En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año 2014, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"E. Z. C. c/ B. S. R. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 103 - Año 2013)**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme al orden de sorteo practicado a fs. 753.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

1.

La Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 646/651, rechazando la demanda entablada por Z. C. E. contra S. B., M. M., S. S. S.R.L. y A. D. O. S. D.T.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que la actora fue intervenida quirúrgicamente aplicando la técnica individualizada como Método de Keller.

Indicó que para analizar la conducta médica resultó de gran trascendencia la pericial que se realizara en autos, la que indicó que la técnica utilizada no resultó la más conveniente teniendo en cuenta la edad y profesión de la actora. En cuanto a la actuación de los profesionales médicos aseguró que se ajustó a los recaudos que marca la ciencia y la práctica médica. Analizó la testimonial rendida en autos.

Estimó que con lo probado en autos no pudo sostenerse que se encontrara acreditado un obrar imprudente, negligente o apartado de los deberes del buen profesional médico.

Indicó que la actora, en su escrito de demanda, no ha cuestionado la técnica quirúrgica aplicada.

Concluyó que no se ha acreditado un actuar negligente que haya comprometido la responsabilidad del médico en los términos de los arts. 512 y 1109 del Código Civil.

Impuso costas a la actora vencida. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 663 apeló la sentencia la actora, expresando agravios a fs. 737/744.

3.

Se agravia la actora por considerar que el decisorio anterior ha omitido analizar la norma del art. 512, Cód. Civil en su integridad, haciendo una aplicación sesgada de ella. Al mismo tiempo considera que ha omitido la aplicación de normas específicas que regulan la materia.

A partir de tales premisas sostiene que el pronunciamiento, al rechazar la demanda, no tuvo en cuenta el deber de información que pesa sobre los galenos previo a una intervención quirúrgica. Ello, por cuanto no se le explicó a la actora los métodos diagnósticos y terapéuticos, lo que se manifiesta a través de la incompletitud del consentimiento informado de fs. 9 (del que no surge la persona autorizada para llevar a cabo la práctica, ni los riesgos que podía correr la paciente en tal sentido), respecto de lo cual, nada señala la sentencia.

Refiere que no es cierto que no haya cuestionado la técnica aplicada en la operación y que tal falta de consentimiento implica una presunción en su contra. Agrega que si hubiera sabido la actora que quedaría peor, otra hubiera sido su decisión al respecto, ya que al desconocer los riesgos a los que se sometía no los pudo asumir.

Tal falta de información, sostiene, cuya prueba se encuentra a cargo del médico, torna imputable a su conducta. Se trata de una omisión culposa que compromete la

legitimidad del acto médico, frente al derecho de la paciente a obtener una información veraz, completa y asequible.

En cuanto a la segunda queja planteada, sostiene que el decisorio valoró erróneamente la prueba.

Ello así, por cuanto el dictamen pericial debió ser valorado en su integridad y no parcialmente. En tanto el perito médico señaló por un lado que la técnica aplicada era segura pero no de elección para la edad y profesión de la actora (ya que pueden aparecer consecuencias no deseadas), por otro lado se contradijo aparentemente, señalando que la intervención se ajustó a los recaudos que marca la ciencia y práctica médica y en tal sentido el decisorio se apartó de las reglas de la sana crítica, dando una solución contraria a las máximas de la experiencia y de la lógica. Concluye que los médicos intervinientes infringieron la *lex artis*, incurriendo en mala praxis por acción.

De lo narrado hasta aquí, se desprende que dos son las quejas que trae el recurrente: a) la falta de valoración del consentimiento informado obrante a fs. 9, y la omisión del decisorio en orden toda valoración sobre el deber de información que pesa sobre el médico interviniente; b) la errónea valoración del dictamen pericial de fs. 608/611, en el que, según el apelante, estimó el error del cirujano en la elección de la técnica aplicable a la paciente, hoy actora en estos autos. Ambas quejas se encuentran interrelacionadas entre sí, y en tal inteligencia las analizaré.

3.1.

Debo comenzar señalando que la falta de información suficiente e inclusive de consentimiento no genera *per se*, en forma automática, la responsabilidad del médico. Entiendo que el consentimiento y la responsabilidad forman una relación bilateral compleja, donde la falta del primero hace presumir la segunda, pero sin comprometerla automáticamente, pues dicha presunción puede revertirse. Así como el mero consentimiento informado no basta para legitimar toda intervención, siendo posible que el médico se torne responsable, aun contando con autorización del paciente, por lógica consecuencia, su falta tampoco compromete automáticamente o en forma inexorable la responsabilidad del médico (cfr. López Mesa, Marcelo J – Trigo represas, Félix A, “ Responsabilidad civil de los profesionales”, E. Lexis Nexis, p.429).

