un año el médico le ocultó la información verdadera a su paciente que consistía en decirle que le había ocasionado un daño en los pies durante la intervención quirúrgica. Nadie lo acusa de haberla dañado con intención, obviamente, pero el procedimiento no fue el adecuado y se dañaron sus articulaciones. En este punto queda claro que el médico violó el deber de brindar información a quien era su paciente, porque de haberlo cumplido, la hubiera dado la opción de continuar con el tratamiento que él podía ofrecerle o podía derivarla a otro centro de salud. En la demanda invocamos la ley provincial N° 3.076 que se refiere expresamente a la información a brindar al paciente en su art. 2° inc. 'g' que dice: 'que se le brinde toda la información relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos razonablemente comprensibles, pero además el mismo artículo, más adelante exige ser informada de los riesgos médicos, opciones de atención y tratamiento. Este es un punto fundamental del litigio: si el médico codemandado hubiera derivado en forma oportuna a su paciente con un especialista podría haber ganado tiempo y evitado dolor para realizar la 'cirugía de reconstrucción articular' o la 'cirugía de rescate' que eran los procedimientos que podían reparar el daño causado con la primera intervención fallida, según los informes de los médicos Devoto y Sotelano. Hoy se afirma en la ley 26.529 que es un derecho del

paciente la información, debiendo conocer las variantes y elegir tal o cual vía, conocer también los riesgos que se seguirán de esa elección y aceptar o no correrlos. La Perito médica nada dice de esto y la Sentencia tampoco se refiere a la desatención durante este período, cuando había prueba suficiente para que la Juez realizara una reconstrucción histórica del hecho y abordara este punto en la Sentencia. Reitero que era un cuestionamiento concreto realizado al médico en la demanda. El dictamen de la perito no obligaba a la Juez a quo, de ahí que la Sentencia podía apartarse del criterio sostenido, sobre todo cuando se trata de un dictamen subjetivo, parcial, que invade función jurisdiccional. No obstante esto la Sentencia ´se allana´ a los términos de la pericia confeccionada a la medida de los intereses del médico codemandado. Se ha dicho que: ´?El Juez no está obligado a seguir el dictamen pericial y deberá apreciar el mérito de la prueba según su criterio. Y no puede ser de otra manera. No hay un fuero especial para médicos; no hay razón para sacar a las causas que a ellos comprometen de los jueces ordinarios. Otorgar al ´dictamen´ la fuerza o el valor de una ´sentencia´ equivaldría a crear ese fuero privilegiado. El Juez puede apartarse del dictamen pericial dando las razones de su discrepancia (?) lo contrario implicaría admitir que el experto tiene facultades jurisdiccionales, que el fallo lo de él y no el judicante, máxime cuando efectúa afirmaciones desprovistas de fundamento científico?´ MOSSET ITURRASPE ? PIEDECASAS?Responsabilidad por Daños?Tº VIII?de los Profesionales, pág. 470. Ed. Rubinzal Año 2016. Estos mismos autores señalan cuáles son los motivos por lo que el Juzgador podría apartarse de la opinión médica y anticipan algunas de las razones que pueden asistirlo para proceder así: ?el avanzar la pericia médica sobre cuestiones ajenas a esta rama del saber y que son privativas del conocimiento jurídico,?el estar contradicho el criterio de los peritos con otras probanzas arrimadas al pleito, como son las presunciones basadas en la prueba indiciaria, la documental, los testigos, etcétera (?) el desprenderse de las afirmaciones de los peritos una parcialidad evidente en favor del accionado, un deseo manifiesto de mejorar o proteger su situación?´ Concluyen los autores citados que es falso que el juez sólo puede apartarse apoyado en otra opinión científica médica. Puede tener razones poderosas de otra índole que lo lleven a esta conclusión. De lo contrario su libertad de apreciación sería meramente teórica y los médicos serían los únicos jueces del obrar se sus pares o colegas´´.

II.3.2.- Como expuse coincido con lo que expone aquí el recurrente y adhiero a ello.

Resulta inadmisibles la versión del demandado Herrera López en cuanto a que la actora no le manifestaba dolor. No solo tenía dolor tal como surge de las testimoniales y de los

diagnósticos de los otros especialistas y del kinesiólogo (ver el resumen que al respecto realiza en Dr. Hamdan en su informe), sino que directamente no podía caminar.

Es ilógico que hubiere ocultado a su médico el dolor correspondiendo recordar . Sería ese un comportamiento absolutamente anormal, cuya prueba -inexistente por cierto- estaría a cargo del demandado.

En este sentido ha expuesto Claudio Kiper y se comparte plenamente, que 'La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.' (del voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. De fecha 2/02/2006 en autos 'Schoenfeld, Karin Susana c/ Mitsu Car SA y otros s/daños y perjuicio').

Recuerdo además que es un deber legal del médico tratante consignar en la Historia Clínica la evolución de la práctica médica y en el caso no acredita lo que expone. Por ello y siendo además absolutamente anormal y contrario a la naturaleza que la actora haya ocultado los dolores, no cabe sino estar a la versión expuesta en el escrito de demanda.

II.3.3.- El demandado debió haber informado convenientemente a la actora respecto de la situación que se presentaba y que no se correspondía con la normal evolución de la cirugía.

Ello hubiere permitido corroborar mucho antes el resultado fallido de la cirugía y la imperiosa necesidad de reintervenir quirúrgicamente, sea por él o por otros especialistas, elección que sin duda es un derecho inalienable del paciente.

Pero no lo hizo. Y sea que no lo haya hecho por falta de conocimiento y experticia o que así hubiere procedido para ocultar que su cirugía se hizo mal, tal conducta le es

reprochable y lo hace responsable del daño por el que se demanda.

II.4.1.- Finalmente en el recurso se cuestiona no valorar la conducta del demandado vinculada a la obligación de informar que sobre él pesaba. En la demanda se sostuvo que se le había dicho a la actora que era una práctica médica sencilla no advirtiéndole de complicaciones ni mucho menos causar una deformidad mayor o problemas como los que tuvo.

Sostiene incluso que se hizo un agregado en birome '¿procedimiento quirúrgico complejo de ambos pies?' que tiene el sello y firma del Dr. Francisco Herrera López. Tratándose de 'una alteración maliciosa e intencional del consentimiento informado cuya valoración fue omitida en la Sentencia de Primera Instancia y que es de real gravedad'.

