

En la ciudad de General Roca, a los 13 días de noviembre de 2018. 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: "OLIVARES ANSELMO EDUARDO C/SANATORIO JUAN XXIII Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. N° A-2RO-500-C9-14), venidos del Juzgado Civil N° Nueve, 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:

1.- Llega el expediente a los efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2017, obrante a fs. 668/680.

Corresponderá asimismo eventualmente, resolver el recurso arancelario interpuesto por la perita psicóloga Lic. Laura Gabriela Rodofile (fs.681)

A fs. 701/706 se ha agregado el escrito de expresión de agravios, cuyo traslado fuera evacuado solo por el demandado Gómez a fs. 710.

2.1.- Habiéndose reclamado la reparación de los daños y perjuicios sufridos en el marco de una práctica médica -aplicación de corticoides por vía epidural- realizada en el Sanatorio Juan XXIII de esta ciudad, se accionó tanto contra el médico que prescribió la práctica médica -Dr. Oscar Joaquín Gómez-, como contra el anestesista que llevó a cabo la misma -Dr. Gabriel Arnaudo- y la propietaria del centro médico, Sanatorio Juan XXIII S.R.L. Fueron asimismo citadas en garantía constituyéndose en el proceso con sus respectivos apoderados, la aseguradora del Dr. Arnaudo y Sanatorio Juan XXIII S.R.L. -Noble Compañía de Seguros S.A.-, y la aseguradora del Dr. Gómez -Federación Patronal Seguros S.A.

Por la sentencia apelada se rechazó con costas y en todas sus partes, la demanda.

2.2.- Cabe destacar que a los fines previstos por el art. 36 inc. 2-a) del CPCyC, fueron convocadas a audiencia todas las partes.

Ante la ausencia del Dr. Arnaudo a la primera de las fechas previstas para ello (5/06/2018) se dispuso pasar a un cuarto intermedio para su reanudación el día 19 del mismo mes, acordando no obstante en tal oportunidad el actor con el apoderado del Dr. Gómez y su aseguradora, el desistimiento de la acción y del derecho con relación a las mismas, pactándose las costas en el orden causado.

Nos hemos de expedir en consecuencia por la homologación de tal acuerdo,

subsistiendo entonces la acción solo contra el Dr. Gabriel Arnaudo, Sanatorio Juan XXIII S.R.L. y la aseguradora éstos.

3.- En la sentencia, citando en esencia criterios expuestos por esta Cámara en distintos precedentes en los que nos hiciéramos eco de lo dicho por el Superior Tribunal de Justicia en el precedente 'Gullota', la Sra. Jueza analiza la conducta de ambos profesionales -primero de quien prescribió la práctica y luego del anestesista que la llevó a cabo-, para concluir tras considerar que los mismos no incurrieron en mala praxis, en la exoneración de responsabilidad de los mismos y, consecuentemente, de Sanatorio Juan XXIII S.R.L.

Y siendo que como hemos visto, el actor desistió del reclamo respecto del primero de los galenos, hemos de detenernos en la responsabilidad del Dr. Arnaudo.

En tal derrotero colaciono de los fundamentos de la sentencia, los siguientes párrafos:

# "3) Que si bien el actor le atribuye la responsabilidad a ambos médicos de manera indistinta, resulta necesario diferenciar las actuaciones del dr. Gómez y del dr. Arnaudo, pues para apreciar la culpa médica, debe meritarse en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civil), todo ello a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil. Y estas pautas deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, 'Prueba de la Culpa Médica' Ed. Hammurabi, ps. 96 y sgtes.). Es necesario entonces, verificar que no se han tomado los recaudos necesarios, los elementos de rutina y que, como resultado de ello, ha sobrevenido el infortunio que padece la víctima. Así, se ha dicho que: 'En orden a la responsabilidad profesional médica, deben aplicarse los principios generales del art. 512 del Cód. Civil, por lo que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable' ... 'En el ejercicio del arte de curar, los médicos son responsables de las faltas que cometen si ellas resultan de la inobservancia de las reglas comunes de prudencia y atención, no de errores científicos o profesionales que no sean groseros, por cuanto la negligencia consiste en hacer algo que no debió hacer u omitir lo que debió haber hecho'" (CApelCyC., de San Isidro, Sala I, 20/08/1996, 'Buratti D' Agostino, Ofelia. c. Clínica Central Munro S.R.L.', LLBA, 1997, 92)".

# "... la pericia médica de autos (fs. 608/16) es contundente al afirmar que las lesiones sufridas por el actor fueron producto del hecho que se denuncia en cuanto a la técnica,

pero no en cuanto al material utilizado, ya que la forma de administración del medicamento puede ser peridural. Ante el punto de pericia f de la actora (fs. 166 vta.) en la que solicita se expida si existe relación de causalidad entre las lesiones del actor con el hecho denunciado, contesta que sí, en relación a la técnica, descartando nuevamente que la prescripción de la inyección peridural del medicamento sea incorrecta en términos médicos.

# "... 5) Responsabilidad del Dr. Gabriel Arnaudo: La participación del médico anestesista se da en la aplicación de la práctica, la cual fue realizada por el Dr. Arnaudo en las instalaciones del Sanatorio Juan XXIII, tal cual surge de la historia clínica remitida por dicho centro de salud (fs. 484 y vta.) y como fue reconocido por todas las partes. En su exposición defensiva el Dr. Arnaudo, que remite a la contestación efectuada por el Sanatorio Juan XXIII, alega que el sr. Olivares de 59 años y con lumbociatalgia bilateral por discopatía y un canal estrecho degenerativo, al tener contraindicada la cirugía por sus antecedentes cardiológicos, se le indicó el bloqueo radicular -peridural- con xilocaína y con corticoides, el cual realizó el día 8/2/2012, siguiendo los mandatos de la ciencia médica y la técnica anestésica. Dos horas después del procedimiento el paciente presenta deterioro del sensorio asociado a una convulsión, entre otras descripciones médicas que realiza el sanatorio de las prácticas realizadas al actor. Pero nada alega acerca de la aplicación en sí de la inyección de corticoides (procedimiento utilizado, materiales utilizados, etc.), no invocando ningún argumento tendiente a demostrar que su trabajo fue diligente, es decir de acuerdo a circunstancias de tiempo y personas. Tiene dicho el Superior Tribunal de Justicia de esta provincia en los autos 'Gullota' antes citado que IV) CARGA DE LA PRUEBA. PRESUNCIONES INCUMPLIMIENTO. CULPA. Resulta esclarecedor sobre el punto lo sostenido por el doctor Alberto J. Bueres como integrante de la CNCiv., Sala D, quien se pronunció en los siguientes términos: '... he dicho reiteradamente (in re: 'Guevara v. Centro Médico Lacroze', L. 164091, 28.02.96) que en materia de responsabilidad médica, y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de 'actividad', en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Esta conclusión, hoy en día parece estar afianzada en el derecho vigente, tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el 'incumplimiento', cuando menos en el plano 'funcional', se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como