En esa senda se ha inscripto la jurisprudencia nacional, al señalar que la circunstancia de que el médico hubiera incumplido su obligación de informar, no genera *per se* responsabilidad, si al mismo tiempo no se configuran -derivados de aquella omisión-, los restantes requisitos de la responsabilidad (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "L. L., M. Y. c. Medic S.A. y otros", 26/06/2008, La Ley Online, AR/JUR/9233/2008; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Aguilar de Marquina, Elisa c. Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español y otros s/Daños y Perjuicios- Resp. profesional s/ordinario", 30/11/2009, La Ley Online, AR/JUR/76590/2009).

De lo expuesto, se puede colegir que será necesario, entonces, que a la falta de información al paciente, en caso que ello fuere así, se sumen los restantes presupuestos de la responsabilidad para que ella se configure.

No soslayo la normativa aplicable al caso que menciona el recurrente, como así tampoco omito considerar el deber de información del médico al paciente de creación pretoriana, como menos puedo dejar de tener en cuenta que la ley 26.529 (sancionada el 21.10.09) que menciona la recurrente no era de aplicación al tiempo de la intervención quirúrgica cuestionada en estos autos (06.09.2002).

Obra a fs. 9 de estos autos un instrumento suscripto por la actora intitulado "Consentimiento para intervenciones quirúrgicas de ortopedia y traumatología", del que no surge ni persona autorizada a realizar la práctica, ni qué tipo de intervención se le efectuaría a la paciente, lo que evidentemente torna a mi juicio un consentimiento viciado. Ello así, pues cierto es que, al desconocerse ese relevante requisito de la información (qué tipo de intervención se le efectuaría a la paciente), las manifestaciones sobre la asunción de riesgos de eventuales complicaciones (apartado 2.a), y la toma de conocimiento sobre el hecho de no asegurarse la obtención de

resultados deseados (apartado 5), caen en saco roto, pues no se puede prestar conformidad sobre lo que no se conoce.

En cuanto a la naturaleza del consentimiento informado ha dicho Eduardo A. Zannoni que se discute desde ese punto de vista, si el consentimiento informado, es una declaración de voluntad contractual, o tan solo un acto voluntario lícito en los términos del artículo 898 del Código Civil. No cabe duda que la relación médico-paciente se desarrolla habitualmente en el ámbito contractual. "Sin embargo, dice Zannoni, la cuestión que en este momento nos preocupa es el "consentimiento", -más bien asentimiento o autorización- para tratamientos determinados y aún más: el derecho de no consentir en ellos, lo que implica la facultad de optar por no continuarlos, sin perjuicio de la relación contractual preexistente. En otras palabras, el paciente no queda obligado en virtud del contrato con el médico a aceptar cualquier tipo de tratamientos o terapias, pues campea siempre un derecho personalísimo de quien pone en juego su propio cuerpo y su vida. Debe diferenciarse el contrato, del cual surge la relación entre el médico y el paciente, del llamado consentimiento informado, "que nada tiene que ver con una relación contractual, sino que forma parte del derecho del paciente sobre su propio cuerpo, independientemente del momento en que haya dado conformidad, autorización o asentimiento para el acto médico que no es de carácter negocial" (Zannoni, Eduardo, “Reflexiones acerca de la responsabilidad médica, opción del paciente por no continuar un tratamiento, eutanasia, homicidio piadoso y suicidio asistido", trabajo publicado en "Revista de Daños", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2003, tomo 2003-3, p. 17 y ss; Cornet, Manuel, “Consentimiento informado”, Publicado el 17/04/2013, elDial.com - DC1A42).

No obstante ello, será indispensable determinar si ha existido culpa de los médicos intervinientes y relación de causalidad adecuada (art. 901, Cód. Civil) entre esa conducta y el daño, pues de su existencia o ausencia,

dependerá la responsabilidad que a ellos se le atribuya, ya que la sola falta de información no puede dar lugar a la reparación del daño resultante de una intervención, como quedara señalado. A tal fin, partiré de la base que dicha falta de información ha creado una presunción en contra de los galenos intervinientes en la cirugía, que deberá ser desvirtuada, ya que, como quedara dicho, es necesaria la configuración de los restantes presupuestos de la responsabilidad.

