

**Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 312 de 30 de junio de 2009.-  
Se desestima recurso de casación por entenderse que surge acreditado  
que no existió consentimiento informado del paciente.**

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "AA Y OTROS C/ BB – DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACION", FICHA 33-326/1999.

RESULTANDO QUE:

1. Por Sentencia No. 30 de 2 de mayo de 2007 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 16o. Turno (Dra. Crespo) se condenó solidariamente a BB y al Dr. CC, a reparar a la Sra. AA, a su esposo e hijo, los daños padecidos por los hechos de autos, en los porcentajes indicados en el Considerando 4, con intereses computados a partir de la fecha de emisión del pronunciamiento y se difirió para la vía prevista en el art. 378 del C.G.P. la liquidación de los gastos indeterminados, el lucro cesante y el daño futuro. Sin especial condenación en el grado (fs. 403/411 de la Pieza No. 2 de autos).

2. El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o. Turno (Dres. Sassón, Sosa y Chediak) por Sentencia No. 57 de 26 de marzo de 2008, confirmó la sentencia apelada salvo en cuanto a los montos de las indemnizaciones, los que estableció en \$600.000, \$175.000 y \$70.000 (daño moral para la víctima, cónyuge e hijos respectivamente), se incluyó a dos hijos y se dejó sin efecto la condena por lucro cesante y daño futuro a favor del esposo; se revocó asimismo la condena al citado en garantía, CC, impuesta a favor de la parte actora. Sin especiales condenaciones en la instancia (fs. 472/481 de la Pieza cit.).

3. El representante de BB interpuso recurso de casación por considerar que se aplicaron en forma errónea los arts. 7, 1.319 del C.C. y los arts. 153.2, 24.4, 139.2, 140, 141, 153.2, 198, 257.3, 270 del C.G.P., así como la Ley No. 17.250. Sostuvo que el Tribunal estableció en los Resultandos del fallo los motivos que constituyeron los agravios formulados por las partes contra la sentencia de primera instancia, pero, sin perjuicio de esto el Tribunal ingresó a considerar una serie de hechos y elementos que se encontraban fuera de la instancia recursiva, la que erróneamente consideró probados y en los que basó la confirmación de su fallo inicial.

Por consiguiente, alegó, se vulneraron los arts. 198 y 257.3 del C.G.P., ya que la decisión debió circunscribirse a los agravios expuestos por las partes y no ingresar en temas ajenos a la instancia.

Expresó que en cuanto a la valoración de la prueba sobre la información y consentimiento de la Sra. AA para someterse a la intervención quirúrgica, es claro que existió error en la apreciación del material probatorio, lo que determinó que las conclusiones a las que arribó la Sala fueran absurdas.

Agregó que en la demanda se cuestionó exclusivamente el accionar del Cirujano CC y que nada se dijo sobre posibles omisiones de la médico endocrinóloga, se la responsabiliza sobre la falta de información de un acto

médico quirúrgico cuando, por su especialidad, nada podía decir a la paciente sobre riesgos de una intervención quirúrgica compleja como la que se realizó. Manifestó, asimismo, que es incorrecto aplicar la Ley No. 17.250 al caso de autos ya que se trata de una intervención practicada el 2 de enero de 1996, fecha en la que no se encontraba vigente la Ley.

De todas formas, aun cuando no se tomara en consideración dicha norma y se analizara conforme a la normativa anterior, también existió error en la valoración llegando a una conclusión absurda.

Sostuvo que el Tribunal llegó a la conclusión de que la paciente no fue informada de los riesgos y por ende no prestó válidamente su consentimiento, valorando exclusivamente la inexistencia de un consentimiento escrito agregado en la historia clínica.

Expresó, asimismo, que se avaluó en forma absolutamente arbitraria el daño moral de todos los actores, superando ampliamente los parámetros jurisprudenciales para casos similares o más graves al de autos, por lo que se verificó un claro supuesto de absurdo, arbitrariedad o evidente irracionalidad en la fijación discrecional de la cuantía.

En definitiva, solicitó se haga lugar al recurso interpuesto en los términos que surgen de su libelo impugnativo (fs. 491/500 de la Pieza cit.).

4. Conferido traslado del recurso de casación (Providencia No. 171/2008, fs. 501, pieza cit.), fue evacuado a fs. 504/517 por el representante de la parte actora, quien, además, adhirió al medio impugnativo y solicitó, en primer término, que se desestime el recurso interpuesto por BB con especial condena en costas y costos del grado y, en segundo lugar, que se case la sentencia en los términos solicitados en su recurso, incluyendo los rubros daño emergente y lucro cesante.

A fs. 522/522 vta., el representante de BB evacuó el traslado de la adhesión a la casación y solicitó su rechazo, con costas y costos.