hacer patente aquel incumplimiento -al cual prima facie debe ser dirigida la prueba- (Jordano Fraga, Francisco, 'La responsabilidad contractual' Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 170 y ss.) 'No basta, pues, con revelar la mera infracción estructural o sea, la causación del daño médico, para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al alterum non laedere provoque antijuricidad, que es asunto diverso. A menos que la ley estableciera lo contrario, cosa que no sucede en el derecho positivo, sentando por sola presencia del daño una presunción 'relativa' de culpa que desplazase hacia el demandado la carga de probar su no culpa (o falta de culpa) o bien el caso fortuito...' (conf. CNCiv., Sala D, Julio 16, 1998, 'Contretars, Juan C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.', JA, 1999-II-496/501, LL. 1999,C-794; ídem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, 'Repetto, Héctor C. c/I.S., P.', en Revista de 'Responsabilidad Civil y Seguros', La Ley, Año VIII, N° VI, junio de 2006). En la vinculación contractual entre médicos y pacientes se ha destacado que la obligación principal de los primeros, consiste en brindar una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, pero sin asegurar que el resultado perseguido se va a lograr, pues a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (art. 20, incs. 1\*, 2\* y 5\* de la Ley 17.132). Así se ha recordado que nuestra jurisprudencia tiene resuelto que el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión (conf. Trigo Represas, Félix A., 'Responsabilidad Civil de los Médicos por el Empleo de Cosas Inanimadas en el Ejercicio de su Profesión', La Ley, 1981-B-762). De allí que el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, no habrá de implicar necesariamente la responsabilidad del médico, sino que corresponderá a quien pretenda la reparación la prueba de que la no obtención de ese resultado perseguido obedeció a que el profesional no se condujo con la medida, diligencia e idoneidad debidas o que medió un comportamiento defectuoso de su parte. De ahí que se ha dicho que no basta la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al médico interviniente, sino que es necesario acreditar que ese resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia o impericia, en definitiva por su culpa (conf. CNCiv., Sala M, 30/08/2001, 'T., H.A. y otro c/L., V. y otro', Lexis N° 30012226, y doctrina citada; ídem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, 'Repetto, Héctor C. c/I.S., P.', en Revista de 'Responsabilidad Civil y Seguros', La Ley, Año VIII, N° VI,

junio de 2006). Sin embargo, no puede desconocerse hoy la gran difusión y aplicación de lo que se dio en llamar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya concepción se atribuye a Peyrano (en tal sentido ver Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, 'Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas', La Ley, 1991-B-1034; Peyrano, Jorge W., 'El Derecho Procesal Postmoderno', La Ley, 1991-A,915; del mismo autor, 'Procedimiento Civil y Comercial', T I, p. 77, Ed. Juris, Santa Fe, 1991; 'El Proceso Atípico', Ed. Universidad de Buenos Aires, 1991, p. 140, y 'Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial', Ed. Zeuz, Rosario, 1983, p. 125), o, como lo postula MORELLO, de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad (Morello, Augusto M., '¿Hacia una Visión Solidarista de la Carga de la Prueba?', ED, 132-953; del mismo autor, 'En Torno a la Carga de la Prueba', La Ley 1990-E, 1071; 'La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso', JA, 1991-III-552; 'La Prueba, Tendencias Modernas', p. 185, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, p. 58 y sig.; 'El Proceso Justo', Ed. Platense, Bs. As., 1994, ps. 265, 267 y sig.; 'El derecho a probar, su perfil constitucional', ED, 159-259; 'Nuevos Daños, nuevas técnicas procesales de protección' en Derecho de Daños, 2da. parte, homenaje al Prof. Félix Trigo Represas; conjuntamente con Sosa y Berizonce, 'Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación', T. V-A, p. 140), según la cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones de aportarlas - fáctica, técnica, económica o jurídica-, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad (conf. Galdós, Jorge Mario, en Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, año XXXV, n° 56; CNFed. Civ. y Com., Sala II, 08.09.2005, 'Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y Otro', Revista de 'Responsabilidad Civil y Seguros', Ed. La Ley, Año VIII, abril de 2006, p. 112). En definitiva, en materia de responsabilidad médica, queda comprometida la del profesional si se prueba que éste no ha cumplido con la actividad en forma prudente o diligente, es decir, que obró con culpa (conf. CNCiv., Sala M, del 03.03.1997, 'S. de M., H. c/Hospital San Juan de Dios y otros', La Ley, 1997-C, 956)'. Lo dicho ha sido reiterado recientemente, y como jurisprudencia obligatoria o doctrina legal del STJ, por la Cámara Civil en las sentencias N° 52 del 07/08/2017 y N° 54 del 02/08/2016. Bajo esos conceptos citados y teniendo en consideración que tanto la parte actora como la demandada han ofrecido e instado prueba tendiente a clarificar lo realmente acontecido, a los efectos de tratar el actuar profesional del Dr. Arnau, continuaré analizando el principal elemento probatorio; el

informe pericial médico de fs. 608//6016 y las contestaciones del experto de fs. 629/630”.

# “Si bien es cierto, como lo han advertido las partes, no resulta fácil la comprensión del informe pericial, dado que, con una rápida lectura, pareciera incurrir en contradicciones [...] No deja margen de duda el perito en cuanto a la relación de causalidad entre las lesiones del actor y técnica utilizada. Como asimismo que las complicaciones presentadas por el Sr. Olivares están directamente relacionadas con la aplicación. Pero la gran pregunta: ¿hubo negligencia, impericia o imprudencia por parte del médico anestesista al realizar la aplicación? o ¿Hubo error, negligencia, impericia o imprudencia en la técnica utilizada? Respecto a este o estos interrogantes, han sido claramente respondidos por el perito en la conclusión de su informe pericial y al contestar el pedido de aclaraciones. Tal es así que concluye a fs. 616, diciendo ‘...Es de mención que este tipo de complicaciones están descriptos si bien son de baja incidencia y se deben a casos fortuitos de la práctica’ ‘Mas allá de este hecho fortuito y desgraciado es imposible prever en este tipo de práctica las complicaciones para así ser evitadas. Si es aclaratorio que la vía de aplicación como el corticoide utilizado se ajusta a práctica diaria de este tipo de patología. A fs. 629/630 vuelve a aclarar el perito que las secuelas son consecuencia de la aplicación (una complicación que puede existir). Dice el experto que las complicaciones del canal medular existen y las describe: 1) un hecho fortuito; 2) por mala técnica, 3) con intención de dañar. Expresamente indica el perito que el procedimiento se realizó con la intención de mejorar el estado de salud que presentaba el demandante y no de dañarlo. Con esto se descarta la complicación indicada en el inc. 3). Concluye diciendo: ‘Aclaro a VS que en ningún momento se utilizó en la pericia el o los términos ‘directamente relacionados con la mala aplicación’, con esta aclaración queda descartado el inciso 2). Es por ello que puedo concluir sin dudas que se trató de una complicación por un hecho fortuito, que como dijera el perito es un hecho desgraciado cuyas complicaciones resultan imposibles de prever para así evitarlas. Consecuentemente no habiéndose tratado de una negligencia, impericia o imprudencia del médico interviniente y tratándose de una obligación de medios la que se encontraba a su cargo, es que considero que la demanda no puede prosperar”.

4.- El recurrente inicia el escrito con el que sostiene el recurso, realizando una síntesis de las posiciones asumidas por las partes (escritos de demanda y cada una de las contestaciones), reseñando luego los fundamentos de la sentencia.

Resalto de ello que nos recuerda haber sostenido en la demanda que se le prescribe un tratamiento ambulatorio con inyecciones peridurales de corticoides asegurándosele que dicho tratamiento le bloquearía el dolor por un plazo de ocho meses, sin brindársele ningún otro tipo de información sobre dicha práctica.