En esa línea de ideas se ha señalado que la acción por mala praxis intentada por un paciente a fin de que le sean indemnizados los daños ocasionados como consecuencia de una intervención quirúrgica debe ser rechazada, pues, más allá de las deficiencias del consentimiento informado, de la pericia surge que el médico tratante actuó de conformidad con los parámetros establecidos por la ciencia (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, " Frías, Angela c. Centro Oftalmológico de Diagnóstico S.A. y otro", 22/08/2012, RCyS 2012-XI, 183, AR/JUR/44858/2012).

3.2.

La recurrente manifiesta que ha cuestionado la técnica aplicada en su demanda, y que de haber sabido que quedaría en peores condiciones de las que estaba, otra hubiera sido la decisión a adoptar frente a la intervención quirúrgica.

De sus propias afirmaciones, vertidas en el libelo de demanda, ha quedado expreso todo lo contrario. Ha dicho que "*nunca se explicó a esta parte que las consecuencias podrían ser las que padezco en la actualidad, aunque las mismas son una consecuencia de la mala praxis de los profesionales intervinientes* ***y no la técnica elegida para la intervención quirúrgica****. Prueba de ello es que expresamente se dejó en blanco al momento de suscribir el consentimiento informado, cuál sería la intervención, así como también fue dejado sin completar*

quién sería el profesional autorizado por esta parte para realizar el procedimiento..." (ver fs. 20 vta; el resaltado es mío).

De modo tal que debe quedar debidamente aclarado que la actora no ha cuestionado la técnica utilizada sino la "mala praxis" de los médicos protagonistas de la intervención.

Esa terminología expuesta por la actora en su demanda exige afinar ese concepto, ajustándolo a los antecedentes de autos.

En tal sentido, se ha dicho que existe "mala praxis" cuando se configura un actuar culposo que infringe la *lex artis*, es decir, cuando el profesional demandado no ha observado el estándar de práctica profesional de un facultativo promedio ante un caso similar. La *lex artis* ha sido definida, a su vez, como el conjunto de reglas para el ejercicio médico contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo (cfr. Carrillo Fabela, Reyna, " Tratado de responsabilidad médica" López Mesa, Marcelo J (Director), ed. Legis, p. 548).

Y en una intervención quirúrgica, incurre en responsabilidad profesional por "mala praxis" quien falta a los deberes especiales que la profesión le impone, omitiendo las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia o negligencia (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Carrillo, María Elisa c. Cobas, Carlos F. y otro "(Ac. 71.581), 08/03/2000, LLBA 2001, 65, AR/JUR/3805/2000).

Desde el punto de vista médico legal corresponde entender a la impericia como la ausencia de los conocimientos normales que toda profesión requiere cuando se trata de un médico general y los propios de la especialidad si se trata de un especialista; la negligencia es considerada como el descuido o falta de aplicación o diligencia en la ejecución de un acto o tarea puesta al servicio del acto médico (cfr. Cámara en lo civil y

Comercial de San Isidro, 21.05.91, "Schmit", DJ 1991-2-915). Lo que diferencia a los diversos subtipos es la índole de ese déficit: en la impericia, la falta de previsión proviene de un conocimiento técnico insuficiente o erróneo; en cambio, en la negligencia el déficit se ubica no en el cuadrante técnico sino fáctico: no se tomaron los recaudos para que el conocimiento adecuado se transforme en una práctica segura y de resultados previsibles (López Mesa, op. cit, p. 445).

Para la dilucidación del tema en análisis, habré de acudir a la pericia médica de fs. 608/611 y a la declaración testimonial de fs. 332.

La primera de ellas (fs. 608/611), de cuyas conclusiones no tengo razones para apartarme por haber dado el experto fundamento científico bastante a los requerimientos de las partes, señaló que existen más de 100 procedimientos quirúrgicos descriptos en la literatura para corregir el Hallux valgus, variando desde una simple exostectomía con plicatura capsular a operaciones más amplias que pueden incluir artodesis, transferencia de tendones, artoplastía con refección y diversos tipos de osteotomías a lo largo de la diálisis del metatarsiano, concluyendo que "*el hecho que exista tal abundancia de procedimientos testifica que* ***ninguno*** *es el procedimiento ideal..*" (el resaltado es mío), para corregir la totalidad de las deformaciones, ya que existen diferentes gradaciones de deformidad, así como de factores intrínsecos.

Con relación a la dolencia de la actora, señaló la pericia que presenta al examen pie plano bilateral con metatarso primus varo y hallux valgo corregido en el pie izquierdo y no en el derecho, el cual ha sido reoperado y presenta rigidez de la articulación metatarso-falángica y cabalga parcialmente sobre el segundo dedo. Ambos hallux, remata, presentan una ligera hiperflexión que no afecta la marcha.