5. Por Interlocutoria No. 294/2008 (fs. 524, segunda pieza), el “ad quem” dispuso el franqueo del recurso de casación y la elevación de los autos para ante este Cuerpo, donde fueron recibidos el 5 de setiembre de 2008 (nota de cargo, fs. 529).

6. Por Providencia No. 3117/2008 (fs. 530/531), esta Corporación dispuso dar ingreso al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y declarar inadmisibles la adhesión al recurso deducida por la parte actora.

7. Pasados los autos en estudio de los Sres. Ministros, se acordó el dictado de sentencia en legal forma.

#### CONSIDERANDO QUE:

I. La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimaré el recurso de casación en estudio, en tanto la sentencia del “ad quem” no adolece de ninguno de los vicios que se le imputan, sin imponer especial condenación en gastos procesales en el grado.

II. No es procedente el agravio por supuesta violación al principio de congruencia (art. 198 C.G.P.).

Es aceptado que, necesariamente, debe existir una correlación entre la pretensión y la decisión, pues los extremos que el Juez debe considerar al

fallar se determinan por la referencia precisa y circunstanciada de los hechos jurídicamente relevantes, una sucinta fundamentación del derecho y la petición concreta.

Los Tribunales en virtud de los principios de congruencia y dispositivo, deben siempre decidir “secundum res allegata et probata”, en tanto las facultades decisorias en el grado, están limitadas al conocimiento de las cuestiones que hayan sido expresa o implícitamente propuestas a la decisión del inferior y no hayan sido expresa o implícitamente excluidas por el apelante (Palacio, “Manual de derecho procesal”, T. II, págs. 141-145 de la 4ta. Ed.).

La Sala no violó los arts. 198 y 257.3 del C.G.P.

En efecto, analizó cómo se dieron los hechos de autos y la responsabilidad médica en el acto quirúrgico realizado a la paciente.

En ambas instancias se arribó a la conclusión de que la culpa médica fue plenamente acreditada.

Como lo expresó la Sala: “Así, la falta contra el humanismo médico por soslayar la obligación de información y consejo sobre los riesgos de la enfermedad, opciones terapéuticas (la endocrinóloga no le ofreció alternativas) y riesgos del tratamiento propuesto; culpa técnica del cirujano por la falta de exactitud de los gestos quirúrgicos en la intervención. Diferencias entre la conducta que hubiera adoptado el buen profesional de la especialidad (estándar de referencia) y lo acontecido en el caso” (fs. 477 de la Pieza No. 2 de autos).

III. Tampoco es de recibo el agravio referido a error en la aplicación de los artículos 7 del Código Civil y artículos 140, 141, 153.2 y 270 del Código General del Proceso, Ley No. 17.250 y Decreto No. 258/1992.

En síntesis la recurrente sostiene que, la solución a la que arribó el Tribunal “en cuanto a la supuesta falta de información y consentimiento, no aparece como el resultado de un detenido y correcto análisis de la prueba, en donde se hubieran aplicado correctamente las reglas de la sana crítica y experiencia; por el contrario, el razonamiento surge como completamente arbitrario e infundado...”.

El agravio no es procedente, la sentencia de segunda instancia, confirmó sin discordia, la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto a que no existió por parte de la actora consentimiento “informado” respecto al acto quirúrgico que se le practicó (es de aplicación el art. 268 del C.G.P, en la redacción dada por el art. 37 – Ley No. 17.243.).

“... no existe constancia escrita en la historia clínica de que se le haya informado a la paciente los riesgos de la operación (ni por parte de la endocrinóloga ni del cirujano)...” (fs. 476).

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la responsabilidad médica no sólo se da en la especie por el incumplimiento de la obligación de recabar el consentimiento informado completo, pues aunque lo hubiera hecho no hubiera quedado a salvo de la responsabilidad por los resultados adversos en virtud de que también existió mala praxis en la actuación del médico, según surge de la pericia agregada.

Tampoco se vulneraron los arts. 198 y 257.3 del C.G.P. por hacer referencia a la actuación de la Dra. DD, ya que en ninguno de los pronunciamientos existe condena a dicha profesional.

IV. El recurrente insistió en afirmar en cada uno de sus agravios que al valorar la prueba la Sala arribó a conclusiones absurdas, sin embargo, no sólo no demostró el error aberrante o el absurdo evidente alegado, sino que la valoración probatoria realizada resultó jurídicamente adecuada a las reglas legales de la sana crítica.

Como tuvieron por acreditado, acertadamente, los decisores de los Tribunales de mérito, en el caso, la demandada no probó que la paciente hubiera prestado su consentimiento para el riesgoso acto quirúrgico que le fuera practicado, habiéndosele informado previamente –con precisión y exhaustividad- de las eventuales consecuencias dañosas que la intervención quirúrgica podría acarrear, en forma tal de que la actora pudiera hacer una libre elección -en decisión meditada y razonada- sobre la relación riesgo-beneficio de la operación proyectada sobre su futura vida de relación.