Tras ello ingresa de lleno en la expresión de agravios.

En este sentido sostiene que la sentencia es arbitraria, al prescindir prueba esencial, realizando una equivocada apreciación de los hechos y del derecho aplicable.

Recuerda que al contestar la demanda el Dr. Arnaudo, quien remite a la contestación efectuada por el Sanatorio Juan XXIII, ´nada alega acerca de la aplicación en sí de la inyección de corticoides (procedimiento utilizado, materiales utilizados, etc.), no invocando ningún argumento tendiente a demostrar que su trabajo fue diligente, es decir de acuerdo a circunstancias de tiempo y personas´. Y seguidamente agrega: ´Es más que evidente y así fue demostrado, según el experto, que el daño sufrido por nuestro mandante obedeció a que el profesional no se condujo con la medida, diligencia e idoneidad debida, existiendo un comportamiento defectuoso de su parte. Se ha acreditado, en las presentes actuaciones, que el resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia e impericia, en definitiva por su culpa´.

Remarca luego lo que entienden son contradicciones de la juzgadora como señalar arribar al rechazo de la demanda reconociendo expresamente ´No deja margen de duda el perito en cuanto a la relación de causalidad entre las lesiones del actor y técnica utilizada. Como asimismo que las complicaciones presentadas por el Sr. Olivares están directamente relacionadas con la aplicación´. Y razona al respecto el recurrente: ´No habiendo dudas en cuanto a la relación de causalidad entre las lesiones de nuestro mandante y la técnica utilizada (Dicho y corroborado por el a-quo), tampoco, en consecuencia, existe duda respecto a la existencia de mala praxis imputable a la demandada, con relación a la práctica médica efectuada sobre la actora y la vinculación con el daño reclamado, teniendo en miras la correlación que debe existir entre la responsabilidad y la incidencia causal del accionar médico´, trayendo a colación párrafos del voto del Dr. Soderó en ´Gullota´, que entiende apontoca tal razonamiento.

Luego, deteniéndose en el párrafo de la sentencia en la que se analizan las distintas situaciones que el perito considero que podrían ser la causa de lo ocurrido en este tipo de prácticas, nos va diciendo: ´En primer lugar, lo dicho por S.S en cuanto a descartar el punto 3 (intención de dañar), resulta una verdad de Perogrullo habida cuenta que si el galeno tuvo esas intenciones estaríamos hablando de una conducta criminal no discutida

en esta sede. En segundo lugar y relacionado al punto 2 (por mala técnica) tanto en el informe pericial como en el pedido de explicaciones el experto dice, en forma contundente, al contestar el punto b) de los puntos de pericia: Si las lesiones sufridas por el actor fueron producto del hecho que se denuncia en la presente demanda: 'sí en relación a la técnica'. Más aún, en las conclusiones el perito dice: 'Esta complicación puede producirse si se penetra inadvertidamente en el espacio epidural y se permite la entrada de aire a dicho espacio'. 'Las complicaciones presentadas por el Sr. Olivares están directamente relacionadas, según lo aportado en autos, con la aplicación, esto es, tanto la vejiga neurogénica como lo presentado con posterioridad a la aplicación'. Al solicitarle aclaratoria y nuevas explicaciones el perito vuelve a ser contundente en su dictamen y dice: 'Las secuelas observadas en el paciente son consecuencia del procedimiento realizado (una complicación e la punción del canal medular)'. Ergo las dos afirmaciones son correctas: aconteció como consecuencia de la técnica y es por eso la respuesta: 'Sí en relación a la técnica'. Con lo dictaminado por el perito la Sra. Juez de Grado no puede descartar el inc. 2, como lo hizo, habida cuenta de la contundencia del informe pericial. Y en tercer lugar el a-quo dice 'Es por ello que puedo concluir sin dudas que se trató de una complicación por un hecho fortuito, que como dijera el perito es un hecho desgraciado cuyas complicaciones resultan imposibles de prever para así evitarlas'. Señores Jueces, el perito en la contestación de las explicaciones pedidas dice: 'Que las complicaciones pueden acontecer: 1.- un hecho fortuito: el paciente se movió, la aguja tenía una falla de fabricación, había una variante anatómica de la columna o un motivo que no puede identificarse'. Nada de esos hechos fortuitos, individualizados por el experto ocurrieron y tampoco fueron demostrados por el anestesista y así lo dijo la Magistrada de Grado 'En su defensa, el Dr. Arnaudo, que remite a la contestación efectuada por el Sanatorio Juan XXIII, nada alega acerca de la aplicación en sí de la inyección de corticoides (procedimiento utilizado, materiales utilizados, etc.), no invocando ningún argumento tendiente a demostrar que su trabajo fue diligente, es decir de acuerdo a circunstancias de tiempo y personas'.

Y profundizando en esta última cuestión, sigue diciendo el recurrente: 'Para resolver si la complicación se trató de un hecho fortuito o si se debió a la culpa del anesesiólogo, se debe seguir las reglas sobre la carga de la prueba, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo. Reiteramos que en este sentido, el anesesiólogo Dr. Arnaudo, no dio ninguna explicación acerca de cuál fue la causa real de la lesión sufrida por la actora. En

su exposición defensiva el Dr. Arnaudo, se remitió a la contestación efectuada por el Sanatorio Juan XXIII de la cual surge que tanto el Sanatorio como el Dr. Arnaudo reconocen que 'La epidural se realizó conforme *lex artis*, y a pesar del cuidado y la técnica correcta el paciente sufrió complicaciones del procedimiento como lo es *neumoencéfalo...*'. En otro orden y antes de concluir su expresión de agravios con la reiteración de conceptos ya expuestos colacionando doctrina y jurisprudencia en apoyo, nos dice: 'Si es una complicación que puede existir, como dice el especialista y lo reitera S.S, el Dr. Arnaudo debió informar adecuadamente sobre ello a nuestro mandante antes de la práctica, y obtener, en ese caso, de su parte el consentimiento para que se llevara a cabo, Es decir, debió mediar consentimiento informado por parte del Sr Olivares, y según surge de autos, no existió, siendo de resaltar, además que no se trató de una intervención de urgencia'.