En cuanto a la técnica empleada (que como ya se dijera no fue objetada en la demanda pese a las expresiones en sentido contrario en el agravio en

tratamiento), refiere que fue la de keller, y consiste en descomprimir la articulación metatarso-falángica mediante la refección de un tercio a un medio de la falange proximal, relajando de este modo las estructuras laterales contraídas. Dicha técnica consiste en efectuar la disección y la separación de la cápsula articular metatarso-falángica y del periostio de la cara interna de la falange proximal para crear un colgajo rectangular de base proximal de la metáfisis, luego se reseca la eminencia medial al ras de la diálisis metatarsiana y los osteofitos que quedan sobre la cabeza de ese hueso se extirpan; se efectúan posteriormente dos o tres perforaciones sobre las caras internas y plantar de la diálisis proximal. Posteriormente la estructura de la cápsula interna y la placa plantar con los sesamoideos y tendones del flexor corto del dedo gordo insertados en ella se fijan a la falange proximal para estabilizarla. Distalmente se inserta un clavo a través del canal intramedular de la falange proximal de la articulación interfalángica y de la falange distal, saliendo a través del dedo gordo. Luego se inserta en sentido retrógrado en la cabeza del metatarsiano para estabilizar el dedo gordo. Finalmente, en el extremo del dedo el clavo se dobla para evitar su migración proximal.

Sobre dicha técnica, también señaló el experto que : a) es aconsejable para tratar pacientes con mucho dolor (precisamente el dolor invocado en la demanda por la recurrente); b) que se trata de una técnica segura, pero no de elección para la edad y profesión de la actora, ya que pueden aparecer complicaciones no deseadas, siendo una técnica más indicada para personas mayores e inactivas; c) que las complicaciones que se han presentado en la actora, conforme con la literatura médica, son las que habitualmente se presentan en este tipo de cirugía; d) que la actuación de los médicos se ajustó a los recaudos que marca la ciencia y la práctica médica; e) que la cirugía se realizó de acuerdo a técnica, está normalizada y se emplea desde 1887; f) que quizás este procedimiento sea el más utilizado,

pero en la actualidad se considera que debe ser usado en pacientes inactivos, pues hoy en día existen otras técnicas que dan resultados "más funcionales".

En sus explicaciones de fs. 620, el experto médico concluyó que es difícil juzgar si la elección de la técnica fue correcta o no, ya que no examinó a la actora previamente.

De dichas aseveraciones, puedo concluir *prima facie* : a) que ninguna técnica utilizada para estos cuadros, como el de la actora, es ideal ni corrige la totalidad de las deformaciones; b) que se aplicó una técnica aconsejable para personas que padecen mucho dolor, como era el caso de la actora; b) que si bien antigua, es la más común aunque no es en la actualidad la más aconsejable para personas activas y de mediana edad, ya que existen otras, pero a la luz de lo expresado antes, en modo alguno corrigen ellas tampoco las deformaciones; c) que los médicos obraron conforme la *lex artis*; d) que esa distinta técnica (que no individualiza) permite resultados "más funcionales". Como no explica el perito el significado del término "funcional", he acudido al diccionario de la Real Academia española, que en su segunda acepción lo define como "todo aquello en cuyo diseño u organización se ha atendido, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo". Es decir, que las "otras técnicas" a las que se refiere son más fáciles, útiles y cómodas, pero en modo alguno señala que sean más efectivas o resuelvan la dolencia en su totalidad; e) que las complicaciones aparecidas en la actora son las que se producen de ordinario, son las que acostumbran a suceder cuando se emplea la técnica de keller, es decir, responden al curso natural y ordinario de las cosas. Y digo ello así sobre la técnica aplicada, no porque haya sido invocada en la demanda como la causa de las complicaciones que motivan este proceso, sino porque se analiza la conducta médica para desvirtuar la presunción en contra que creó la falta de información médica; f) no advierto en tales

expresiones contradicción alguna. Sólo cabe analizar las apreciaciones del perito -como señala el apelante-, en su totalidad y sin prejuicios.

En cuanto a la segunda de las pruebas mencionadas, esto es, la testimonial de G. (fs. 332) resultan coincidentes con la tarea pericial en cuanto a la normalidad de las complicaciones.

El testigo fue consultado por la actora con posterioridad a la intervención quirúrgica y aseveró que las complicaciones experimentadas por la actora eran previsibles en este tipo de cirugías (contestación a pregunta 9ª y a la 1ª repregunta).