Expresa 'Si se exige prolijidad y detalle en un documento de relevancia, resulta por lo menos muy dudoso el agregado que precisamente se refiere a la información brindada a la paciente que le reprochaba en la demanda al médico haberle dicho que se trataba de una práctica sencilla'.

II.4.2.- El consentimiento del paciente para la práctica médica es un derecho inalienable de éste, que se corresponde con el de ser adecuadamente informado sobre la práctica, sus riesgos y alternativas de tratamiento entre otros aspectos para posibilitar el libre y adecuado ejercicio de elección del paciente.

Para el caso de una práctica intervención quirúrgica como la que nos ocupa, el consentimiento informado debe ser formalizado por escrito conforme las previsiones de la ley 26.529 (t. o. ley 26.742, art. 7 inc. b).

El art. 5° de aquella brinda una definición clara y precisa, al disponer: "Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de

procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento''.

II.4.3.- No tengo dudas en cuanto aunque tal vez no haya dicho con esas palabras que la cirugía era sencilla, la actora no fue informada sobre los riesgos de la práctica y mucho menos aún que pudiera ésta dejarla en peor estado.

No solo Herrera López sino los restantes demandados, no precisan al contestar la demanda qué fue lo que se le informó a la paciente con lo que es absurdo que pretendan que se tenga por cumplida su obligación de informar a partir de la suscripción del documento en copia agregado a fs. 183, del que solo resulta la caracterización de la práctica como 'procedimiento complejo que requiere rehabilitación y seguimiento'.

Como dijimos antes, complejidad y riesgo no es lo mismo. Hay sí una vinculación entre ambos conceptos desde que cuanto mayor es la complejidad de la práctica médica, obviamente mayor es el riesgo que no resulte exitosa. Pero el riesgo que aquí interesa y que evidentemente no fue informado, es el de que como consecuencia de la práctica pudiere quedar el paciente en peor estado, tal como ocurrió en el caso. Únicamente hay cierta precisión en cuanto al riesgo de muerte, pero como consecuencia de la anestesia. Y énfasis en 'cierta', pues es una mera mención no surgiendo siquiera que hubiere tenido una charla previa con quien administraría la anestesia tal como correspondía.

II.4.4.- En el precedente 'Olivares' (sentencia de fecha correspondiente al Expte. RO-500-C9-14), aunque tratándose de una práctica médica -infiltración lumbar- distinta a la que nos ocupa, nos extendimos en apreciaciones sobre el denominado 'consentimiento informado' que resultan de aplicación al caso.

Expusimos en tal oportunidad: ''Esta ley -por la ley 26.529- que expresamente en su artículo 23 declara que es de orden público, resultando de aplicación en todo el ámbito del territorio nacional (ver Wierzba, Sandra M. y las citas que la misma realiza en el artículo doctrinario 'El consentimiento informado en la nueva ley sobre derechos del paciente', Thompson Reuters cita online AR/DOC/7578/2010), consagra la exigencia del consentimiento informado respecto del que ya se había avanzado mucho doctrinariamente exigiéndosele a profesionales y centros médicos como un deber

insoslayable por nuestra jurisprudencia. En su art. 5° lo define: 'Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados'. Tras ello dispone en el artículo siguiente: 'Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente'. Y prevé las formas en que este deberá instrumentarse en el art. 7, indicando que 'será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación'. Prevé también las excepciones al consentimiento en el art. 9, cuando expresa que 'El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales'; agregando que 'Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo'. Por otra parte, en el artículo 16 al referir a la integridad de la Historia Clínica, consigna la ley que 'Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante'. 6.4.- La calificación de la norma como de orden público es central. El orden público, sea que prácticamente lo identifiquemos como un sinónimo de imperatividad (Borda, Guillermo, 'Tratado de Derecho Civil Argentino', Parte General tº I, Editorial Perrot 9ª edición actualizada, pág. 62 y sgtes.) o

que distingamos ambos conceptos entendiendo que el orden público sería la causa de la imperatividad de ciertas normas jurídicas (Llambías, Jorge Joaquín, 'Tratado de Derecho Civil. Parte General', tº I, Editorial Perrot, 5ª edición actualizada, págs. 162/63), lo cierto es que las denominadas normas de orden público de modo alguno pueden ser dejada de lado por los particulares. 'El orden público en tanto que realidad social, es la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de una colectividad determinada. Mas concretamente, resulta de la observancia de un conjunto de normas jurídicas, cuyo cumplimiento es indispensable para preservar el mínimo de condiciones necesarias para una convivencia normal' (consulta de la voz, en Enciclopedia Jurídica). Agregándose después de recordar que Martínez Paz definía ley de orden público, como 'aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad', que 'En otros términos, son aquellas normas jurídicas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia y que, por lo tanto, no pueden ser dejadas de lado por los particulares', lo que expresamente prevé el art. 21 del Código Civil. Su aplicación por los jueces es primordial, no pudiendo discutirse tal condición de orden público cuando el legislador así lo ha manifestado de modo expreso, excepto que prescindamos de su aplicación por reputarla violatoria de la bloque convencional y constitucional. 6.5.- El actor sostuvo en su demanda y vuelve a reiterarlo en la expresión de agravios, que se le indicó la peridural diciendo que le bloquearía el dolor por un plazo de ocho meses, sin brindarse en momento alguno, información sobre la práctica, sus riesgos, alternativas, etc. Ésta debió ser una cuestión central para la solución del caso. Máxime cuando está claro que se trataba de una práctica que solo podría servir para mitigar provisoriamente el dolor. Sin embargo, es soslayada en la sentencia y el cuestionamiento al respecto que realiza el recurrente debe ser atendido. 6.6.- Sobre el consentimiento informado y las consecuencias que de la inobservancia del mismo derivan, esta Cámara ya tuvo oportunidad de expedirse en un caso en el que no resultaba aún de aplicación la ley 26.529. Refiero al precedente 'Tome' (sentencia de fecha 16/04/2015, correspondiente al Expte. 334-I-98), que vale remarcar, colaciona conceptos que expusiera el cimero tribunal de la Provincia en el invocado caso 'Gullota' que -como vimos ya- en la sentencia apelada se cita como una fuente principal para la resolución del caso. Dijimos en dicho precedente y, aunque extensa la parte pertinente, he de transcribir a continuación por su significación argumental: '14.- En lo que sí le