5.- Finalmente, antes de ingresar en el tratamiento de los agravios exponiendo los fundamentos para la solución del caso, se hace necesario recordar lo que expuso el Dr. Arnaudo en la audiencia celebrada en la Cámara el día 19 de junio de 2018 y de la que se dejara constancia escrita con la conformidad de todos los asistentes, ante las dificultades técnicas de ese día, para su grabación video fónica. Aclarando que el galeno demandado expuso asistiéndose en la oportunidad de la Historia Clínica, transcribo a continuación los párrafos pertinentes: "... Indica que fue un paciente derivado por traumatología. Que su padecimiento en principio era para una intervención quirúrgica pero que los antecedentes y estado del paciente descartaban dicha práctica por el riesgo de mortalidad. Recuerda que vio primero al paciente y efectivamente advertía la necesidad de que la práctica se hiciera en quirófano y con colocación de suero, lo que así se hizo. Refiere que el día de la intervención el paciente refería a dolores en las pantorrillas y había un trastorno en la marcha. Aclara que en la colocación de los corticoides solo era paliativo del dolor; que podría la efectividad del tratamiento durar uno, dos, tres meses, pero que seguramente iba a tener que reeditarse. Remarca que es una práctica compleja. Que la aguja tiene que atravesar ligamentos, que muchas veces pueden estar osificados. Que el canal peridural estaba disminuido, pero que igualmente está habituado a trabajar en estas condiciones. Explica que donde ingresó ya no hay médula sino ramificaciones nerviosas. Refiere que hay un espacio peridural y el espacio raquídeo. El ingreso se produce en el espacio peridural a la altura L2, L3. Puede ser que la aguja produzca un corte sobre la membrana duramadre y que el fármaco se difunda a través del corte hacía el líquido cefalorraquídeo. Recordando que en la tomografía

permitió visualizar un neumoencéfalo señala que puede que haya pasado aire, pero en su opinión ha sido el fármaco el causante de las convulsiones y la problemática que exhibió el paciente. Precisa que la droga se metaboliza y elimina y no genera ninguna otra patología agregada. Refiere que es una complicación que ha sido estudiada, aunque no puede decir con precisión estadísticas al respecto. Enfatiza en que para este tipo de prácticas todos los lugares son delicados, pero la columna lo es más; es más imprevisible, considerando de importancia para el resultado la actitud del paciente y las comorbilidades que tenga. En este sentido vuelve a hacer hincapié en la cardiopatía con un paciente al que se le han efectuado by pass; no recordando si tres o cuatro. Indica también que el cuadro articular neurológico era muy complejo en tanto comprometía las salidas de las raíces nerviosas de la columna lumbar”.

6.1.- Anticipo que en mi opinión asiste razón a la parte actora en cuanto a que corresponde responsabilizar al anestesista que llevara a cabo la práctica médica, así como al nosocomio en que la misma se prescribió y llevó a cabo. Ello fundamentalmente en virtud de no haberse suministrado adecuada información y recabado el consentimiento informado de conformidad a lo prescripto por la entonces vigente ley 26.529 en su texto original, tal como he de profundizar más adelante.

6.2.1.- Creo no obstante oportuno señalar antes de extenderme en consideraciones respecto de las obligaciones emergentes de dicha ley y las consecuencias de su violación con arreglo a las circunstancias del caso, que en mi opinión la labor pericial médica (informe de fs. 608/616 y aclaraciones de fs. 629) resulta cuestionable y genera dudas, evidenciando además omisiones de información relevante para la solución del caso.

En este sentido, sin dejar de reconocer que la ciencia médica es en principio ajena al conocimiento de un juez -del que no resulto la excepción-, tengo como práctica -en la medida de lo posible- nutrirme de conocimientos sobre esas materias ajenas respecto de las que se requiere opinión a través de las periciales o consultas científicas. Ello tanto para comprender lo que se vuelca en los informes en los que abundan muchas veces vocablos absolutamente ajenos a nuestro conocimiento y propios de su ciencia o de la jerga profesional, como obviamente, ponderar lo que el experto nos dice para su aplicación al caso, o incluso apartarme fundamente de sus conclusiones.

La experiencia me ha indicado que suele resultar conveniente cuando se advierte que el texto de un escrito puede resultar copia textual de un documento informático sin que se haya dejado nota de ello, realizar una búsqueda (googlear como comúnmente se dice).

6.2.2.- Y en tal derrotero debo señalar mi sorpresa frente a los hallazgos.

Es que consultando sitios confiables de la Web, se puede extraer el reconocimiento de numerosas complicaciones que pueden resultar de una práctica médica como la que nos ocupa, apareciendo innúmeros modelos de consentimiento informado al respecto de los que se puede extraer con un lenguaje más accesible, de qué se trata la misma, complicaciones, riesgos y beneficios, terapias alternativas. Sobre esto último no puedo dejar de señalar lo por demás explicativo y detallado que es el modelo de consentimiento informado que encontré de la Clínica Vespucio, uno de los centros de medicina privado más grande y jerarquizado de Chile, a cuya lectura me remito (<http://www.clinicavespucio.cl/aplicaciones/consentimientos/consentimientos/9286-24906.pdf>).

6.2.3.1.- Por otra parte -cuestión que me ha parecido de gran significación-, ya para la época en que ocurrieron los hechos, se reputaba aconsejable para disminuir significativamente los riesgos, que la colocación de los fármacos en la zona de la columna se realizara con asistencia radiológica (rx con material de contraste o TAC).

6.2.3.2.- Así, del artículo titulado 'Revisión del tratamiento con corticoides en el dolor de espalda según la medicina basada en la evidencia', aparecido en la Revista de la Sociedad Española del Dolor, vol.16 n° 6 Madrid ago./sep. 2009 ([http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1134-80462009000600008](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-80462009000600008)), con numerosas citas bibliográficas al pie de nota que omitiré en el presente, se puede leer: "Complicaciones del tratamiento del dolor de espalda con corticoides. Las complicaciones se pueden deber a la propia técnica o a los fármacos empleados.

- Debidas a la colocación de la aguja: hematoma, absceso, meningitis, osteomielitis, cefalalgia posterior a la punción lumbar, dolor en el lugar de la punción, pseudomielocele, lesión neural o medular.

- Debidas a los corticoides: hipertensión arterial, retención de líquidos, insuficiencia cardíaca congestiva, lipomatosis, supresión del eje hipotalámico-hipofisario-suprarrenal, síndrome de Cushing, hiperglucemia, síndrome de cono medular, miopatía por esteroides, irregularidades menstruales.

- Debidas al anestésico local: bloqueo motor, arritmia cardíaca, convulsiones, hemorragia retiniana con o sin ceguera.

- Idiopáticas: reacción alérgica a la triamcinolona, aumento del dolor radicular y parestesias, rubor facial y eritema generalizado, parálisis transitoria, síndrome de dolor regional complejo y meningitis aséptica.

Estas complicaciones se deben tener en cuenta al hacer la selección de los pacientes, debiendo tener presente si son hipertensos, diabéticos o están en tratamiento con anticoagulantes, entre otros aspectos. Es importante la selección del corticoide y el intervalo entre las infiltraciones, para minimizar o evitar la supresión del eje hipotalámico-hipofisario-suprarrenal. Es fundamental conocer las posibles complicaciones que se puedan presentar, para su diagnóstico precoz y su tratamiento temprano”.

Y más adelante se puede leer: “Infiltración epidural. La infiltración epidural con corticoides se debe plantear tras el fracaso del tratamiento conservador. Hay diferentes vías de abordaje del espacio epidural: interlaminar, transforaminal y caudal. La vía interlaminar precisa menos volumen que la vía caudal. La vía transforaminal es más específica y la que menos volumen requiere. Dadas las diferencias entre las 3 vías de abordaje se analizarán cada una de ellas por separado. Las técnicas se pueden realizar mediante visión fluoroscópica o por técnica ‘ciega’. Se recomienda la visión radiológica con contraste para mejorar la eficacia de la técnica y reducir la morbilidad. La guía europea para el tratamiento de la lumbalgia crónica inespecífica incluyó 4 revisiones sistemáticas de gran calidad. Esta guía no trató de forma independiente los diferentes abordajes de la vía epidural. En dicha guía se concluía: que los corticoides epidurales no tenían evidencia en el tratamiento de pacientes con lumbalgia inespecífica y sin afectación radicular; que la infiltración epidural con corticoides se podía considerar en pacientes con dolor radicular si la causa del dolor era un prolapso de disco y si el corticoide se infiltraba en la proximidad de la lesión. Consideraban que la infiltración se debía realizar con visión fluoroscópica y que el objetivo debía ser la parte anterior del espacio epidural próximo al foramen. Los resultados de la efectividad de la infiltración epidural y perineural con corticoides en el dolor radicular son contradictorios”. (todos los subrayados me pertenecen).