No puedo soslayar que en la demanda, la actora manifiesta haber consultado al Dr. G., quien tras evaluar sus antecedentes y las nuevas radiografías, concluyó que, con motivo de su operación, fueron cortados los tendones que sostienen los primeros dedos del pie, y que esa lesión tendinosa le impedía caminar, con persistentes dolores en ambos pies.

Pese a tales afirmaciones, el testigo G. nada de ello señala al respecto, adjudicando los síntomas y la limitación funcional de sus dedos gordos a la calcificación, que era una consecuencia natural y normal de la operación realizada (contestación a la pregunta 9ª, ya citada).

Tampoco puedo soslayar que la apelante confunde, en esta instancia, "mala praxis" con "elección de la técnica", sin que esta última fuera identificada por el experto ni él asegurara que los resultados hubieran sido mejores.

Menos se explica el recurrente, cuando señala que si la actora hubiera sido informada de los riesgos que implicaba la intervención, hubiera adoptado una decisión distinta ¿se habría negado a la intervención? ¿habría hecho la consulta con otro especialista? ¿se habría informado en procura de otras técnicas? Se desconoce, pues no responde a tales interrogantes.

De la prueba analizada, en síntesis, no se advierte la existencia de relación causal adecuada entre conducta culposa en la cirugía y las complicaciones

experimentadas por la actora, las que resultan ser, de acuerdo al informe pericial y la testimonial de G., una consecuencia normal de este tipo de intervenciones quirúrgicas.

Como el incumplimiento al deber de información va encorsetado con la actuación culposa o no de los galenos intervinientes, y habida cuenta del análisis efectuado respecto de las conclusiones periciales y la testimonial de G., tengo para mí que las críticas de la apelante en relación con el decisorio anterior son desacertadas.

Por mucho esfuerzo que el agravio realice, el perito médico fue concluyente a la hora de señalar que los médicos intervinientes obraron conforme con las reglas de la *lex artis* y que sus consecuencias disvaliosas eran esperables. Es decir, no hubo déficit de previsión, y no hubo, a la luz de la prueba analizada, inobservancia de las reglas de prudencia, ni falta de atención, ni grueso error científico que pudiera reprocharse en sus conductas (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial 1ª, Sala II, Mar del Plata, 07.11.95 "A. de C. c/ Hospital Español de Mar del Plata", LLBA 1996-195 y DJBA 150-443).

En esa línea de ideas, toda vez que el perito médico concluyó que los galenos obraron conforme la *lex artis* y las consecuencias de la intervención fueron las que normalmente suceden (afirmaciones coincidentes del perito médico y del testigo médico), la falta de una información veraz no ha tenido consecuencias en el resultado. Por ende, con dichas aseveraciones periciales ha quedado desvirtuada la presunción que dicha deficiencia en la información creara en contra de los galenos.

Por tales razones, no encontrándose reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil, corresponde desestimar los agravios y confirmar la sentencia venida en apelación.

4.

Por las razones expuestas, considero que el pronunciamiento de autos debe ser confirmado.

5.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, en función del principio objetivo de la derrota, las mismas deben ser impuestas a la parte actora (art. 69, del CPCC).

6.

En consecuencia, en atención al mérito, labor desarrollada y resultado obtenido, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia del letrado de la parte actora, Dr. P. C. M. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

En el voto precedente el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la apelante, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso por la parte actora.

1 – Tratamiento de los agravios de la parte actora

1.a) El deber de información y el consentimiento informado

Se queja la recurrente esgrimiendo -como crítica a la sentencia- una falta de valoración del consentimiento informado obrante en autos y del deber de información que recae como obligación del médico actuante.

Dice López Mesa en *"Pacientes, médicos y consentimiento informado"* (La Ley, 2007-B, 867), que el consentimiento del paciente es una expresión de

voluntad requerida por la jurisprudencia o la ley, sin formalidades solemnes. Por ello, no es precisamente una nimiedad que un médico acometa un tratamiento o intervención quirúrgica sobre el cuerpo de un paciente, sin haber obtenido previamente el consentimiento informado de éste. Pero tampoco su ausencia es señal de procedencia automática de una demanda por indemnización. Este concepto lo reitera el citado autor en *"Revista de Derecho de Daños"*, T. 2007-2.

Sin perjuicio de las constancias que obran en autos, debemos partir de una premisa básica: la obligación de informar que incumbe al médico es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica realizada. Nos encontramos entonces ante dos obligaciones distintas: la de información y la de diligente intervención técnica.