Si la institución médica no recabó, previamente, el libre consentimiento informado del paciente, el acto quirúrgico se tiñe de ilicitud y la mutualista deberá responder por el daño causado a la paciente por la operación.

En efecto, la ilicitud del acto médico torna ocioso incursionar en el examen de la acreditación de conducta negligente de los médicos dependientes de I.A.M.C. que actuaron en la emergencia.

Debe precisarse, asimismo, que el “onus” respecto de la prueba de la prestación del consentimiento debe pesar sobre la institución médica y no sobre el paciente, porque la teoría de las cargas probatorias dinámicas hace gravitar dicho “onus” sobre la parte que tiene en su disponibilidad los medios probatorios tendientes a justificar el acaecimiento de un supuesto fáctico relevante en la dilucidación de la litis.

Y, en el sublite, tal facilidad probatoria la tenía la institución médica, quien disponía a tales efectos, de la historia clínica del paciente, en la que debió consignarse el consentimiento; y así, aun si se admitiera un criterio no excesivamente riguroso en la valoración de la prueba rendida a tales efectos, debió, por lo menos, allegar algún medio probatorio, por ejemplo, testimonios, que permitieran inferir que la obligación de informar fue cumplida.

Por añadidura, no es procedente asignarle al paciente la carga de acreditar un hecho negativo; por el contrario, la postura de BB, se refugió en argumentos de una debilidad llamativa, que en rigor se concretan en que, por la índole de la operación, los médicos “debieron” haberle informado de los riesgos y la paciente “debió saber” las características riesgosas de la intervención y, así, se pretende hacer emanar su consentimiento libre del solo hecho de haber aceptado ser intervenida quirúrgicamente.

Tal postura es, claramente, errónea y aceptar una semejante, haría caer la exigencia de obtener el libre consentimiento informado, el que no requeriría documentación alguna y ni siquiera elementos probatorios cuya eficacia persuasiva permitiera inferir que el asentimiento se prestó.

El argumento de la defensa, podría resumirse en que, en rigor, decidir someterse a una intervención quirúrgica implica “per se” consentir los eventuales riesgos que el acto médico conlleva, lo que supone un verdadero despropósito.

La exigencia del consentimiento informado configura una obligación contractual a cargo de la I.A.M.C. con arraigo en el principio general de la buena fe (arts. 7,

72 y 332 de la Carta Fundamental) y tiene fértil campo de aplicación en sede de ejecución contractual.

Ya desde el año 1988 la jurisprudencia lo ha exigido sin necesidad de que tal obligación fuera concretada por Código de Ética ni decreto del Poder Ejecutivo alguno y con total abstracción de la cuestión atinente a si en el caso estamos ante una prestación abarcada por la Ley de relaciones de consumo.

V. Respecto al agravio sobre error por parte del Tribunal en la aplicación de los artículos 1.319 del Código Civil y 140, 141 del C.G.P., en cuanto a la evaluación del daño moral, el mismo es de rechazo.

El recurrente sostuvo que “la valuación del Tribunal, que incluso elevó la cuantificación de primera instancia, excedió arbitrariamente los parámetros manejados por la jurisprudencia aun para casos de grandes incapacitados o de reparación de la propia vida” (fs. 498).

La Corporación ha establecido que no es posible, en principio, modificar en casación las cantidades fijadas como pago por concepto de daño moral, porque su determinación supone el ejercicio de un poder discrecional -no arbitrario desde luego- por parte del magistrado, imposible, por tanto, de generar un error de derecho (Cf. Sents. Nos. 35/93, 130/95, etc.).

Pero ese poder discrecional de los órganos de mérito, se podría revisar en casación si se comprobara una determinación o fijación de un monto indemnizatorio arbitrario e injusto, por lo ínfimo o lo desmesurado; ello habilitaría al órgano de casación a aplicar los principios del absurdo jurisdiccional y anular, consecuentemente, la decisión de mérito (De La Rúa, “El recurso de casación”, págs. 264, 269, 385 y 469; Vescovi, “La Casación Civil”, pág. 61; Colombo, “Casación: Teoría del absurdo evidente”, en R.U.D.P., 1983, T. 1, pág. 55 y ss.), pero en la especie dicha hipótesis no se advierte, determinando el rechazo del agravio.

VI. La conducta de las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial imposición en gastos causídicos.

VII. Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

FALLA:

DESESTIMANDO EL RECURSO DE CASACION, SIN ESPECIAL  
CONDENACION PROCESAL.  
OPORTUNAMENTE, DEVUELVA SE.

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE RUIBAL PINO