6.2.3.3.- Por otra parte de la página [www.radiologyinfo.org](http://www.radiologyinfo.org), patrocinada por la Asociación y el Colegio de Radiología Americano (<https://www.radiologyinfo.org/sp/info.cfm?pg=epidural>), se extrae: “Forma en que debo prepararme. Recibirá instrucciones específicas sobre la forma en que debe prepararse, incluso cualquier cambio que deba hacerse en el cronograma de su medicación habitual. Posiblemente se le pida que no coma ni beba nada por varias horas antes del procedimiento, para así evitar problemas estomacales después de la inyección, o porque en algunos centros podrían ofrecer sedación durante el procedimiento.

Posiblemente se le solicite que use una bata durante el procedimiento. Probablemente se le pedirá que vaya al baño antes del procedimiento. Luego uno se queda boca abajo o de costado sobre una mesa especial de fluoroscopia o TC que provee al médico fácil acceso al sitio / los sitios de la inyección. Una enfermera y/o un/a tecnólogo/a le brindarán ayuda para que se sienta lo más cómodo posible, durante y después del procedimiento. Se aconseja programar que un familiar o un amigo lo lleve a su hogar una vez concluido el procedimiento”.

6.2.3.4.- Del artículo ‘Aspectos técnicos en la infiltración caudal guiada por tomografía computarizada’, publicado por la Revista de la Sociedad Española del Dolor, vol.17 n° 8 Madrid nov./dic. 2010

([http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1134-80462010000800004](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-80462010000800004) ), cabe resaltar también: “La técnica más frecuente en la práctica de la infiltración epidural caudal se realiza habitualmente con el paciente en decúbito prono, con la cabeza girada sobre un lado utilizando un arco de rayos X. Mediante la técnica que mostramos, la punción es menos agresiva, más rápida y hay menos posibilidades de complicaciones. El riesgo de perforar el saco dural es prácticamente inexistente, así como de producir hematomas o infecciones, debido a que la manipulación con la aguja es mucho menor y se ciñe únicamente a una punción directa. En el 100% de los casos en que se ha practicado nuestra técnica, la difusión de la medicación administrada se ha realizado en dirección craneal, lo cual se ha verificado debido al contraste que se ha añadido a la mezcla farmacológica”.

6.2.3.5.- También del sitio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos de América para uso de la comunidad en general se extrae información muy accesible sobre el procedimiento que indica el uso de rayos X en la intervención (<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007485.htm>).

6.2.4.1.- Pero los hallazgos resultaron aún más impactantes.

Pude advertir que en su mayor extensión el informe pericial de fs. 608/616, sin citar bibliografía consultada (cuestión siempre conveniente), no colocar comillas o indicar de algún modo que se incluye copia de documentos informáticos o bibliográficos determinados, resulta en su mayor extensión, corta y pega de distintos artículos de consulta en la Web.

En este sentido, hay una copia textual y de gran extensión del artículo de los especialistas del Hospital Italiano de Buenos Aires, titulado ‘Anatomía de la columna vertebral y del raquis aplicada a la anestesia neuroaxial’, publicado en el sitio de la

Federación Argentina de Asociaciones Anestesia, Analgesia y reanimación. ([https://www.anestesia.org.ar/search/articulos\\_completos/1/1/1142/c.pdf](https://www.anestesia.org.ar/search/articulos_completos/1/1/1142/c.pdf) ).

6.2.4.2.- Otro de los que se extrae similitud absoluta con extensos párrafos, es del artículo 'Bloqueo analgésico epidural lumbar para el tratamiento de lumbociatalgia discogénica: estudio clínico comparativo entre la metilprednisolona y la metilprednisolona asociada a la levobupivacaína', publicado por la Revista Brasileira de Anestesiología, vol.61 n° 5, Sept./Oct. 2011, ubicable como páginas ([http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942011000500004&script=sci\\_arttext&lng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942011000500004&script=sci_arttext&lng=es) y

<https://studylib.es/doc/6355625/bloqueo-analg%C3%A9sico-epidural-lumbar-para-el-tratamiento>). Resalto de esta publicación científica que se consigna en la misma que todos los pacientes fueron intervenidos en posición "decúbito ventral durante el bloqueo con la utilización de un aparato de radioscopía y el uso de contraste".

6.2.4.3.- Pero mayor impacto me ha causado la lectura del artículo 'Anatomía de la Región Raquídea y su importancia en los Bloqueos Centrales' ([https://posterng.netkey.at/esr/viewing/index.php?module=viewing\\_poster&task=viewsection&pi=125052&ti=413126&si=1419&searchkey=](https://posterng.netkey.at/esr/viewing/index.php?module=viewing_poster&task=viewsection&pi=125052&ti=413126&si=1419&searchkey=)). Es que de esta publicación que con imágenes es copiada en el informe pericial de autos (fs.614) para la descripción de la punción lumbar, surgen los siguientes datos de sumo interés, respecto de los que el perito omite toda referencia: "II. Técnicas radiológicas en la región raquídea. Disponemos fundamentalmente de 3 técnicas para la valoración de la anatomía y patología de la región raquídea: rx simple, TC y RM. Las tres permiten valorar los elementos óseos y las medidas del canal vertebral y también, mediante la introducción de contraste (radio opaco o paramagnético), la realización de mielografía para mejor valoración del saco tecal. La rx simple permite además, mediante fluoroscopia, obtener imágenes en tiempo real para localizar de forma exacta el punto de punción deseado para la inyección de contraste, anestésico. La TC ofrece la posibilidad de reconstrucciones volumétricas y tridimensionales y puede guiar procedimientos intervencionistas".

6.2.5.- Por cierto, la pericia ofrece muchos otros flancos cuestionables, coincidiendo en aspectos generales como los introducidos por los letrados que asisten al Dr. Arnaudo, al nosocomio demandado y a la aseguradora de ambos en su impugnación de fs. 620/621. Es notoria la falta de solidez de la conclusión de una incapacidad del 72%, que dice 'justipreciar' sin referir a baremos o bridar precisiones, con el agravante que no se

hicieron estudios complementarios. Y ello, además, de ingresar en terreno que podría cuestionársele por no ser propio de su competencia, como lo es la determinación de lo que puede considerarse caso fortuito sobre la que se expresa en su presentación de 629 (no comprende que como ya surgía de la conceptualización de Ulpiano que completara Vinio, el casus es aquél que no puede ser previsto o que previsto no puede evitarse; resultando entonces por caso absurdo sostener que el movimiento del paciente no podía preverse y menos aún que previsto no permitiera adoptar medidas de prevención).

6.3.- Pero no avanzaré hasta aquí más en consideraciones sobre la pericia, para ir de lleno al análisis del caso con aplicación primordial de la ley 26.529.

En tal derrotero he de recordar los artículos centrales de la ley para el caso, en su redacción original, teniendo en cuenta que era la vigente al momento del hecho de conformidad a lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil -también entonces vigente- y 7 del Código Civil y Comercial.