Y en lo que hace al deber de información, debe tenerse presente que en caso de haberse omitido la obtención del consentimiento, aun cuando ello vulnera la autonomía del paciente y su derecho a la autodeterminación, no debe significar que los médicos hayan causado el daño en aquellos casos en que la lesión no obedece a la culpa de los profesionales sino que es producto de un riesgo propio de esa intervención (conf. VAZQUEZ FERREYRA, R.A., "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", pág. 45, Hammurabi, 2002). Coincido -compartiendo en el punto el voto precedente del Dr. Vivas- con la doctrina nacional y extranjera en cuanto a que la cuestión del resarcimiento debe ser resuelta recurriendo a los principios generales que rigen en el Derecho de Daños, principalmente en cuanto al nexo de causalidad se refiere (conf. CALVO COSTA, C.A., "Responsabilidad civil de los médicos…", RCyS 2004, 387; BUERES, A.J., "Responsabilidad civil de los médicos", T. I, pág. 297 y sigs., Hammurabi, 1992; COMPAGNUCCI DE CASO, R.H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", pág. 17, Astrea, 1984; LORENZETTI, R.L.,

"Responsabilidad civil de los médicos", pág. 253 y sigs., Rubinzal-Culzoni, 1986; MOSSET ITURRASPE, J., "Responsabilidad civil del médico", pág. 247 y sigs., Astrea, 1979; YZQUIERDO TOLSADA, M., "La responsabilidad civil del profesional liberal", pág. 288, Ed. Reus, Madrid, 1989; ATAZ LOPEZ, J., "Los médicos y la responsabilidad civil", pág. 335 y sigs., Ed. Montecorvo, Madrid, 1985).

Conforme la norma del art. 906 del C.Civ., en nuestro derecho rige la teoría de la causalidad adecuada, por lo cual sólo deben ser indemnizados aquellos daños que posean un adecuado nexo causal entre la ausencia de la obtención del consentimiento informado y el perjuicio que sufre el paciente a causa de tal omisión. Por lo tanto, no he de compartir las posturas doctrinarias y de algunos tribunales extranjeros (Trib. Sup. España, 12/02/88 y 23/04/92, cit. por Vázquez Ferreyra, ob. cit. pág. 46 y sigs.) quienes sostienen que la omisión por parte del médico de la obtención del consentimiento informado del paciente, provoca que el profesional asuma todos los riesgos de la práctica médica por sí solo, por lo cual deberá responder por la integridad de los daños que sufra el enfermo. Una solución propiciada de tal modo -dice Calvo Costa, ob. cit.- más allá de resultar totalmente injusta, implicaría desconocer y negar la regla de la adecuación de causalidad que debe existir entre el hecho antecedente y el daño.

Del análisis de los elementos fácticos del fallo en crisis emana claramente que la actividad comprometida por el profesional demandado constituyó una obligación de medios, por lo tanto, cualquier intento de atribuirle mala praxis en su actividad sólo podría llevarse a cabo demostrando la actora la culpa del profesional accionado.

Por lo tanto, he de concluir este punto remarcando lo siguiente: a) la falta de consentimiento no torna automáticamente ilegítimo o antijurídico el acto médico; b) la existencia del consentimiento no libera al profesional de las

consecuencias de una conducta negligente o imprudente; y c) en los juicios de mala praxis médica la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del médico que demuestren su negligencia, imprudencia o falta de pericia, mas no solo en cuanto al resultado negativo del tratamiento, pues aun cuando dicho resultado no haya sido el esperado, no compromete por sí solo responsabilidad alguna si la conducta considerada reprochable no está acreditada suficientemente.

En este caso no ha quedado demostrada la imprescindible relación de causalidad entre el obrar del profesional codemandado y las complicaciones que padeciera la accionante como consecuencia de una supuesta ausencia o deficiencia de consentimiento informado, y a ella incumbía probar el aserto de su imputación. En consecuencia, no habiéndose acreditado una relación de causalidad entre el obrar médico y los padecimientos sufridos por la actora, no puede imputarse responsabilidad alguna por ello a los demandados.

Los fundamentos expuestos me conducen, en coincidencia con el voto precedente, al rechazo del agravio analizado.

1.b) <u>El cuestionamiento de la técnica quirúrgica y la imputación de mala praxis</u>

Sostiene la recurrente que cuestionó la técnica empleada por el profesional médico demandado en autos.

Del escrito inicial de demanda surge todo lo contrario a lo expresado en este aspecto en sus agravios. En efecto, al referirse a las consecuencias que padece en la actualidad, dijo claramente que *"…las mismas son una consecuencia de la mala praxis de los profesionales intervinientes y no de la técnica elegida para la intervención quirúrgica…"* (fs. 20 vta.). Queda en claro, entonces, que la técnica quirúrgica nunca fue cuestionada por la reclamante.