acuerdo razón al recurrente, es en la omisión de consideración de la ausencia del consentimiento para la realización por parte del Dr. S. de la Histerectomía. Creo no obstante necesario resaltar que el planteo fue hecho tangencialmente en la demanda y que la mención concreta de violación de lo dispuesto por el inc. 3° del art. 19 de la ley 17.132 recién se concreta en esta instancia recursiva en la expresión de agravios [?] Dicho ello, cabe recordar que sobre este punto se ha dicho en el citado precedente 'Gullota' que: 'En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente. Esta directiva se impone de manera incontenible dado que tiene en cuenta uno de los aspectos más salientes de la libertad personal y, asimismo el enfermo dispone -genéricamente- de su cuerpo (insipientervolenti non fitiniuria)' y que 'Visto así el asunto, la persona tendrá derecho a elegir el médico que la asistirá, el sistema operatorio a adoptar entre los aconsejados, el instituto asistencial de internación y hasta podrá ejercer, ad libitum, el derecho de arrepentimiento'. Se expuso también que 'A fin de obtener la declaración de voluntad del asistido, el profesional tratará de persuadirlo sobre la necesidad del tratamiento. Si a pesar de las sugerencias el enfermo no acepta someterse a la actividad del médico, el galeno deberá negar su ministerio. Esta conclusión fluye de la recta interpretación del art. 19, inc. 3° de la Ley 17.132. Va de suyo que si el paciente está incapacitado, el consentimiento ha de requerirse de sus representantes legales expresamente instituidos o de los parientes habilitados (que ostentan una representación legal tácita). Si ello no fuera posible, el médico sólo podrá actuar en la medida que lo justifique la situación particular generada por la gravedad extrema del caso. El acto obrado sin consentimiento, fuera de esta última hipótesis excepcional, configura una ilicitud civil y penal. La imposibilidad de escrutar la voluntad del enfermo también puede devenir de la urgencia fácticamente creada, circunstancia que muchas veces impide, en los hechos, la consulta a los representantes del asistido. Por ejemplo, si durante una operación el cirujano descubre una lesión más seria que la diagnosticada continuará el acto quirúrgico si la inminente y grave situación lo determina. De no mediar esa urgencia, tendrá que suspender la operación para recabar el consentimiento necesario (Bustamante Alsina, ob. cit. N° 1393, p. 399)'. Y en sintonía con la doctrina emergente de la citada sentencia y otros precedentes de nuestro Superior Tribunal de Justicia, pueden traerse fallos de muchos otros de los calificados tribunales del país, marcando una línea doctrinaria bien afianzada. Así se ha dicho que 'Dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de

someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional (del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por aplicación del art.280 del Cód. Proc., CSJN, 12-8-2008, 'Godoy Aguirre Marta c/ Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro', L.L. Online). 'La doctrina del consentimiento informado tiene su fundamento en el respeto por la libertad del paciente que tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo y, ello implica, que para tomar esa decisión con discernimiento, intención y libertad el paciente debe estar cuando menos- adecuada y suficientemente informado sobre la naturaleza, los alcances, la necesidad, la utilidad o beneficio y los riesgos del tratamiento o práctica médica a realizar, como asimismo sobre la existencia de medios alternativos al propuesto' (CNCiv., Sala I, 25-8-2005, 'C.P.L. y Otros c/ C.A.G. y Otro', R.C. y S. 1005-1318; R.C. y S. 2006-367). 'En el reconocimiento de la autonomía del paciente se fundamenta la doctrina del consentimiento informado, establecido por las Leyes 17.132 de Ejercicio de la Medicina, 24.193 de Ablación y Trasplante de Órganos, así como las leyes 11.044 sobre protección de personas incluidas en investigaciones científicas y 11.028 regulatoria del funcionamiento de centros de procreación humana asistida.'. (JCCorre. N° 3 de Mar del Plata, 18-9-95, 'P.A.F.'; L.L. 1997F-602. L.L. B.A.1995-1204). 'El principio de autonomía personal constituye uno de los principios bioéticos de reconocimiento universal, derivándose de dicha autonomía la denominada regla del consentimiento informado o esclarecido, de modo que aquí se conjuga la autonomía personal, de raigambre constitucional, y pleno reconocimiento en nuestro derecho vigente, con el principio bioético de igual denominación'(JCCorr. N° 3 de Mar del Plata, 6-6-95m 'R.L.B. y B.M.D.', L.L.B.A. 1995-847). Y en cuanto a las consecuencias de la falta de consentimiento, que: 'En el marco de una acción de daños y perjuicios, se debe responsabilizar al médico demandado por su omisión de informar en debida forma a su paciente, a fin de que éste tomara una decisión razonada, ponderando los graves riesgos generados por el cateterismo hemodinámico sugerido en el que se le colocaría una prótesis correctora, y los beneficios esperados, pues con las pruebas aportadas no logró acreditar que hubiera

obtenido un consentimiento válido en el que constara que el enfermo entendía y se sometía voluntariamente a la intervención propuesta.´ (CNCiv., sala B, 18-3-2008, ´S. de Del M. E. R. y Otros c/ G. M. A. y Otro´. L. L. Online). Y que ´La posibilidad de que la actora padezca una lesión intestinal durante el tratamiento -videocolonoscopía- debía ser informada por la médica demandada. Ello porque se trató de un procedimiento médico programado, terapéutico y de naturaleza invasiva sobre el cuerpo de la actora, motivo por el cual resultaba imprescindible que se informaran los riesgos que aquél implicaba. Y si bien al momento del hecho la legislación vigente no imponía el consentimiento por escrito -como hoy en día sí lo exige el inc. c, art. 7, Ley 26529-, lo cierto es que ningún tratamiento médico puede practicarse sin el consentimiento del paciente o de algún familiar en caso de que éste no fuera mayor de edad o no estuviera en condiciones de comprender el riesgo de las complicaciones. Pero además la naturaleza del riesgo así lo exigía, pues nótese que el perito indica que eran riesgos previsibles o reconocidos, y si tal lesión podía preverse, aunque fuera inevitable (art. 514, Código Civil), debía necesariamente informarse y consentirse, puesto que sólo esa autorización quitaba antijuridicidad a los daños que el médico provocaría como natural y lógica derivación de la intervención practicada. El concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que este pudiese prestar su consentimiento informado. Ante el incumplimiento del deber de información adecuada el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación (art. 19, Constitución Nacional); si el paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con acuerdo a la *lex artis*, significó la causa de lo que al paciente le acabó aconteciendo. De allí, que no cabe encuadrar a la causalidad material entre el hecho y el daño pues, de ese modo, el profesional respondería siempre que no se alcance el resultado perseguido; muy por el contrario, la relación causal se vincula con la ausencia de asentimiento informado cualificando como antijurídica la conducta desplegada por el profesional. Condición que impone la inexorable obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado (arts. 1066 y 1068, Código Civil). La asimetría entre las partes impone el efectivo ejercicio del deber de información; así mientras la médica demandada es una profesional, especialista de una determinada rama médica, la paciente es profana en la materia y por tal se encuentra en situación de inferioridad para entender la problemática relativa a su salud. Hoy en día constituye un deber principalísimo de los médicos, el de