Esta ley 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. 3º 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. 3º 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. 1º 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., t° 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 Standard 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)”.

6.7.- Ya conforme los criterios que expusiéramos en el precedente Tomé y de los que he subrayado los párrafos más significativos, sin hesitación alguna en el caso tanto el anestesista como la Clínica deberían responder por lo padecido por el actor con la práctica médica a la que fue sometido y su secuela de incapacidad. Gran incapacidad conforme lo que surge de los dictámenes periciales; tanto del médico como del psicológico, cuestión ésta sobre los que más adelante profundizaremos.

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 habersele informado y obtenido su consentimiento por escrito.

Pero no solo no está el documento que acredite 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 Juan XIII, 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.

El Decreto reglamentario de dicha ley expresamente establece que ‘Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo’. Cuestión que además ya era exigida por la

doctrina y jurisprudencia anterior a la ley, tal como hemos visto que ya habíamos expuesto en el precedente ‘Tomé’.

6.9.- Remarco que se trataba de una práctica invasiva y riesgosa.

Esta es una cuestión que surge claramente de las citas bibliográficas médicas que transcribiera precedentemente, pero también que fue reconocida por las demandadas y de modo particular surge de las explicaciones que diera el Dr. Arnaudo en la audiencia y que también transcribiéramos.

El citado decreto no ingresa en la conceptualización de ‘invasivo’, pero no parece que en el caso pudiera discutirse tal caracterización.

De la ya citada Biblioteca Médica Americana extraemos al respecto: “Los procedimientos no invasivos no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetran físicamente en el cuerpo. Los ejemplos abarcan: las radiografías, un examen oftalmológico estándar, una tomografía computarizada, una resonancia magnética, un monitor Holter y un ECG. Los dispositivos no invasivos abarcan: audífonos, tablillas externas y férulas. No invasivo es lo opuesto a invasivo (cruento o traumático)”. (<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002269.htm> ).

A lo que cabría agregar que como expone Ciruzzi, “... desde la praxis se toma en cuenta la gravedad de la decisión, en cuanto repercusión de la decisión médica en los derechos personalísimos del paciente, como un parámetro más adecuado que la dicotomía ‘tratamiento invasivo/no invasivo’, ya que ésta puede ser una categoría equívoca y engañosa, en tanto una endoscopía puede ser considerada invasiva, y una quimioterapia por boca, no; mientras que la incidencia en el propio proyecto vital del paciente suele ser mayor en la segunda que en la primera. (Ciruzzi, María Susana, ‘El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26.529 de derechos del paciente’, publicado en la página oficial del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación).

6.10.- Entiendo oportuno agregar conceptos que comparto plenamente, expuestos por Calvo Costas en una publicación bastante reciente sobre la materia: “Es indudable, pues, que el consentimiento informado del paciente se ha constituido en un factor de legitimación de la intervención médica. Es más, tal como lo hemos advertido precedentemente, la ausencia de acreditación del consentimiento informado por parte del facultativo constituye una actuación u omisión culposa que lleva a concluir que ha sido el médico quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la práctica médica realizada en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento luego de haber recibido una información adecuada para ello”. Agregando más adelante

el autor con relación a la ley que comentamos: "... el legislador no ha dejado resquicio para poder pensar si existe la posibilidad de omitir la conformidad del paciente en prácticas o estudios de menor importancia: al expresar que 'toda actuación profesional' requiere el previo consentimiento del paciente, no existe, a nuestro entender, posibilidad de elegir cuál de ellas debe ser consentida o no previamente". Así como respecto de los supuestos de actuaciones múltiples similares a las del caso que nos ocupa: "... .la obligación de informar debidamente al paciente es una obligación que pesa tanto sobre el profesional que ordena la práctica (dado que conoce los antecedentes y el estado del paciente en ese momento), así como también sobre el facultativo que la realiza, ya que este último es el especialista y conoce minuciosamente todos los pormenores del estudio a llevar a cabo (aspectos prácticos, riesgos, duración, complicaciones, alternativas, síntomas que presentará el paciente durante su desarrollo, etcétera). Por lo tanto, de igual modo que el médico que realiza la práctica puede incurrir en mala praxis por un mal desempeño durante el transcurso de ella —con independencia total y absoluta del profesional que la había ordenado—, también puede incurrir en responsabilidad ante la omisión de la obtención del consentimiento informado del paciente originado en una deficiente información de los riesgos que acarrea dicha práctica". (Calvo Costa Carlos, en su trabajo 'El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado'. (Publicado en: RCCyC 2017 (junio), 71 • DFyP 2017 (septiembre) , 219, Thomson Reuters cita online: AR/DOC/1248/2017).

7.- Me extendí sobre la omisión de información adecuada previa al paciente y la inexistencia de conformidad válida para el acto (consentimiento informado), porque hay que recordar 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).

No obstante, en mi opinión, además de no haberse acreditado la existencia de un caso fortuito, todo indica que la práctica se hizo no atendiendo las recomendaciones ya difundidas científicamente para la época en que se realizó.

Refiero concretamente a la asistencia con instrumental de imagen en tiempo real. Ello por lo pronto no solo no surge de la Historia Clínica y elementos de prueba incorporados a la causa, sino que ni siquiera lo invocaron los demandados en sus distintas presentaciones, en las que optaron por generalidades sobre las prestaciones a las que estaban obligados.

Aun con los cuestionamientos que he realizado a la labor del perito, no podemos dejar de señalar que el mismo insistió en la existencia de una relación de causalidad entre la lesión incapacitante y la actuación del anestesista, habiéndose limitado la asistencia de quienes aún continúan como accionados, a cuestionar el grado de incapacidad acordado. Eran los demandados quienes debían probar porque además de ser quienes tuvieron el control absoluto de los hechos, la diferencia de conocimientos y medios tanto técnicos como económicos, es abismal con relación a los del actor. Sin embargo, ni siquiera se preocuparon por explicar en mayor detalle cómo fue que procedieron, y salvo una opinión de la asociación que nuclea a los anestesistas, no trajeron opiniones de los galenos.

Lo fortuito es anormal por excelencia, siendo por consiguiente esto también una de las razones por las que quien lo alega debe cargar con su prueba, e insisto, antes incluso con la precisa determinación del hecho que así pretende calificarse.