Sabido es que las obligaciones nacidas de la relación médico-paciente son de naturaleza contractual y regidas, por lo tanto, por los arts. 499, 512, 519, 520, 521 y 902 del Código Civil, resultando, en consecuencia, presupuestos de la responsabilidad médica, la existencia de daño, la relación de causalidad adecuada entre éste y la conducta imputada y el carácter antijurídico de tal conducta, consistente en un incumplimiento de las obligaciones asumidas a título de dolo o culpa (conf. YUNGANO-LOPEZ-POGGI-BRUNO, "Responsabilidad Profesional de los Médicos", págs. 134 y 155; CAZEAU-TRIGO REPRESAS, "Obligaciones", T. I, págs. 316 y 367; C.C.C.San Isido, Sala 2ª., 01/06/90, JA 29/05/91, pág. 11; CNCiv., Sala H, 09/03/11, "M., A.R. y Ot. c/ S.H. y Ot. s/ D. y Perj. – Resp. Prof y Aux.").

Nuestra doctrina y jurisprudencia es casi unánime al sostener que se trata principalmente de una obligación de "medios" o "de atención" u obligación "de actividad" (conf. LLAMBIAS, J.J., "Trat. D.Civil. Obligaciones", T. I, págs.. 207, 211; ALSINA ATIENZA, D., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", JA 1958-III-587; BUSTAMANTE ALSINA, J., "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", pág. 501; BUERES, A., "Responsabilidad Civil de los Médicos", pág. 183; CNCiv., Sala C, LL 115-116; CNCiv., Sala D, 09/09/89, LL 1990-E-415).

Por ello, en las obligaciones de "medios" el deudor no se compromete a un resultado, sino que pone de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtener el resultado, el cual sin embargo no fue asegurado por el deudor. De ahí que se dice que los médicos tienen una obligación de "medios" y no de resultado, cuya obligación consiste en arbitrar los medios adecuados para la recuperación del paciente, quedando a cargo de éste la prueba que al brindar los medios empleados, se incurrió en imprudencia, impericia o negligencia.

Como consecuencia que el deber de los facultativos es por lo común de actividad, incumbe al paciente la prueba de la culpa del médico (BUSTAMANTE ALSINA, J., "Prueba de la Culpa", LL 99-982, entre otros). Entonces, la llamada culpa profesional es la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, pero que se regula por los principios generales de la culpa precitados. Establecida la responsabilidad del médico, ello producirá consecuencias jurídicas sobre el resto de los operadores involucrados en la demanda.

Lo expuesto permite establecer, tal como lo entiende autorizada doctrina, que no existe una culpa profesional específicamente considerada, o sea un concepto de culpa médica diferente al que describe el art. 512 del Cód. Civil, sin perjuicio de que el patrón comparativo no sea cualquier persona sino, por el contrario, el "buen médico" de su misma categoría o especialidad. De ese modo, la culpa del deudor –médico- en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (arts. 512, 902, 909 y concs. Cód. Civil; conf. BORDA, G.A., "Breves reflexiones acerca de la responsabilidad civil de los médicos", LL 08/04/92, pág. 1; BORDA, G.A., "Obligaciones, 8ª. edic., T. I, N° 93; ORGAZ, "La Culpa", pág. 132; MAYO, J.A., en BELLUSCIO-ZANNONI, "Cód.Civ.Coment.", T. 2, pág. 637 y sigs.).

En cuanto a la carga de la prueba (conf. art. 381 CPCC), es principio general que pesa sobre quien ha sufrido un daño, o sea el paciente o la víctima. Este debe demostrar que el médico ha obrado con imprudencia, negligencia o impericia, ya sea en la intervención quirúrgica que le haya practicado, en la confección del diagnóstico, etc. O sea que el paciente debe acreditar la culpa que imputa al médico en el desarrollo de su tratamiento o en la realización de la intervención quirúrgica, demostrando -por ejemplo- la existencia de negligencia.

Habiendo sentado las bases sobre las que se sustenta la responsabilidad civil del médico, corresponde remitirme ahora a las pruebas producidas en el proceso y esencialmente -atento la índole de la cuestión- al dictamen pericial médico en el cual me apoyaré dado que nada indica que el mismo deba descartarse como elemento valioso de prueba.