brindar una adecuada información al paciente de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, según lo establecido en el párr. 1° in fine, art. 13, Ley 24193 de trasplantes de órganos humanos, aplicable por vía analógica a cualquier supuesto de tratamiento médico (art. 16, Código Civil). Siendo, además, éste un presupuesto y elemento esencial integrante del *lex artis* y su omisión puede generar responsabilidad, cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea, Buenos Aires, sentencia de fecha 4/04/2012 en autos 'S., M. vs. L., A. M. s. Daños y perjuicios' Rubinzal online, cita RC J 5477/12). A lo dicho hasta aquí trayendo doctrina legal emergente del caso 'Gullota', así como distintos fallos que en su mayoría han sido destacados en la obra de Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, 'Derechos del Paciente' de editorial Rubinzal-Culzoni, estimo oportuno transcribir algunas citas de lo expuesto sobre el tema por el Dr. Lorenzetti en la obra 'Responsabilidad de los Médicos'. Expone allí el actual presidente de la Corte Suprema: 'En la ley es posible encontrar disposiciones que son fuente del susodicho deber. Así se dijo que el médico tiene un deber de información que surge del artículo 11 de la ley 21.541, aplicable analógicamente (art.16, Cód. Civil). En el mismo sentido se afirmó que aunque no resulte expresamente establecido en la ley 17.132 y sus modificatorias, por aplicación analógicamente de la ley 21.541, el profesional médico debe informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., t° I, pág.202). 'Concluyendo, puede afirmarse que existen distintos fundamentos para el deber de informar, a saber: Fundamentos constitucionales. El deber de informar tiene un fundamento constitucional en el respeto de la libertad, puesto que no puede avasallarse la libertad de otro sin su consentimiento. Fundamentos dogmáticos. En la dogmática jurídica puede indicarse que, siendo el contrato un acto jurídico, debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad. La existencia de un desnivel informático afecta los tres elementos. También puede encontrarse un fundamento dogmático en la exigencia de buena fe, y en los deberes secundarios de conducta que son un precipitado de la misma y entre los que se encuentra el deber de informar. Fundamentos legales. Entre ellos se encuentra el derecho a la información en las relaciones de consumo, y su consiguiente aplicación en las ofertas dirigidas al público indeterminado a través de la publicidad, de conformidad con la ley 24.240, que requiere de la información adecuada. En el plano específicamente

medical, la aplicación analógica de la Ley de Trasplantes, de Sida, de Protección del Menor y muchas otras que citaremos, dan fundamento suficiente´. (Lorenzetti, Ricardo L., op. Cit., tº I, pág. 204). Y en relación a la ausencia del consentimiento informado nos dice: ´En estos casos hay que discriminar tanto la culpa como el nexo causal. La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente, lo que se juzga conforme a los modelos predescriptos. No es necesario negligencia en el tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido. Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no se somete al tratamiento la enfermedad le causará mayores perjuicios, y por ello es irrelevante la cuestión. Debe demostrar que una persona común hubiera rehusado el tratamiento de haber sido informado. La Corte de los Estados Unidos, en la causa ´Canterbury´, ya citada, estableció un estándar objetivo, en términos de qué habría hecho una persona prudente en la posición del paciente si hubiera estado debidamente informada; aunque si el paciente en el caso particular pudo haber rehusado el tratamiento después de la información, la Corte negó la indemnización si una persona razonable la hubiera aceptado bajo las mismas circunstancias´. (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit. tº I, pág. 212/213)´..... 6.8.- Sería absurdo suponer un consentimiento del actor a la práctica a la que fue sometido cuando el resultado de la misma podía ser el que en definitiva se concretó. Y aun cuando por caso consideráramos que no es cierto que se le dijo que con inyección peridural se paliaría el dolor y no habría mayor problema para él, lo cierto es que se trató de un procedimiento invasivo, riesgoso, del que debía haberse informado y obtenido su consentimiento por escrito. Pero no solo no está el documento que acredita ello, sino que tampoco surge que se hubiere cumplido con la información a la que refiere el art. 5º de la ley 26.529 a cuyo estricto cumplimiento estaban obligados tanto los profesionales actuantes como el Sanatorio XX, sin que pudiese admitirse una dispensa del paciente en virtud del incuestionable orden público de la norma. En este sentido se tiene que no surge de la Historia Clínica y, ni siquiera al contestar la demanda se dijo: qué fue lo que eventualmente se le informó al paciente para juzgar si se cumplió con el mentado art. 5º de la ley 26.529´´.

II.4.5.- Aún cuando por hipótesis consideremos que no es cierto que Herrera López le hubiere manifestado que la intervención era sencilla, no puede sostenerse que hubiere cumplimentado con la información prevista por el art. 5º de la ley 26.529 a partir de la

rúbrica de tan escueto documento como el que en copia se agregara a fs. 183.

Exponen Jalil y Pesaresi que “El cuerpo del consentimiento informado, deberá ser redactado en forma concreta, clara y precisa, brindando al paciente enfermo o persona habilitada para otorgarlo una explicación taxativa y pautada tanto del estado de salud actual, como de los procedimientos que se llevaran adelante y las consecuencias que estos acarrearán. Este documento deberá ser firmado tanto por el profesional interviniente como por el paciente o persona habilitada para otorgarlo, y se anexará obligatoriamente a la historia clínica. Cuando este consentimiento pueda ser otorgado en forma verbal, el profesional tratante debe extender en la historia clínica un detalle pormenorizado del alcance del mismo, de cómo y sobre qué práctica fue dado” ( Jalil, Julián Emil Pesaresi, Eliana, ‘El decreto 1089/2012 que reglamente la Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente y sus premisas en torno al consentimiento informado’, Publicado en: DfyP 2013 (enero-febrero), 135, Cita: Online: TR LALEY AR/DOC/6224/2012)

Y reconoce Tobias: “En otro orden, es una práctica lamentablemente extendida en nuestro país la presentación de formularios escritos que contienen la información del tratamiento ?muchas veces en un lenguaje técnico, poco aprehensible para un profano? no suministrada en forma personal por el médico, y presentados para su firma por algún auxiliar no profesional. Independientemente de que términos manifiestamente genéricos (‘he sido informado de los riesgos’ o ‘he sido informado de las consecuencias de la no realización de la práctica’, o similares) carecen de la idoneidad para tener por cumplido el deber de información, es perceptible, además, que el documento tampoco es idóneo para reemplazar la comunicación coloquial entre paciente y médico (única que posibilita al paciente interpelar al médico sobre sus incertezas y a este contestarlas). Por lo demás, siendo que el lenguaje debe adecuarse a las particularidades de comprensión de cada paciente, además de adaptarse a su estado psíquico, el documento escrito no es, por lo general, un medio apropiado de comunicación y es insuficiente, por lo tanto, para sustituir el coloquio con el profesional (sobre todo en el caso de intervenciones complejas en que las alternativas posibles no se presentan con particular claridad)”. (Tobías, José W., ‘El consentimiento informado y sus límites’, Publicado en LA LEY 16/12/2019 , 1 LA LEY 2019-F, 1012, RcyS 2020-II, 3, Citaonline: TR LALEY AR/DOC/3915/2019).

Comparto obviamente lo que he transcripto. No se ha cumplido con la obligación de informar al paciente, no pudiéndose admitir como acreditación de ello el documento en cuestión aún cuando no hubiere sido adulterado.

Allí no se cumple con la ley y no se acreditó con otra prueba que se le hubiere brindado verbalmente o de otro modo la información debida.

Es conveniente citar la Resolución N° 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud (Boletín Oficial 03/04/2014), que aprueba el modelo de consentimiento informado, resultando muy ilustrativo sobre el nivel de detalle que debe tener éste, tanto el modelo como los fundamentos de la resolución que seguidamente transcribo: “VISTO el Expediente N° 244522/2013 del Registro de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, y la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742 , y el Decreto N° 1089 Decreto de fecha 5 de julio de 2012, y CONSIDERANDO: Que la Ley N° 26,529 modificada por la Ley N° 26.742 y su Decreto Reglamentario N° 1089/2012 garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario, el que debe materializarse obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el artículo 7° de la ley citada. Que el derecho al consentimiento informado es parte integrante del derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Que dicho instrumento tiene por objeto proteger el derecho del paciente a participar en la adopción de decisiones sobre su salud después de haberle proporcionado información adecuada, accesible y comprensible en una forma que le permita a este participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto. Que en el Decreto citado en el visto, su artículo 2° establece que esta SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el correcto ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley N° 26.529 y su modificatoria Ley 26.742. Que en ejercicio de dichas facultades, la Gerencia de Gestión Estratégica de esta SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD estima conveniente la aprobación de un Modelo de Consentimiento Informado Bilateral para ser utilizado por los profesionales e instituciones de salud inscriptos en el Registro Nacional de Prestadores. Que el consentimiento informado debe ser considerado un acto bilateral entre el médico y el paciente, y no debe transformarse en un mero trámite burocrático, sino que el médico, experto en la relación, es quien detenta el conocimiento técnico, lo que conlleva una mayor responsabilidad estando obligado a suministrar la información sanitaria acorde con la capacidad de comprensión del paciente. Que dicha Gerencia entiende asimismo oportuno incorporar al modelo aludido de consentimiento informado una cláusula que contemple, con carácter previo, un mecanismo o método consensuado de prevención y solución de conflictos. Que la Gerencia de Asuntos Jurídicos ha

tomado la intervención que le compete. Que la presente se dicta en uso de las facultades y atribuciones conferidas por los Decretos N° 1615 de fecha 23 de diciembre de 1996 y N°1008 de fecha 2 de julio de 2012. Por ello, La Superintendente de Servicios de Salud resuelve: Artículo 1°.- Apruébese el Modelo de Consentimiento Informado Bilateral que se agrega como Anexo I, que deberá ser utilizado obligatoriamente por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos que participan en los subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales, en los casos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742. Art. 2°.- Regístrese, comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese´´.

#### ANEXO: CONSENTIMIENTO INFORMADO BILATERAL

Entre el Sr. / Sra. ????, DNI ???, con domicilio real en ???, Historia Clínica N° ??, representada en este acto por ???, en adelante ?EL PACIENTE?, por una parte; y por la otra el Dr. ???, DNI ???, Matrícula ???, con domicilio real en ???.y el Dr. ???, DNI ???, Matrícula ???, con domicilio real en ???.y el Dr. ???, DNI ???, Matrícula ???, con domicilio real en ???., en adelante ?EL PROFESIONAL O EQUIPO MÉDICO?, por el otro, convienen en celebrar el presente acuerdo de consentimiento informado de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 26.529, Ley 26.657, Ley N° 26.742 y su Decreto reglamentario N° 1089/2012 , sujeto a las siguientes cláusulas:

PRIMERA: EL PROFESIONAL luego de la evaluación de EL PACIENTE le informa que éste padece ?..... (Explicar la naturaleza de la patología y su evolución natural).

SEGUNDA: EL PROFESIONAL propone para el tratamiento de la patología detallada en artículo primero, realizar el siguiente procedimiento: ?.....

.....  
(Explicar en qué consiste el procedimiento propuesto y como se llevará a cabo)  
Los beneficios razonables del tratamiento propuesto consisten.....  
?.....

.....  
(Detallar los cuidados anteriores y posteriores que el paciente tendrá que realizar).  
Las consecuencias de la denegación por parte de ?EL PACIENTE? son.....  
.....

(El profesional deberá explicitar qué consecuencias tendrá el paciente si no se realiza el tratamiento).

Los riesgos de tratamiento, probables complicaciones, mortalidad y secuelas son.....  
.....

(Se deberá describir las complicaciones comunes de cualquier intervención y las potencialmente serias en función del estado de salud del paciente).

Como alternativa de tratamiento EL PROFESIONAL ha propuesto.....  
.....

EL PROFESIONAL informa el tipo de anestesia que se va a aplicar y sus riesgos son.....  
.....

TERCERA: EL PROFESIONAL informa que cuando el paciente presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionales en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado.

EL PACIENTE ACEPTA/RECHAZA la reanimación artificial (Tachar lo que no corresponde).

EL PACIENTE ACEPTA/ RECHAZA el retiro de medidas de soporte vital (tachar lo que no corresponde)

CUARTA: EL PROFESIONAL también informa que EL PACIENTE podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de este estadio terminal irreversible o incurable.

EL PACIENTE ACEPTA /RECHAZA procedimientos de hidratación (Tachar lo que no corresponde).

EL PACIENTE ACEPTA /RECHAZA procedimientos de alimentación (Tachar lo que no corresponde).

QUINTA: EL PROFESIONAL informa que la persona bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí el abandono de la internación .

Los pacientes con padecimiento mental tienen derecho a ser informados de manera adecuada y comprensible de los derechos que les asisten, y de todo lo inherente a su

salud y tratamiento.

Ante la imposibilidad o la incapacidad de brindar el consentimiento informado a cualquier actuación profesional, podrán hacerlo el cónyuge o conviviente, los hijos mayores de 18 años, los padres, los abuelos, otros familiares directos o el tutor.

EL PACIENTE designa a ?.....en 1° lugar y a ?.....en 2° lugar. (Nombrar a los familiares designados).

SEXTA: EL PACIENTE en este acto OTORGA/NO OTORGA el consentimiento para que se le realice el procedimiento propuesto.

SEPTIMA: El consentimiento que por este acto emite EL PACIENTE para los procedimientos médicos indicados es revocable hasta el mismo momento en que se comiencen a realizar los tratamientos sugeridos.

El paciente SI/NO autoriza a EL PROFESIONAL a obtener fotografías, videos o registros gráficos para difundir resultados o iconografía en Revistas Médicas y/o ámbitos científicos.

El paciente SI/NO AUTORIZA a EL PROFESIONAL ser objeto de investigaciones clínicas y/o tratamientos.

OCTAVA: EL PACIENTE reconoce que ha sido acompañado por EL PROFESIONAL en la explicación y redacción del presente consentimiento informado, que comprende perfectamente su contenido, que está satisfecho por la información recibida, que han sido evacuadas sus dudas y que ha podido tomar una decisión respecto de los procedimientos que realizarán en su zona de reserva.

NOVENA: EL PROFESIONAL se constituye en depositario del presente consentimiento informado que incorpora a la historia clínica Nro.....que se encuentra guardada bajo fieles medidas de seguridad que personalmente ha supervisado en ?.....

DECIMA: EL PROFESIONAL por este acto entrega el segundo ejemplar de un mismo tenor al Sr./Sra.....

DECIMA PRIMERA: Las partes declaran que el lugar donde se llevó adelante la redacción del presente consentimiento informado es en .....

(ciudad, sanatorio, hospital y consultorio) ubicado en calle.....

y que el lugar de cumplimiento del presente contrato es ?.....

DECIMA SEGUNDA: Para el caso de suscitarse diferendos en la interpretación o ejecución de este acuerdo las partes se comprometen con carácter previo a elegir un mecanismo o método consensuado de prevención y solución de conflictos. Las partes constituyen domicilios en el encabezado del presente, donde serán válidas todas las comunicaciones.

En prueba de conformidad con las cláusulas precedentes, siendo las.....horas, se formaliza el presente convenio en dos ejemplares, de igual tenor y a un solo efecto, en la Ciudad de....., a los días del mes de ?.....del año.....

FIRMA DEL PACIENTE: .....

ACLARACIÓN:.....

FIRMA DEL TESTIGO O RESPONSABLE DEL  
PACIENTE:.....

NOMBRE DEL TESTIGO O RESPONSABLE DEL  
PACIENTE:.....

FIRMA DEL PROFESIONAL: .....

NOMBRE DEL PROFESIONAL: .....

FIRMA DEL PROFESIONAL: .....

Cabe señalar existen muchos otros modelos de consentimiento informado para una práctica médica como la que nos ocupa. He de copiar seguidamente el modelo de la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología y luego copiaré distintos links de enlace a otros más que también permiten ver como el documento de marras muy lejos está de siquiera aproximarse a lo que debería ser un consentimiento informado escrito.

Modelo se la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología: **“INFORMADO DEL TRATAMIENTO QUIRURGICO DE HALLUX**

**VALGUS Y DEDOS EN GARRA. AAOT**

Ley 26529

Además de la información oral facilitada por su médico sobre su enfermedad, usted debe saber que el propósito principal de los detalles transcritos a continuación, es que conozca el procedimiento al que va a ser sometido, las complicaciones mas frecuentes del mismo y las alternativas terapéuticas al tratamiento indicado por su doctor.

Lea atentamente este documento y consulte con su médico todas las dudas que se le

planteen. Por imperio de las leyes mencionadas arriba, usted o su representante legal deberá firmar el consentimiento para poder realizarle la intervención.

#### DETALLES DE LA INTERVENCIÓN

La intervención consiste en la corrección de la desviación hacia adentro del dedo gordo del pie y de la deformidad secundaria del segundo dedo conocida como dedo en garra. La desviación del dedo gordo produce además una prominencia que con gran frecuencia se inflama y en ocasiones se infecta y úlcera originando cuadros muy dolorosos. Igualmente pueden generarse callosidades dolorosas en los otros dedos y en la planta del pie y como mencionáramos recientemente deformidad en flexión de los dedos adyacentes o dedos en garra.

La deformidad puede corregirse por numerosas técnicas quirúrgicas: sección y alineación del hueso deformado, creación de una nueva articulación mediante la extracción de una parte del hueso del dedo así como de la prominencia de ese mismo dedo, o mediante la liberación y reanclaje de algunos tendones. Con este procedimiento se intenta aliviar el dolor, corregir la deformidad del dedo, prevenir el dolor en la planta del pie, la aparición de otras deformidades y mejorar la marcha.

La técnica quirúrgica precisa habitualmente de anestesia local, raquídea o general. El servicio de Anestesia estudiará sus características personales, informándole en su caso cual es la más adecuada.

Para reducir la incidencia de trombosis en las venas se administrará la medicación oportuna.

Es probable que la corrección de la deformidad conlleve el acortamiento de los dedos intervenidos, así como una incapacidad para moverlos adecuadamente. Dicha incapacidad suele ser temporal.

Luego de la intervención sufrirá dolor en la zona de la herida debida a la cirugía y al proceso de cicatrización, que puede prolongarse durante algunas semanas, meses o hacerse continuas.

#### RIESGOS HABITUALES

Las intervenciones quirúrgicas tanto por la propia técnica operatoria, como por los riesgos propios de cada paciente (diabetes, cardiopatías, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, etc.) lleva implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían requerir tratamientos complementarios, tanto médicos como quirúrgicos, así como un mínimo porcentaje de mortalidad.

Las complicaciones del tratamiento quirúrgico del HALLUX VALGUS Y DEDOS EN

GARRA más comunes son:

Lesión o afectación de los vasos o los nervios adyacentes, que puede condicionar dolor local o adormecimiento del dedo.

Daños de los tendones aledaños a la zona quirúrgica que pueden generar limitaciones de movilidad o la necesidad de realizar una nueva cirugía para remediarlo.

Trombosis u obstrucciones venosas que determinan hinchazón de la pierna correspondiente y en raras ocasiones se complica con dolor torácico y dificultad respiratoria (embolia pulmonar), que puede conducir a la muerte.

Aparición de infección de la herida, que puede ser superficial (se resuelve con limpieza local y antibióticos) o profunda que requiere además de antibiótico apertura de la herida y drenaje e- Disminución de movilidad y rigidez de la articulación intervenida, acompañada o no de inflamación importante y descalcificación de los huesos (atrofia ósea) f- En raras ocasiones pueden presentarse complicaciones como: reaparición de la deformidad con el tiempo o producción de la deformidad contraria (llamada hallux varus), necrosis (muerte) de la piel de la zona intervenida, retrasándose el proceso de curación, pérdida de la vascularización de uno de los huesos que se ha seccionado para corregir la deformidad (necrosis ósea), cicatriz de la operación dolorosa y antiestética

RIESGOS PROPIOS DEL PACIENTE:.....

?.....

TRATAMIENTOS ALTERNATIVOS: Como alternativa al tratamiento indicado podrá seguir tomar analgésicos y antiinflamatorios, usar calzado adecuado y plantillas, protectores de silicona que pueden aliviar las molestias pero no para corregir la deformidad.

Declaro que he sido informado por los médicos de los riesgos de la CIRUGIA DE HALLUX VALGUS Y DEDOS EN GARRA y que me han explicado las posibles alternativas. Estoy satisfecho(a) con la información recibida, he podido formular todas las preguntas que he creído conveniente y me han aclarado todas las dudas planteadas.

Soy consciente que la practica de la medicina y la cirugía no son una ciencia exacta y reconozco que a pesar que el cirujano me ha informado adecuadamente del resultado deseado de la operación no me han sido garantizados la obtención de los mismos.

En consecuencia doy mi consentimiento para la realización de la intervención.

Firma del Paciente - Aclaración ? Documento; Firma del familiar- Aclaración-

Documento; Firma del médico- Aclaración; Nombre del representante legal en caso de incapacidad del paciente con indicación del carácter en que interviene (padre, madre, tutor, etc.):

OTROS MODELOS: Consentimiento Hospital Ciudad Real para cirugía de Hallux Valgus <http://www.hgucr.es/wp-content/uploads/2011/05/cirugia-de-hallux-valgus.pdf>; Consentimiento para cirugía de Hallux Valgus de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y traumatológica <https://www.secot.es/media/docs/consentimientos/PIE-TOBILLO/ConsentimientoHALLUX%20VALGUS.pdf> ; Consentimiento para osteotomía de rodilla de la Asociación Argentina para el estudio de la cadera y rodilla [http://acaro.org.ar/files/consentimientos-informados/CONSENTIMIENTO\\_PARA\\_OS TEOTOMIA\\_DE\\_RODILLA.pdf](http://acaro.org.ar/files/consentimientos-informados/CONSENTIMIENTO_PARA_OS TEOTOMIA_DE_RODILLA.pdf)

II.5.- De conformidad a lo que vengo exponiendo se ha incumplido la obligación de informar adecuadamente a la actora, quien de haber sido alertada del riesgo que en definitiva se produjo, seguramente hubiere decidido no operarse o hacerlo por otros profesionales.

El informe pericial de la Dra. Rendon no cumple con los presupuestos mínimos para su validación, agravándose ello cuando no atiende debidamente los cuestionamientos e interrogantes que realiza la parte actora al impugnar aquél.

Como expuse antes, coincido con el recurrente respecto a las críticas que formulara en tal sentido en su expresión de agravios.

Sin perjuicio de ello debo expresar que del recorrido por Internet de sitios en los que podía ilustrarme en el tema médico que nos convoca, no puedo sino concluir en la existencia de mucha información sobre los riesgos de la cirugía de Hallux Valgus, así como de secuelas iatrogénicas.

Así por caso en el artículo 'Manejo de las complicaciones del hallux valgus', de Édgar Augusto Hernández Perdomo, Mauricio Morales, Juan Camilo Mantilla, Juan Fernando Posada, Carlos Naranjo, Santiago Guerrero, Carlos Castillo, Jaime Robledo, publicado por Elsevier (<https://www.elsevier.es/es-revista-revista-colombiana-ortopedia-traumatologia-380-articulo-manejo-complicaciones-del-hallux-valgus-S0120884519300409> ) se expone: 'El hallux varus es una complicación desafortunada, estéticamente mal tolerada y funcionalmente importante por la dificultad de calzar zapatos adecuados. No hay dudas

que su desarrollo se debe a algún grado de iatrogenia por parte del cirujano tratante. Factores como aplicación exagerada de la cápsula medial, excesiva resección de la eminencia medial, corrección exagerada del ángulo IM y liberación lateral con resección del sesamoideo lateral, son algunos de los problemas encontrados en esta complicación´´.

Resalto el énfasis con el que se indica que el hallux varus luego de una intervención por hallux Valgus, sería iatrogénico. Es decir que se debería al obrar del cirujano, cuestión que ni siquiera ha sido mencionada por la perito que no puede soslayar que luego de la cirugía era notorio el Hallux Varus en el pie izquierdo. No se cuenta con fotografías inmediatas a la cirugía pero las tomadas a los quince y sesenta días permiten advertir el fallo médico aún para un lego (ver fs. 17 y 18 del expediente penal y las múltiples imágenes de Hallux Valgus y Hallus Varus hallables en Internet o bibliografía especializada).

En la misma línea entre otros artículos encontrados, cito: a). ´´Hallux varus es una deformidad del varo de la primera articulación metatarsofalángica. La cápsula de la articulación lateral está atenuada o ausente mientras que la cara medial está contraída. Esta deformidad puede ser provocada por un traumatismo directo. Sin embargo, más a menudo se la ve como una complicación iatrogénica (en ocasiones inevitable) de la cirugía de juanete donde se han practicado técnicas agresivas de extirpación de la eminencia medial y equilibrio del tejido blando. Si la situación es abordada antes del comienzo de la artritis, el cirujano puede decidir usar sin realinear la articulación técnica de reparación capsular y un dispositivo Mini TightRope a lo largo de los ligamentos colaterales laterales para sostener la articulación mientras se cura.. (<https://www.arthrex.com/es/pie-tobillo/hallux-varus>); b).´´La causa más frecuente de hallux varus es la deformidad iatrogénica tras la reparación del hallux valgus (incidencia del 2%-10%), y puede ser consecuencia de una tensión excesiva de la cápsula articular medial, una resección exagerada de la eminencia medial, una sobrecorrección del AIM, la extirpación del sesamoideo peroneo o la liberación excesiva de la cápsula lateral. (Thomas Padanilam, Patología del dedo gordo, American Academy Of Orthopaedic Surgeons p. 1519, [https://acreditacion-fmc.org/AAOS/pdf/AAOS\\_cap\\_134.pdf](https://acreditacion-fmc.org/AAOS/pdf/AAOS_cap_134.pdf) ); c).´´Hallux varus: que es. Se define en varo, el dedo gordo del pie, cuando se desvía de línea media del pie. En cierto sentido, se trata de una deformidad especular en comparación con la que se observa en el caso del hallux valgus, porque afecta a la falange del 1er metatarsiano.

Las formas adquiridas son mucho más frecuentes que las congénitas, son normalmente formas iatrogénicas y derivan de "errores" o fallas quirúrgicas para la corrección del hallux valgus. Otro caso de hallux varus adquirido es que después de un trauma. Hallux varus iatrogénico. Se observa hallux varus que parece mucho más lejos que los otros dedos. La deformidad iatrogénica es la causada por un traumatismo o como resultado de operaciones quirúrgicas fallidas destinadas a corregir el hallux valgus, los síntomas son dolor e irritación y dan lugar a graves dificultades en el uso del calzado, inestabilidad del antepié y degeneración articular (<https://bo.stamford-bridge.dk/8593-hallux-varus-iatrogenic.html>).

Considero entonces que debemos declarar la nulidad de la pericia de la Dra. Rendón en tanto no se han observado los presupuestos mínimos para su validez como tal.

Por otra parte cabe tener por incumplida la obligación impuesta por los arts. 6 y 7 de la Ley 26.529 en cuanto al consentimiento informado conceptualizado en el art. 5 de ésta y al que hicieramos referencia. Como consecuencia de ello cabe responsabilizar a los demandados por las consecuencias del acto quirúrgico.

Así también, sin perjuicio de no haber sido 'el riesgo propio de la intervención' introducido como defensa lo que imposibilita atender éste como factor enervante de la atribución de responsabilidad, todo indica que al menos el Hallux Varus diagnosticado en el pie izquierdo tiene como génesis el obrar del médico y se corresponde a una mala práctica quirúrgica.

Cabe en consecuencia y así lo propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso, revocando íntegramente la sentencia de primera instancia. Ahora bien, más allá de la declaración de nulidad de la pericia de la Dra. Rendón, se tiene que inexplicablemente en su informe se niega la existencia de incapacidad -aunque fuere temporaria- lo que además de no corresponderse con la profusa prueba existente en autos, imposibilita tratar los distintos rubros reclamados. Por tal motivo debiendo observar la doctrina fijada por el Superior Tribunal de Justicia en los precedentes 'Vera' (sentencia N° 22/18), reiterada entre otros en 'AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche' (sentencia N° 60 de fecha 15/08/2019), habrá de diferirse el abordaje del reclamo respecto de los daños sorteándose por Secretaría perito médico que se expedirá sobre la naturaleza y grado de incapacidad de la actora a los fines del tratamiento de aquellos. Sin perjuicio de ello se convocará a nueva audiencia a los fines expuestos por el art. 36 inc. 2 a) del CPCyC. La determinación de costas y honorarios se difiere para cuando se resuelva respecto de los rubros reclamados. TAL MI VOTO.

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: Compartiendo en lo sustancial el voto que antecede, adhiero al mismo.

Agrego que, si bien es cierto que reiteramos permanentemente la necesidad de hacerse asistir científicamente en las impugnaciones de pericia, cierto es también que la valoración de esa omisión, en el caso, no era de incumbencia de la perita médica interviniente en autos sino de los juzgadores. Pero, además, tanto más se relativiza esa omisión en autos cuando la impugnación ha transitado mayormente por aspectos relativos a lo incompleto del dictamen (falta de respuesta concreta a puntos ofrecidos).

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).- Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: 1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocando íntegramente la sentencia definitiva de primera instancia; 2.- Declarar la nulidad de la pericial médica realizada por la Dra. Alicia Fabiana Rendón con la consecuente pérdida del derecho a cobrar honorarios; 3.- Establecer la responsabilidad de los demandados Francisco Herrera López e Instituto Médico Patagónico S.A., haciendo extensiva ella a las respectivas aseguradoras TPC Compañía de Seguros S.A. y Federación Patronal Seguros S.A. en la medida del seguro; 4.- A los fines de expedirnos sobre los rubros reclamados en la demanda, por Secretaría se procederá a sortear perito médico quien deberá expedirse exclusivamente sobre los puntos de pericia vinculados a la incapacidad de la actora, naturaleza, grado, etc.; 5) Por Presidencia convocar a audiencia conforme lo expuesto en el primer voto.

Regístrese y notifíquese por secretaría.-

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ  
JUEZ DE CÁMARA  
DINO DANIEL MAUGERI  
PRESIDENTE

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

(En abstención)

Certifico que el acuerdo que antecede fue arribado a través de los medios informáticos disponibles, atento la modalidad de trabajo vigente en función de la acordada 04/2021 de nuestro S.T.J.- CONSTE.

PAULA CHIESA

SECRETARIA

gem