Hemos dicho entre otros expedientes y resulta de aplicación al caso: "... Parto por recordar que como señalara el maestro Calemandrei, el proceso tiene una finalidad, una finalidad altísima, que no es otra que la realización de la justicia (Calemandrei Piero, 'Proceso y Justicia', Revista del Derecho Procesal, año X, N° 1, Primer trimestre 1952, pág. 13). Y en esa inteligencia es que el cimero tribunal de la Nación ha dicho: '...cabe finalmente señalar que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada uno y salvaguardar la garantía de defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio'. (conf. CSJN, fallo del 24-04-03, autos: 'Superintendencia de Seguros de la Nación c. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A. y Otros', Publicado en La Ley Online). A tal cometido están obligadas tanto la jurisdicción como de algún modo también las partes, quienes deben actuar con lealtad y buena fe, no pudiéndose dejar de ponderar su contribución con el esclarecimiento de la verdad, así como la actitud contraria. En tal orden de ideas hemos dicho en sentencia del 15/11/2013 correspondiente al Expte. 734-11 y lo reafirmo en el presente que 'El deber de decir verdad existe, por cuanto configura un deber de conducta humana, que no puede aparecernos distinta o amenguada porque se realiza en el proceso... La buena fe, como principio moral, lejos de cuestionarse en su sanción expresa, parece por demás obvia y

siempre presente en las relaciones humanas. La tendencia hacia lo verdadero está dentro de nuestro espíritu, no es un simple dato psicológico y gnoseológico: también constituye un principio ético, esto es, una exigencia moral... En el proceso las partes tienen el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y a colaborar con el juez para asegurar los resultados inherentes a su función, razón por la cual debe soslayar cualquier actitud que pueda resultar reticente, aun cuando se cobije en principios y presupuestos formales' (Osvaldo Alfredo Gozaíni, 'La conducta en el Proceso'). La Constitución autoriza a abstenerse de declarar, pero no a mentir; y repugnaría elementales principios tratar por igual al litigante que miente ostensiblemente de aquél que no procede de igual modo. No se trata de apelar al instituto del perjurio castigando al actor con la pérdida del juicio, pero sí cuanto menos, considero que debe extraerse de tal conducta procesal sancionable, una presunción favorable al relato de su opositor que aun cuando no se considere absolutamente acreditado con la prueba producida, por lo menos no ha podido ser desmentido. (punto 9.3 sentencia de 20/05/2014 correspondiente al Expte. CA-21129). En la misma línea y con suma claridad expresa Heñin: '...en una época donde la sociedad está cada vez más alejada de los valores éticos y morales, la vigencia del principio de moralidad en el proceso judicial se debe acentuar aún más, ejerciendo una función docente y moralizadora. Es que si estamos convencidos de que el proceso es algo muy serio, en donde el fin es encontrar la verdad para determinar a cuál de las pretensiones de los justiciables le asiste la razón y como consecuencia de ello debe triunfar quien la tiene de su lado y no el más vivo, el más chicanero o el que está dispuesto a hacer cualquier cosa para ganar el pleito, debiendo este, por el contrario, pagar el precio de su obrar indebido ¿qué mejor forma de cumplir ese ideario que determinar que aplicar todas las consecuencias desfavorables al sujeto que se comportó incorrectamente?. Un principio lógico nos indica que si una persona tiene algo para esconder, es porque la verdad lo perjudica. Y, además, ¿qué mejor forma de hacer honor al postulado de una sociedad en la que en todos sus órdenes existan verdaderos premios y castigos a las conductas de sus habitantes?. (Fernando Adrián Heñin, 'El proceso de moralidad en el Proceso Civil actual', publicado por El Ateneo de Estudios del derecho Procesal Civil de Rosario, ateneo.org). Hemos dicho asimismo al resolver en el Expte. 198-11 (sentencia de fecha 2/06/2014) y resultando de aplicación al presente lo reiteramos que 'Ha señalado Claudio Kiper y se comparte plenamente, que 'La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuída 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’’). Por lo que siguiendo estos lineamientos, debía el recurrente probar cuando inició la construcción que sería el único acto posesorio con entidad de tal, mas sin embargo no solo no allega prueba al respecto, sino que ni siquiera da su versión. Y como señalara el gran procesalista colombiano, ‘no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino de quien asume el riesgo de que falte’ (Devis Echandia, Hernando, ‘Compendio de la prueba judicial’ Rubinzal-Culzoni, pág. 211), de manera que en todo caso la ausencia de prueba y aún más, la ausencia de un relato preciso sobre el punto, no hace sino perjudicar al propio recurrente. Y es que como afirmara Leo Rosemberg, no debemos olvidar que antes de la carga de la prueba, está la carga de la afirmación y esto le corresponde a ambas partes (Leo Rosemberg, ‘La Carga de la Prueba’, ed. Montevideo, 2002, pág. 198)... Como venimos sosteniendo, quien alega el hecho anormal debe probarlo, pues el normal se presume (Gorphe, ‘De la apreciación de las pruebas’) y asimismo, conforme la regla de las Cargas probatorias dinámicas, quien está en mejor condición de probar o le resulta más fácil hacerlo, es quien asume la carga (Jorge W. Peyrano, ‘Compendio de reglas procesales’, Zeus, 1999, pág. 234)... no habiendo la demandada acercado prueba en contra, siendo que en general las cuestiones que plantea no solo constituyen la anormalidad, sino que además, resultan extremos fácticos cuya prueba está en mejores condiciones de ser por ella probados. Quedaba en consecuencia a su cargo la prueba conforme el principio de la carga dinámica a la que hemos hecho referencia, perjudicándole por consiguiente toda omisión al respecto’.

Hasta decidieron no intervenir en el trámite pericial, cuestión que obviamente no puede jugar a su favor, para lo que me permito recordar lo que dijéramos en ‘Mora c/ Clínica’

(sentencia de fecha 7/08/2017 correspondiente al Expte. N° A-2RO-186-C9-13, en fallo que fuera confirmado recientemente por el Superior Tribunal de Justicia, colacionando precedentes anteriores: “Hemos dicho en ‘Tomé’ (sentencia de fecha 16/04/2015 correspondiente al Expte. N° 334-I-98), citando otros precedentes como ‘Cayuleo’ (sentencia de fecha 18/02/2013 correspondiente al Expte. N° CA-21058) y ‘Zucchini’ (sentencia de fecha 13/08/2014 correspondiente al Expte. N° 34893): ‘... he de cuestionar que el accionado y la citada en garantía, máxime siendo una aseguradora que se supone tiene múltiples reclamos de similar naturaleza, no haya procurado asistirse con un consultor médico de parte. Ciertamente la concurrencia de éste es una facultad y no una carga para las partes, pero el no recurrir a los servicios de uno, cuando además es de presumir que no tenían impedimentos, lleva a que en cierto modo, por su propia conducta, asuman el riesgo que la actividad de contralor e impugnación de la labor del perito oficial resulte deficitaria o ineficaz. Repárese en que se trata de áreas de conocimiento complejas, generalmente opinables y muy ajenas al conocimiento jurídico, de modo que es necesario que las partes acerquen opiniones técnicas y científicas adecuadas para enervar el dictamen del perito oficial... La actuación sin la asistencia de profesional idóneo es un riesgo que ha decidido correr la parte y debe asumir las consecuencias de ello, no pudiendo pretender que los jueces que no tenemos una formación específica en esta ciencia absolutamente ajena al derecho, nos encontremos en condiciones de rebatir las fundadas opiniones coincidentes de especialistas con destacados antecedentes profesionales y académicos’. Y cabe remarcar que, cuanto más se justifica tal aserto, cuando como en el caso, no solo tenemos aseguradoras, sino un médico y una clínica demanda, de manera que nadie mejor que ellos para asistirse en la materia”.