A fs. 611 el experto dijo: *"…la actuación de los profesionales médicos intervinientes se ajustó a los recaudos que marca la ciencia y la práctica médica, dado que la cirugía se realizó de acuerdo a técnica, teniendo en cuenta que la operación realizada está normalizada y se emplea desde 1887…"*. Esta conclusión la reiteró el perito a fs. 620, al decir: *"…la actuación de los profesionales encuadra dentro de lo que marca la ciencia y la práctica médica y este procedimiento, como ya se aclaró fue muy usado para corregir hallux valgus, pero actualmente existen otras técnicas con resultados más funcionales…"*.

En lo que hace al procedimiento utilizado en la intervención quirúrgica, el experto dijo: *"…Existen más de 100 procedimientos quirúrgicos descriptos en la literatura para corregir el Hilux valgus… El hecho de que exista tal abundancia de procedimientos testifica que ninguno es el procedimiento ideal. Ningún procedimiento adecuado para corregir la totalidad de las deformidades, ya que existen diferentes gradaciones de deformidad así como de factores extrínsecos…"* (fs. 609).

Lo transcripto se complementa, como prueba relevante, con la declaración testimonial del Dr. M. C. G. (Médico), quien al responder a la 7ª. pregunta, dijo: *"…la Sra. presentaba una complicación de su cirugía que es la aparición de calcificaciones que producía toda la sintomatología que ella refería…"*, agregando: *"…la complicación de las calcificaciones que ella tenía están dentro de las complicaciones de este tipo de cirugías…"* (respuesta a la 9ª. pregunta). En la 1ª. repregunta se le consultó a qué se debieron las calcificaciones, respondiendo: *"…una complicación de la propia cirugía que está dentro de las*

posibilidades de este tipo de cirugías y de todas las cirugías ortopédicas, una calcificación puede aparecer, son impredecibles…" (conf. fs. 331/333).

En supuestos como estos, en que no existe un criterio médico unívoco, es principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado que el juez no podrá tomar partido en la controversia científica adjudicando responsabilidad al profesional, dado que cuando se evalúa la responsabilidad del médico, la culpa comienza cuando se terminan las discusiones científicas (conf. VAZQUEZ FERREYRA, "Prueba de la culpa médica", Hammurabi, 1991, pág. 154 y sigs.; CNCiv., Sala K, 07/10/04, in re "C., L.M. y Ot. c/ S, J.B. y Ots.; ídem, Sala H, 09/03/2011, in re "M., A.R. y Ot. c/ S. H. y Ot. s/ D. y Perj. – Resp. Prof. Médicos y Aux.").

Vale aquí mencionar -conforme lo reconoce la doctrina y jurisprudencia en forma pacífica- que la culpa médica recién aparece cuando se supera el marco de las discusiones científicas, pues debe reconocerse al médico la libre elección o bien la adaptación de los métodos terapéuticos conocidos a las particulares características y específicas reacciones de los pacientes sometidos a su tratamiento. Basta entonces con que sea discutible u opinable el procedimiento a seguirse, para que quede descartada toda idea de culpa, negligencia o imprudencia por parte del profesional que se inclinó por un sistema determinado (conf. CNCiv., Sala H, 20/03/07, in re "Mequetse, J. c/ Larrain, V. y Ots. s/ D. y Perj."; ídem, 09/03/2011, cit.).

En suma, la conducta desplegada por el cirujano aquí codemandado fue una -entre otras- de las que indicaba la ciencia médica. En conclusión, no es posible hablar de error o negligencia cuando el accionar del médico no contradice las reglas de la lex artis, como es el caso. Por esta razón, considero que debe descartarse su responsabilidad, en atención a que no se encuentra configurado uno de sus presupuestos, como lo es la culpa (art. 1109 Cód. Civil).

Las razones y fundamentos expuestos me conducen, compartiendo lo concluido precedentemente por el Dr. Vivas, al rechazo del agravio bajo análisis.

2 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios no han logrado conmover los fundamentos de la sentencia recurrida, el recurso interpuesto no debe prosperar y de allí que corresponde confirmar la misma.

3 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la parte actora que resulta perdidosa en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios del letrado apoderado de la recurrente, Dr. P. C. M., corresponde que sean regulados en el porcentual propuesto por el Dr. Vivas en su voto precedente, en virtud de ajustarse ello a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 646/651;

2. IMPONER las costas de alzada a la parte actora (art. 69, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia del letrado de la parte actora, Dr. P. C. M. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 646/651;

2. IMPONER las costas de alzada a la parte actora (art. 69, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia del letrado de la parte actora, Dr. P. C. M. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDC. CONSTE.