Señala Fernando Pagliuca, comentando un fallo, y compartiéndose resulta de aplicación al caso: “... el consentimiento informado debe, y debió al momento del hecho del caso, constar de 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 su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos

especificados... la importancia trascendental que tiene el consentimiento informado en materia probatoria para juicios de malas praxis médicas, lo convierte quizá en la prueba por excelencia. Porque el apartamiento de lo allí establecido invierte la carga y la deficiencia en su otorgamiento es inexcusable. Es por ello que, para los casos en que no haya un consentimiento informado completo o válido, debe tenerse por no consentido el tratamiento y, por tanto, por no esperados ni aceptados los resultados dañosos que puedan producirse. Si en ese consentimiento no obran las consecuencias que puede acarrear el procedimiento tanto para el común denominador de la población, como específicamente para un paciente de sus características particulares, mal puede tenerse por aceptadas las consecuencias dañosas que puedan producirse en la intervención.... Por ello, para finalizar, la importancia trascendental que tiene el consentimiento informado en materia probatoria para juicios de malas praxis médicas, lo convierte quizá en la prueba por excelencia. Porque el apartamiento de lo allí establecido invierte la carga y la deficiencia en su otorgamiento es inexcusable (Pagliuca, Fernando, 'El consentimiento informado en los juicios de mala praxis médica', JA 2017-III, 623).

El Dr. Bueres como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil Sala D, con la claridad que siempre lo ha caracterizado, en un fallo de ya casi tres décadas, muy anterior a los avances legales que hemos venido viendo, sostuvo: "La situación de superioridad procesal que poseen los profesionales en razón de sus conocimientos técnicos y de las circunstancias que rodean el tratamiento o la intervención quirúrgica, confiere alto relieve a las presunciones judiciales, tal vez en dimensión mayor que en otras materias. De tal suerte, evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el Juez ha de deducir la culpa galénica no probada de modo directo; o con otras palabras: el sentenciante tendrá por probada la culpa cuando el daño, en su ocurrencia, según la experiencia común, no podría explicarse de otra manera que no fuese por comisión de tal culpa (a menos que el médico demandado diere una contraprueba eficaz: no culpa o el casus)" (CNacCiv., Sala D, 9/8/89, 'F.R.M. c/Hospital Ramos Mejía', J.A. 18/4/90).

También se ha dicho: "Por el contrario, si el médico no respeta el derecho del paciente de ser informado, y decidir libremente, y el tratamiento no fuera exitoso, el médico habrá realizado una acción típica y antijurídica, a lo menos culposa, por la que deberá responder penalmente, además de pecuniariamente" (Los aspectos jurídicos del consentimiento informado. Lex artis y la relación médico paciente', Vivian R. Bullemore G, McKinnon R., John R, Thomson Reuters Cita Online: AR/DOC/1650/2013). "Se responde por las consecuencias dañosas, aunque no haya

habido mal arte en la práctica médica en cuestión, si de haber sido adecuadamente informado de todos los peligros significativos, una Persona prudente y razonable puesta en lugar del paciente, hubiera decidido rechazar la práctica médica, haciendo una opción que hace a sus derechos personalísimos” (Cám. Nac. Civil, Sala M, 16/09/02, ‘B. de K.,S.,G.H. v. G.,J.A. y otros’, JA-2003-I-604).-

8.- Propongo en consecuencia hacer lugar al recurso y en consecuencia establecer la responsabilidad del anestesista Dr. Gabriel Arnaudo y Sanatorio Juan XXIII S.R.L., pero considero imposible avanzar en la determinación de los daños y su cuantificación. Ello aún cuando tengamos en cuenta el criterio expuesto por el Superior Tribunal de Justicia entre otros precedentes en el citado ‘Mora c/ Clínica’, desde que indefectiblemente es necesario contar con una información pericial precisa fundada respecto de la incapacidad del actor.

Recuerdo al respecto que el perito médico sostiene que la misma es del 72% pero no fundamenta ni mínimamente respecto de cómo llega a tal conclusión y coincido con los cuestionamientos que por falta de fundamentación realizara la parte demandada. Por otra parte, en el informe pericial psicológico se hace referencia a una incapacidad psicológica del 40%, que es imposible saber que alcance tiene como incapacidad a los efectos de la utilización de la fórmula adoptada por el cimero tribunal de la provincia en el presente ‘Pérez Barrientos’, con la modificación hecha en ‘Pérez c/ Mansilla’, como tampoco es posible saber si el perito médico tuvo también en cuenta tal incapacidad psicológica en su dictamen.

Proceder así sin más, a establecer el grado de incapacidad con fundamento en las facultades otorgadas por el último párrafo del art. 165 del CPCyC, en mi opinión, sería una decisión pasible de cuestionarse por arbitraria o falta de la fundamentación que exige el art. 200 de la Constitución Provincial y el art. 3 del Código Civil y Comercial.

En el precedente ‘Arias c/ Martínez’ (sentencia de fecha 18/10/2012 correspondiente al Expte. CA-20898), con la entonces integrante de esta Cámara la Dra. Mariani, en un caso que de cierto modo guarda similitud con el presente, zanjamos el problema disponiendo la producción de una pericial por médico especialista en psiquiatría desde un principio; pero es claro que ello no lo hemos hecho en el presente y estando en condiciones de resolver sobre la responsabilidad, no resulta razonable posponer un pronunciamiento al respecto para realizar en esta instancia la nueva pericial que de cualquier modo entiendo que se impone.

Consecuentemente he de proponer que se difiera para la etapa de ejecución de sentencia

la determinación de los daños, a cuyo fin deberá establecerse por medio de pericial el grado de incapacidad del actor en su integridad psicofísica.

Así también que antes de disponer las medidas de prueba que se entiendan necesarias para ello, se invite a las partes a una nueva instancia de conciliación o de sujeción al marco de mediación previsto por el art. 36 inc. 2-a) del CPCyC..

De resulta de lo que vengo exponiendo, de compartirse el criterio expuesto se resolvería en el siguiente sentido: a) se tendrá al actor por desistido de la acción y del derecho en relación al Dr. Oscar Joaquín Gómez y su aseguradora, con costas en ambas instancias en el orden causado; b) Se hará lugar al recurso del actor con costas conforme al principio objetivo de la derrota, revocándose la sentencia de primera instancia, adjudicando la responsabilidad en el hecho de daños por el que se ha accionado al Dr. Gabriel Arnaudo y Sanatorio Juan XXIII S.R.L., haciéndose extensiva la condena a Noble Compañía de Seguros S.A. ; c) En la etapa de ejecución de sentencia y previo la instancia de conciliación y mediación a la que se invitará a las partes, se determinarán los daños, su extensión y cuantificación conforme se expusiera en los considerandos del presente, oportunidad en que se resolverá sobre las costas de la primera instancia. TAL MI VOTO.

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, 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: I.- Tener al actor por desistido de la acción y del derecho con relación al Dr. Oscar Joaquín Gómez y su aseguradora, con costas en ambas instancias en el orden causado; II.- Hacer lugar al recurso del actor con costas, revocándose la sentencia de primera instancia; III.- Adjudicar la responsabilidad en el hecho de daños por el que se ha accionado en cabeza de los demandados Gabriel Arnaudo y Sanatorio Juan XXIII S.R.L., haciéndose extensiva la condena a Noble Compañía de Seguros S.A. ; IV.- En la etapa de ejecución de sentencia y previo cumplir con la instancia de conciliación y mediación a la que se invitará a las partes, se determinarán los daños, su extensión y cuantificación conforme se expusiera en los considerandos del voto rector, difiriéndose

para tal oportunidad, la determinación de las costas de primera instancia.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

PRESIDENTE

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

DINO DANIEL MAUGERI

JUEZ DE CÁMARA

(En Abstención)

Ante mí: PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp