

DAU-0476-000644/2012

En MONTEVIDEO, el día 19 de diciembre de 2012, estando en audiencia el Sr. Juez del JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE 4 TURNO., Dr. Dr. Adolfo Fernández de la Vega, en autos caratulados **C. N., M. Y OTROS c/ ASSE - RESPONSABILIDAD MÉDICA, IUE N° 0002-035349/2010**, habiendo vencido con exceso la hora señalada sin que comparecieran los citados, procede al dictado de la siguiente sentencia definitiva con sus fundamentos:

SEF-0476-000110/2012 VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: "C. N., M. y otros c/ ASSE - RESPONSABILIDAD MEDICA" Fa. 0002-035349/2010".

RESULTANDO:

I) Que adjuntando formularios de oficina de recepción y distribución de turnos (fs. 1-1 vto.) y documentos varios (fs. 2-24), comparecen de fojas 25 a 42, el día 13.8.2010, el Sr. M. A. C. N. y la Sra. M. E. H. L., por sí y en nombre y representación de sus menores hijos legítimos M. F., N. y S. C. H., la Sra. B. N., el Sr. G. M. E., por sí y en nombre y representación de su menor hija natural P. M. C., promoviendo juicio contra la Administración de los Servicios de la Salud del Estado, en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

- 1) Que el día 29.3.2010, la Sra. P. C. H., respectivamente hija, hermana, nieta, pareja y madre los comparecientes, en razón de experimentar fuerte dolores de pecho y espalda, es trasladada al dispensario del

Cerro, donde el médico de guardia que la atiende, concluyendo que se trataba de un fuerte dolor muscular, le receta Ibuprofeno 400 mg, cada ocho horas.

- 2) Que dado que el dolor aumentó con el correr de las horas, es trasladada al Hospital Pasteur, donde el médico sin disponer la realización de otros exámenes, coincide con el diagnóstico referido, recetándole Dicloflex.
- 3) Que como los dolores no calmaban, el día 30.3.2010 no pudo concurrir a trabajar, siendo llevada nuevamente al Hospital Pasteur, donde luego de ser revisada solamente en forma visual y apenas táctil, el médico de turno ratifica que padece dolor muscular y que debía continuar con la ingesta de calmantes en su domicilio.
- 4) Que manteniéndose incambiada la situación, el 3.4.2010 la trasladan al Hospital Pasteur, donde el médico actuante, luego de disponer realizarle una placa, concluye en que está todo normal, enviándola a su domicilio con la misma medicación.
- 5) Que el 6.4.2010 es llevada nuevamente al Hospital Pasteur, haciéndosele saber al médico que era la cuarta vez, disponiendo este la realización de nuevas placas, esta vez de frente y de perfil y por primera vez análisis de sangre y orina, los que permiten determinar alta cantidad de glóbulos blancos, pese a lo cual fue ratificado el diagnóstico de dolor muscular, administrándosele calmantes por vía intravenosa, que permitió que pasara 36 horas bastante aliviada, pero en cama.

6) Que reiniciados los dolores en pecho y espalda el 8.4.2010 es trasladada nuevamente al Hospital Pasteur, en donde en forma increíble se vuelve a catalogar la afección como dolor muscular, disponiéndose la aplicación de un calmante por vía intravenosa, pese a que había comenzado a experimentar fiebre de hasta 39 grados. Como la paciente empezó a experimentar vómitos por primera vez, se le ingresa a emergencia, donde se le vuelven a realizar placas. El médico le dijo a los familiares que no sabía que tenía. Se dispuso la realización de examen de orina, le tomaron la temperatura y la presión, lo que no reveló nada irregular. Se le practicó luego un examen de glicemia, que se situó en 3,85, lo que determinó que se le administrara insulina, que llevara a ubicarla en un nivel normal. Mas tarde luego de experimentar náuseas, la Sra. P. C. comenzó a vomitar, por lo que, se le administra un antibiótico que no surtió los efectos esperados. En el entorno de las 2.30 a las 3.00 horas del 9.4.2010, tiene el primer vómito de sangre, por lo que, el médico de guardia dispone su traslado a reanimación, donde se le pone una sonda gástrica y llaman a otro médico para hacerle una endoscopia, en la que no se encuentra nada anormal, por lo que, es trasladada de nuevo a emergencia. Ya en la mañana del 9.4.2010, no es objeto de examen alguno. En el entorno de las 16.30 a 17.00 horas es trasladada a sala, donde estuvo hasta las 20.00 horas sufriendo insoportables dolores en pecho y espalda. No había en esos momentos médicos ni enfermeras, cuando aparece una enfermera se le pide un calmante, pero esta se niega porque había terminado el turno.

- 7) Que lo antedicho determine que la propia paciente solicite a sus familiares que la trasladen al Hospital Maciel, a lo que acceden, para lo cual solicitan la historia clínica, entregándosele fotocopia de la misma. A los 10 minutos de llegar al Hospital Maciel, cuando era atendida por dos médicos, sin remitir los dolores que la aquejaban, experimenta náuseas y comienza a vomitar sangre reiteradamente, siendo internada en C.T.I., manifestando una Doctora que había entrado en coma, que la habían entubado y que la iban a operar para determinar la causa del sangrado, siendo su situación crítica. Mas tarde un médico comunica que la operación no había arrojado resultados determinantes, que su vida pendía de un hilo pues había hecho un paro cardíaco por 45 minutos, hasta que finalmente a las 23.30 horas se les comunica que había dejado de existir, por causa de una vena que se encontraba al lado de la aorta, debido a un mal congénito. La partida de defunción consigna que la causa de muerte fue un shock hipovolémico. Ahora bien, consta en la historia clínica que la occisa padecía en lugar de una cardiopatía congénita, una malformación vascular en el esófago, localizada en vías digestivas, hecho que se determina en una segunda endoscopia practicada en este nosocomio.
- 8) Que de las actuaciones resulta que los médicos actuantes incurrieron en un evidente error de diagnóstico respecto de la enfermedad que padecía la paciente, lo que en definitiva le provoca la muerte. Fue tratada durante diez días por un presunto dolor muscular, suministrándole únicamente analgésicos. La endoscopia realizada el 9.4.2010, fue obviamente mal realizada, dado que soslayó el origen de la enfermedad.

No resulta de la historia clínica del Hospital Pasteur que pese a la persistencia del dolor se haya requerido consulta a especialistas, como ser cardiólogo, neumólogo o gastroenterólogo, considerando que es todas luces insostenible un diagnóstico de dolor parietal cuando el mismo no calma a lo largo de varios días de entrenamiento. La consulta tempestiva al gastroenterólogo, seguramente le hubiere salvado la vida de haberse logrado un diagnóstico precoz, esto es, antes del sangrado y de la descompensación hemodinámica que llevó al paciente al paro cardíaco a consecuencia del shock hipovolémico.

- 9) Que la responsabilidad estatal está establecida en el art. 24 de la Constitución, correspondiendo integrar la norma constitucional con las disposiciones del derecho privado aplicables, en su caso de la responsabilidad contractual o extracontractual. La legitimación pasiva de A.S.S.E. para responder por el hecho dañoso que da mérito al proceso resulta del muerte debido un grosero error de diagnóstico cometido por personal a cargo en los Hospitales Pasteur y Maciel, quienes actuaron con una llamativa imprudencia, impericia y negligencia.
- 10) Que en razón de que la occisa era una persona de trabajo, habiendo realizado desde muy temprana edad múltiples actividades, había comenzado a trabajar desde el 1.4.1010 en la casa del Sr. O. D., como empleada doméstica percibiendo la suma de \$ 6.500 mensuales, A.S.S.E. deberá por concepto de lucro cesante futuro indemnizarse la pérdida económica de su núcleo familiar, que conformaba junto a su compañero e hija, difiriéndose la liquidación para la vía del art. 378 del C.G.P., debiéndose tener presente que deberá

considerarse hasta que la misma hubiere cumplido 60 años, edad del retiro jubilatorio.

- 11) Que por pérdida de chance de una probable cura o sobrevivencia, por error de diagnóstico y de tratamiento, solicitan que se condene a abonar al núcleo familiar referido, el equivalente al 35% del lucro cesante futuro.

- 12) Que el daño moral padecido por la familia de P. ha sido de gran consideración, pues no solo sus integrantes tuvieron que sobrellevar la agonía de 10 días que sufrió la fallecida en una seguidilla de errores de diagnóstico mientras su vida se iba extinguiendo a través de un proceso lento y doloroso, sino también intentar aprender a convivir con la convicción de que su muerte pudo y debió de haber sido evitada de haber actuado los médicos con una diligencia media. Debiendo estar la suma pretendida por daño moral acorde con los intensos padecimientos y trastornos sufridos, solicitan la suma de U\$S 40.000 para cada uno de los comparecientes, a excepción de P. M. para quien se solicita la suma de U\$S 50.000. El daño moral "*iure hereditatis*", no encontrándonos en un caso de deceso instantáneo, sino como resultado de un proceso de varios días, lo estiman en la cantidad de U\$S 60.000 Como prueba ofrecen: a) documentos adjuntos, b) oficios a Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 4° Turno y al Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal de 16° Turno, c) intimación a la parte demandada a los efectos de que agregue la documentación que relaciona, d) declaraciones de 6 testigos y e) pericia médica. Fundan su derecho en lo dispuesto en los arts. 7, 24, 72 y 322

de la Constitución y en los arts. 1319, 1324, siguientes y concordantes del Código Civil.

Solicitan que en definitiva, se condene a la parte demandada a abonarle la suma reclamadas, con mas reajustes, costos y costas.

II) Que adjuntando historias clínicas (fs. 47-75 vto.), comparece de fojas 76 a 81, la Dra. Amparo Cruz Fiorelli, en nombre y representación de la Administración de los Servicios de la Salud del Estado (A.S.S.E.), según personería acreditada ante el Registro de Apoderados de Organismos del Estado de la Sede, evacuando el traslado conferido por providencia N° 1801/2010 (f. 43), contestando la demanda en base a las siguientes circunstancias de hecho y fundamentos de derecho:

- 1) Que no existió error de diagnóstico, en realidad no se pudo realizar diagnóstico dado lo asintomático de la situación. Este tipo de situaciones ameritan que la paciente quede en observación, justamente a los efectos de poder diagnosticar, pero la paciente se va sin el alta médica. No se realizó consulta con cardiólogo, pues no había un problema cardiológico. No ameritaba consulta con neumólogo, dado que los RX eran normales. Cuando se produce un vómito se consulta con gastroenterólogo, cosa que se realizó, al no poder determinarse el origen del sangrado, queda en observación.
- 2) Que haya ausencia de diagnóstico no implica culpa y tampoco existe nexo causal entre esta conducta de los médicos y el fallecimiento, habiéndose hecho todos los estudios que ameritaban se hicieran con la sintomatología de la paciente. Es evidente que el

estudio realizado por el endoscopista el 9.4.2010, no se realizó en la mismas condiciones que el efectuado en el Hospital Maciel. En el primero no existía pérdida de sangre, sino un pequeño coágulo, por lo que, no se pudo determinar el origen.

- 3) Que la parte actora actora reclama daños en forma muy entreverada, sin aclarar conceptos, ni realiza liquidación de los mismos. Se reclama por una parte el daño patrimonial como disminución del patrimonio, pero no se dice en que redundó la disminución, simplemente se da el concepto del mismo. Por otra parte se reclama el lucro cesante basado en que la actora comenzó a realizar sus tareas de limpiezas el 1.4.2010, agregando un recibo de pago de trabajo a prueba correspondiente al mismo mes en que se sintió mal. Se reclama no solamente el daño total por el fallecimiento sino también la pérdida de la chance, lo que no son acumulables, pues el primero implica el segundo. Sin determinar porque, se dice que este daño es el 35% del lucro cesante futuro. Se solita la misma suma de daño moral para todos los familiares cuando es obvio que no puede ser igual el de un hermano que el del padre, pareja o abuela. Se deberá demostrar, así como la relación que la paciente tenía con cada miembro de la familia. Se desconocen los montos. En el daño *iure hereditatis*, no se entiende si está englobado el daño mortal que es personalísimo y se extingue con la muerte de quien lo padeció. Como prueba ofrece: a) documentos adjuntos, b) declaraciones de 8 testigos y c) pericia médica. Funda su derecho en lo dispuesto en los arts. 117 y ss. del C.G.P. y demás normas concordantes y complementarias. Solicita que en definitiva, se

desestime la demanda con las máximas sanciones procesales.

III) Que por providencia N° 2465/2010 (f. 82), se convoca a audiencia preliminar para el día 25.2.2010, en la cual, según consta en el acta resumida glosada a fojas 85-86, las partes ratifican su escritos de proposición, se tiente inútilmente la conciliación, se fija el objeto del proceso y el de la prueba, disponiéndose finalmente por providencia N° 278/2011 el diligenciamiento de la probanza ofrecida.

IV) Que a fojas 112-115 vto., 116-126 vto., 136-142, 168-171 y 174-181, lucen las actas resumidas de las audiencias complementarias celebradas respectivamente con fechas 19.7.2011, 20.7.2011, 6.10.2011, 18.9.2012 y 29.10.2012, a los efectos de diligenciar la probanza testimonial ofrecida y practicar interrogatorios a los peritos.

V) Que a fojas 143-147 y fojas 150-158, lucen agregadas los informes con las resultancias de las pericias realizadas en autos, respectivamente por el Prof. Dr. Carlos Salveraglio y por la Dra. Beatriz Balbela.

VI) Que habiendo alegado de bien probado las partes por su orden en la audiencia complementaria convocada por providencia MET-0476-002037/2012 (f. 181) para el 22.11.2012 a tales efectos, por providencia MET-0476-002234/2012 se difiere para dictado de sentencia definitiva, con sus fundamentos para el día de la fecha (f. 197).

CONSIDERANDO:

I) Que como se estableciera en la estación procesal pertinente -audiencia preliminar celebrada el día 25.2.2011,

cuya acta resumida luce agregada a fojas 85 - de conformidad con lo preceptuado en el art. 341 nral. 6 del C.G.P., atento a las alegaciones y controversias desarrolladas por las partes en sus escritos de proposición que se encuentran explicitados en los resultandos de la presente a los cuales corresponde remitirse ahora "*brevitatis casusae*", el objeto del presente proceso ha quedado delimitado a establecer si procede condenar a la Administración de Servicios de Salud del Estado a abonarles a los Sres. M. C., M. H., M. C., S. C., B. N., G. M. y P. M., la pérdida de chance, lucro cesante y daño moral "*iure proprium*" y "*iure hereditatis*", reclamados por la mal praxis médica por error de diagnóstico, que atribuyen a los dependientes de la demandada en la atención de la Sra. P. C. (respectivamente, hija, hermana, nieta, pareja y madre de los comparecientes), que provocara que por no ser tratada adecuadamente a tiempo, falleciera por shock hipovolémico.

La controversia se plantea por cuanto la parte demandada niega terminantemente que se hubiere configurado responsabilidad por culpa de su dependientes en la atención de la paciente, aseverando que si nunca se llegó a un diagnóstico fue por lo asintomática de la situación, habiéndose realizado todos los estudios que correspondían a su sintomatología, no existiendo nexo causal entre la conducta de los médicos y el fallecimiento de la paciente; así como también controvierte los daños reclamados, y sus montos.

El objeto de la prueba ha quedado circunscrito a la acreditación de los supuestos fácticos constitutivos de la responsabilidad atribuida a la Administración, o sea, acto ilícito, nexo causal y daños y perjuicios, debiéndose tener en cuenta que la carga de la prueba al respecto conforme a los preceptos legales consagrados por el art. 139.1 del C.G.P., recae evidentemente sobre la parte actora, al

tratarse de hechos constitutivos de su pretensión. Al respecto debe de tenerse en cuenta que: "La carga de la prueba consiste en determinar en cada caso sobre cual de las partes la tarea de probar, ese imperativo del propio interés que le permitir para el caso de alcanzarlo, para el caso de desembarazarse con éxito de dicha carga, convencer efectivamente al tribunal de la veracidad de sus afirmaciones de hecho" (Cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3-4/98, c. 749; N° 3/99, c. 644 y 646). "El actor debe probar los hechos constitutivos de su pretensión, es decir los hechos que han creado u originado la situación que se invoca como fundamento de la pretensión procesal. Quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impositivos o extintivos de aquella pretensión (Conf. Enrique Tarigo; "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo II; págs. 18/19) (Jorge Marabotto, "Prueba. Generalidades" en Curso sobre el Código General del Proceso", Tomo I, pág. 139) (Devis Echandia, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, pág. 487)" (Cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3/99, c. 638 y 646). "La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés del litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el juicio. Puede quitarse esa carga de encima probando, es decir acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala (Couture, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", pág. 242)" (Cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 3-4/98, c. 749 y 750; N° 3/99, c. 641; N° 4/2002, c. 947).

II) Que en cuanto a la fuente de la obligación resarcitoria que se hace valer en la presente causa contra A.S.S.E., actualmente a partir de la Ley 18.1612 persona pública menor descentralizada de la Administración Central, conforme

criterio asentado por nuestra jurisprudencia, el art. 24 de la Constitución establece que el Administración es responsable por los perjuicios que pueda causar, pero no cuándo es responsable, debiéndose analizarse las circunstancias del caso concreto a fin de determinar el tipo de responsabilidad involucrada, y por ende, la normativa que la regula. En tal entorno conceptual, cabe señalar, siguiendo al Prof. De Cores (cfr. *"Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado"*, en *"Anuario de Derecho Civil Uruguayo"*, t. XXII, pág. 403 y ss.), que la responsabilidad civil del Estado habrá de integrarse con las normas de derecho privado aplicables a la responsabilidad contractual o extracontractual, según la concreta hipótesis sometida a decisión, a fin de desbrozar si se trata de responsabilidad objetiva o subjetiva; contractual o extracontractual, directa o indirecta. Es que, como concluye De Cores cuando analiza los problemas de hermenéutica que plantea el art. 24 de la Constitución, realmente no se justifica el abandono de la doctrina publicista de los principios de la responsabilidad civil desarrollados por el derecho privado, si lo que se trata es precisamente disciplinar la responsabilidad civil del Estado, a cuyos efectos los arts. 24 y 25 de la Carta conforman una base endeble.

Acorde al marco fáctico involucrado en la especie y el tenor de la pretensión hecha valer en forma acumulada, no cabe duda que la cuestión se inserta en ámbito de responsabilidad subjetiva, en la medida en que debiéndose en principio la obligación asistencial a cargo de los Hospitales Públicos ser calificada como **de medios**, se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado por **acto del dependiente**, integrándose el precepto constitucional con la noción de **falta de servicio** por una supuesta mal praxis médica, traducida legalmente en la **falta de diligencia de un buen**

padre de familia, para configurar la responsabilidad en cuestión. Debe admitirse, que en ámbito general de la responsabilidad del Estado (art. 24 Carta) ésta no es de principio objetiva, sino que generalmente deriva de la falta de servicio público (por haber funcionado este mal, tardíamente o no haber funcionado) e indirectamente, en la falta personal de sus funcionarios, ya sea por la violación de la regla de derecho o por culpa (cfr. Sayagués Laso en *"Tratado de Derecho Administrativo"*, t I, págs. 618 y ss; Sergio Deus en *"Responsabilidad Civil del Estado"* en L.J.U., t. XCIV, sección doctrina, pág. 32; Martins en R.D.P.P., pág. 57; Simón en *"Problemática de la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional"*, en *"Primer Coloquio de Derecho Público - Responsabilidad del Estado y jurisdicción"*, A.D.C.U.: t. XXIII: c. 959, t. XXXV: c. 740 a 743, T. XXVI: c. 236 y 237), lo que ha llevado a sustentar la opinión que *"...en el caso de responsabilidad del Estado por hecho ajeno, se requiere hecho ilícito del funcionario. Jamás va a responder el Estado (aún cuando se sostenga, lo que es correcto, el criterio de que la responsabilidad vicaria es objetiva), si no existe un hecho ilícito en el dependiente"* (cfr. De Cores, en ob. cit., pág. 411).

Pero además, para se genere responsabilidad estatal, es necesario no solo probar los actos ilícitos que se imputan a los dependientes del Estado (en el caso mal praxis médica por error de diagnóstico), sino que como ya establecimos al momento de fijar el objeto de la prueba proceso que se acredite el nexo causal con el resultado lesivo (en el caso el deceso de la paciente) y los daños pretendidos, sin perjuicio de que para el caso del daño moral debe en su caso analizarse hasta que punto es *in re ipsa*, aún cuando tenga importancia verificar determinados supuestos fácticos para ponderar su monto.

III) Que debe tenerse presente que para configurar responsabilidad el acto médico generador (comisivo u omisivo) debe de haberse desarrollado con dolo o culpa, es decir con producción de errores graves que no pueden encubrirse dentro del margen razonable de falibilidad humana. Como enseña Gamarra, no se discute que la responsabilidad médica está regida por los principios generales, ni tampoco que para individualizar la culpa es menester partir del art. 1.344. No existe un concepto de culpa profesional distinto al de la culpa en general, y habrá culpa médica cuando resulten infringidos los preceptos que establecen el *standard* de conducta a que debe remitirse el médico, esto es, los usos o reglas, métodos y técnicas adoptados por la práctica médica, a los que debe ajustarse el ejercicio profesional (cfr. "*Responsabilidad Civil Médica*", t. I, págs. 37/43). La culpa profesional puede obedecer a impericia (falta de conocimiento técnico y de habilidad en el ejercicio de la profesión médica), imprudencia (realización de acto médico sin tomar las debidas precauciones) o negligencia (actitud descuidada en el facultativo, obligatoria de las leyes de reglamento y tratándose de la obligación de medios, solo puede ser calificada de culpable la conducta del agente cuando presente desviación respecto a la línea establecida para lograr el fin de curar.

Partiendo de tales premisas, deberá determinarse si en autos la parte actora ha cumplido con su carga de acreditar la mala praxis que alega en la atención de la paciente de marras, por error de diagnóstico que impidiera tratarla a tiempo para evitar el luctuoso desenlace. Como ha señalado la doctrina, el diagnóstico es un proceso y no un acto, de tal modo requiere estudios, verificaciones y correcciones, hay un diagnóstico presunto y no confirmado (Conf. Lorenzetti "*Responsabilidad Civil de los Médicos*", T. II, pág 54). El error, en principio, no implica culpa y por ende, no todo

error de diagnóstico significa que indefectiblemente y en todos los casos se genere responsabilidad por el daño que aquél pueda causar. Por ello la doctrina unánimemente ha distinguido entre "error excusable" o "inexcusable", designando al primero como aquel en que la equivocación del profesional es cometida sin incurrir en culpa, la segunda por su parte refiere a un diagnóstico que no se habría emitido si el médico hubiera actuado con diligencia (Cfr. Jorge Gamarra en *"Responsabilidad Civil Médica"*, t. I, pág 69).

Sabido es que en materia de responsabilidad médica la prueba pericial es fundamental, para que el Oficio pueda informarse de aspectos técnicos del arte médico que naturalmente exceden sus conocimientos. Justo es señalar que el juez solo debe conocer en profundidad el Derecho, pero resulta lego frente a otras ciencias, por lo que, salvo casos excepcionales, debe recurrir al asesoramiento de auxiliares de la justicia que le ilustren sobre tales aspectos técnicos, de modo que el fallo resulte justo y adecuado a derecho. De ello también se deriva que el magistrado no puede adentrarse en el análisis de teorías o métodos científicos que desconoce, ni pretender tomar partido o discutir cuestiones que resultan opinables en el ámbito de los entendidos en tales materias. De ahí que también, en forma unánime, se acepta que la culpa profesional comienza donde terminan las discusiones científicas. Ahora bien, la probanza pericial es estimable conforme a las reglas de la sana crítica y en concordancia con los demás elementos de convicción que ofrece la causa. Es que como señala el Dr. Landoni: *"La sana crítica se aplica, entonces, a todos los medios de prueba, incluido el dictamen pericial, principio que es reiterado en el art. 184 del C.G.P."* (cfr. *"Régimen de la prueba pericial"* en *"IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal"*, pág. 231). Cita en la página 232 el autor en tal sentido la Sala Civil de 5º Turno en sentencia N° 195/93 redactada por el Dr. Van Rompaey cuando establece: *"La prueba*

pericial debe valorarse con arreglo al principio de la sana crítica, de lo que fluye que la libertad con la que cuentan los jueces para apreciar el dictamen pericial y apartarse de sus conclusiones no implica reconocer a aquellos una absoluta discrecionalidad" (cfr. "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", N° 2-3/94, c. 925).

En el caso, cobran especial relevancia las consideraciones de la Médico Legista Dra. Beatriz Balbela cuando a fojas 155, destaca que en su informe pericial que el primer desafío que se enfrentó la atención médica brindada a la paciente de marras, era discernir cual era la patología que provocaba el dolor torácico no traumático por el cual consultó en forma reiterada, ya que son múltiples la causas que podían provocarlo, siendo que la reiteración de consulta en una paciente joven debe convocar mayor cuidado y sobre todo no conformarse con un diagnóstico no comprobable. Máxime cuando como en el caso, el dolor no cesaba con los analgésicos recetados, pero pese a ello se insistía solamente en darle los mismos, sin hacer otros tipos de exámenes para ir descartando otras posibles causas. De esta manera la perito señala que **recién en la cuarta consulta se realiza una RX y en la quinta un ECG, no siendo admisible que en la cuarta consulta la paciente no haya sido ingresada, cuando ya debió de haberse hecho en la tercer consulta**, lo que hubiera dado una mayor chance de estudio con actuación médica sistematizada a los efectos de lograr un diagnóstico certero como postulan las pautas del primer congreso uruguayo de dolor torácico. La perito destaca que en esa cuarta consulta no solo persistía el dolor, irradiado a miembro superior sino que tenía disnea, falta de aire con esfuerzos menores y en el reposo, estaba polipneica con 28 respiraciones por minuto (normal es de 12 hasta 20), con taquicardia leve de 100 ciclos por minuto, temperatura de 37,5° sin foco buco faríngeo ni respiratorio.

El examen de orilla en tirilla dio sangre y glóbulos blancos. Pero no se esperaron siquiera los resultados de laboratorio que por algo se habían pedido, ni se la trató por infección urinaria, continuando sin diagnóstico, y de todos modos, fue dada de alta con el mismo tratamiento que tenía de analgésicos mas protector gástrico. Al haber dado la RX normal, sin sintomatología respiratoria entiende la Dra. Balbela que debió profundizarse el estudio en búsqueda de otra patología frente a la persistencia de dolor, pues si este fuera en realidad de causa osteoarticular, hubiere calmado con la medicación y no motivaría reiteración de consulta. El haber continuado realizando un diagnóstico de dolor osteomuscular sin seguir pautas, sin tener en cuenta que no calmaba con la medicación y sin haber realizado un ECG o descartar otras causas fuera de la respiratoria de la que no tenía ningún síntoma, constituye una mala calidad de la atención brindada. De tener la paciente una malformación vascular en el esófago, la atención brindada no fue la adecuada para darle chance de revertir el proceso de muerte. Destaca la perito que es recién en la quinta consulta, frente al sangrado digestivo alto consultan cirujano, que se solicita endoscopia, que no encontró la causa del sangrado, pese a que en la historia clínica consta que había sido preparada previamente con lavado gástrico, por lo que, **sugiere repetir el procedimiento.** Hace hincapié la pericia que si **el endoscopista no encuentra el origen del sangrado debe repetirse en mejores condiciones y aún bajo anestesia general,** así como que fue pasada a sala de medicina, sin haber encontrado la causa del sangrado.

Por su parte, en la pericia del Dr. Carlos Salveraglio (fs. 143-146), se establece que atribuir al dolor de la paciente en cara anterior de hemitorax derecho en ocasiones irradiado al dorso y brazo derecho, un origen esofágico era muy difícil, hasta que la paciente presentó vómitos de sangre.

Entiende este perito que la lesión que provocó el sangrado no se pudo ver en esa primera endoscopia y en consecuencia, no pudo hacérsele el diagnóstico, porque el sangrado se había detenido, había sangre residual de contenido oscuro y porque la paciente no la toleraba. Agrega el perito en sus declaraciones de foja 180 vto., que en realidad el lavado gástrico previo pese a que figura en la historia clínica en realidad no se debió de haber hecho, porque si hubiera ocurrido el estómago estaría limpio y no habría contenido de sangre oscura. De ahí que entienda que la conducta correcta **era mantenerla internada y preparar a la paciente para repetir el estudio endoscópico en mejores condiciones.** Concluye el Dr. Salveraglio que la causa del fallecimiento es anemia aguda por hemorragia digestiva cataclísmica, y dado el informe de la fibro esófago gastroscopía presumiblemente de origen arterial anómala o malformación arterio venosa, lo que constituye una afección excepcional. Por su parte, al no haberse realizado la anatomía patológica ni autopsia, la Dra. Balbela entiende que no puede saberse que enfermedad se trataba.

En base a lo expuesto, si como establece Gamarra la primera regla es que el médico debe agotar todos los medios actuales a su alcance como paso previo para llegar a la emisión del diagnóstico (cfr. *"Responsabilidad médica"*, t. I, pág. 74), debemos concluir que en el caso es inconcuso que existieron omisiones en disponer la medidas adecuadas al no haberse internado antes a la occisa, como establece la Dra. Balbela en su informe pericial a los efectos de en una actuación médica sistematizada, disponiendo los análisis antes para ir descartando posibles causas y tener la chance de llegar a un diagnóstico para poder tratar una enfermedad que no era común, antes de que fuera tarde.

En efecto, ambos peritos si bien coinciden en que estamos ante un caso no común, también son contestes en que **la**

endoscopía debía repetirse en mejores condiciones, dado que la practicada a las 4.30 horas del día 9.4.2008 (f. 60 vto.), no pudo encontrar el origen del sangrado, según consta en la misma por el abundante residual de contenido oscuro limitaba las condiciones de visibilidad y mala tolerancia al procedimiento, según establece el propio Dr. Asadur Tchekemdyian, por lo que, recomienda eventualmente repetir el procedimiento (f. 56). Ciertamente es que como aclara el perito Dr. Salvaraglio, si se hacía en las mismas condiciones va dar lo mismo, por lo que, el estómago debía no tener alimentos ni sangre oscura (digerida), pero desde esa hora, o sea, las 4.30 hasta las 20.00 horas cuando la paciente optara por retirarse del Hospital Pasteur, al ver que nuevamente no le daban ninguna respuesta pese los dolores y sufrimientos a esa altura insoportables que padecía, es inconcuso que **hubo tiempo mas que suficiente para lograr mejorar las condiciones y practicar una nueva endoscopía con el estómago vacío e incluso sedada si era necesario, pues pasaron nada menos que 13 horas y media**. Durante estas la paciente si bien no sangraba, cada vez estaba mas dolorida, sin que conste en la historia que se hubiera siquiera prescripto realizar una nueva endoscopia, cuando corría el riesgo de que ocurriera un nuevo sangrado sin saberse la causa, como sucedió y la paciente falleciera. A esa altura, como estableció el perito Dr. Salvaraglio, los vómitos de sangre orientaban a que la enfermedad podía tener causa del esófago, máxime cuando se habían descartado de otro tipo. No hay duda que el hecho de no haberse realizado antes la nueva endoscopia, pues tiempo para preparar a la actora hubo durante las 13 horas y media referidas, sin que siquiera se dispusiera la misma, incidió causalmente de forma directa de la perdida de una expectativa cierta de recibir un mejor y anterior tratamiento a su dolencia y si bien no puede concluirse que la realización de la misma hubiera asegurado encontrar la malformación arterio

venosa, que todo indica provocara su lamentable deceso, si resulta razonable entender que se le restó la posibilidad de una mejor asistencia.

En cuanto a la invocada "fuga" de la paciente, la perito Dra. Balbela es terminante en concluir que no puede considerarse tal desde el punto de vista médico legal, sino que simplemente optó por tratarse en otro nosocomio, lo que a esa altura por otra parte, dicho y sea de paso, se justificaba plenamente para cualquier persona que estuviera en el lugar de la paciente, luego de que fuera al nosocomio de referencia en seis oportunidades y no lograra obtener un diagnóstico a su dolencia, sin que se agotaran en debida forma los medios a tales efectos. Por otra parte, los dolores que padecía la actora continuaban, y los testigos declarantes en autos dan cuenta que ese día se habían intensificado, sin que se le diera respuesta para calmarlos, al punto de habersele hecho insoportables. A esa altura estaba en sala, sin haber sido siquiera valorada por el médico del piso, pese a que eran las 20.00 horas, el que no apareció en ningún momento, ni cuando se comunicó a la nurse su intención de irse. Siquiera cuando se le salió la vía, hubo inmediatamente una enfermera presta a ponérsela, pese a que sus familiares la llamaron. El propio hecho de que cuando sus familiares comunicaran su voluntad de llevarla a otro lado solicitaran la fotocopia de la historia clínica que la nurse les entregó, es relevante, pues ello sin duda algún tiempo llevó, y no se entiende que no apareciera el médico de sala del piso a intentar hablar con la paciente y su familia para darle alguna explicación, siendo que hasta una médica de emergencia se entera de la voluntad de la paciente de irse a atender a otro nosocomio, según declara la Dra. O. a foja 117 vto.

Se demoró la internación para poder estudiarla en forma, esto determinó que ya comenzaran con atraso a disponerse los estudios para ir descartando posibles causas, y una vez

descartadas las musculares, isquémicas y cardíacas, sugerida a partir los vómitos de sangre una posible causa gastroesofágica, no se dispuso la realización de un necesaria segunda endoscopia pese a que habían pasado ya 13 horas y media de la realizada, mientras la paciente permanecía sin que se le diera respuesta alguna a los dolores que continuaba padeciendo, que eran un alerta de no estaba bien. Ya establecimos que la culpa también existe por falta de diligencia cuando hay omisión por no recurrir a todos los medios de investigación que proporciona la ciencia actual, privándolo de obtener un diagnóstico en tiempo para poder tratar la dolencia. Como explica el Dr. Tabaré Sosa Aguirre en sentencia N° 54 de fecha 29.9.97: "*La medicina no es una ciencia exacta y las estadísticas de necropsias revelan que en el 10% de los casos la afección responsable de la muerte permanecen sin conocerse en vida del paciente (LAMBERT FALRE)*".

Por ello la jurisprudencia condena al médico que es negligente en valerse de los medios de investigación que le proporciona la ciencia médica (culpa)" (cfr. "Lex", N° 3, pág. 162).

Aún admitiendo que la enfermedad padecida no es común y que resultaba difícil de diagnosticar incluso con la práctica de una endoscopia en condiciones, debe sin embargo admitirse que las omisiones de internarla antes para abordar un estudio médico sistematizado adecuado y de disponer la segunda endoscopia, incidió causalmente de forma directa en la pérdida de expectativa que tenía la paciente, en cuanto a que, de haber sido atendida en forma, se habría tenido una chance de llegar a un diagnóstico para obtener un tratamiento adecuado o tempestivo tendiente a paliar el mal que la aquejaba. Esta pérdida de chance de obtener un diagnóstico al no a recurrir en tiempo razonable a todos los medios de investigación que proporciona la ciencia actual, o en

definitiva pérdida de la chance de obtener un tratamiento adecuado, fue directamente causado por las omisiones referidas en la atención brindada a la paciente, y si bien no puede concluirse que la diligencia hubiera evitado la muerte dado las dificultades reconocidas para diagnosticar una enfermedad de este tipo aun repitiendo en condiciones adecuadas la endoscopia a tiempo, parece si razonable sostener que le restó posibilidades ciertas. De ahí, que la pérdida de esa expectativa resulta ser un daño causado según el curso ordinario y natural de las cosas, por la conducta omisa que ya se señaló (cfr. Mosset Iturraspe en *"Responsabilidad por daños"*, t. I; pág. 189; Bueres en *"La responsabilidad civil de los médicos"*, t. II, p. 297).

Enseña Albanese *"existiendo una chance de curación, aunque sea mínima, su pérdida provocada por la demora es imputable y debe ser indemnizada, la posibilidad de evitar el mal debe ser cierta y actual, no constituir una mera posibilidad mas o menos fundada"* (cfr. *"Casos médicos"*, pág. 87).

Dice Larenzetti que la estructura problemática de la estimación del daño se agudiza en aquellos casos en que se está frente a un comportamiento antijurídico que ha interferido en el acontecer natural de manera que luego ello no puede saberse ya si el afectado por ese comportamiento habría o no obtenido los beneficios que esperaba o evitando las pérdidas que quería obviar. En la prestación de la salud el enfermo tiene la "chance" de curarse y en ella coexisten un elemento cierto y otro incierto, hay seguridad de que, de no haber actuado el facultativo negligentemente el paciente habría mantenido posibilidades de curación, no se sabe a ciencia cierta si manteniéndose esa posibilidad de mejoría, la misma se habría producido realmente. Esta posibilidad es cierta, actual y subsistente, por lo que es reparable en la medida de su responsabilidad, lo que en el caso significa desbrozar la repercusión de los factores naturales en el

acontecer causal, para dirimir el ámbito de imputabilidad (cfr. *"Responsabilidad civil de los médicos"*, pág. 217).

IV) Que dadas las precedentes consideraciones, el monto indemnizatorio por los daños reclamados, no podrá nunca ser igualmente al total estimado en la demanda, sino únicamente al porcentual de la pérdida de chance aludida, aplicable a todos los impetrados.

A tales efectos, estima el Oficio que ponderando que como dan cuenta las pericias de marras se trataba de un mal no común y de difícil diagnóstico aun recurriendo a la endoscopia, la chance se establecerá en un 50%.

Siguiendo a Peirano Faccio, *"la noción de daño consiste en la pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho, es la diferencia perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el evento dañoso y después del mismo"* (cfr. *"Responsabilidad Extracontractual"*, pág. 361).

Gamarra en su *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, establece que el daño está causado por un evento (el evento dañoso) que incide, en una situación o relación preexistente entre un sujeto o un bien y la modifica en sentido desfavorable o perjudicial, la nota típica es, por tanto la negatividad, dado que la alteración que produce el evento dañoso comporta inevitablemente una pérdida, un menoscabo, una disminución. Y como único carácter indiscutible en su concepto, unánimemente exigido por la jurisprudencia nacional, destaca la certidumbre, si bien señala que no exige una certeza absoluta, sino relativa según una razonable y fundada consideración y hasta se utiliza una noción de verosimilitud o mera probabilidad, porque la división entre lo probable y lo aleatorio, que marca la frontera entre lo que es o no reparación, tiene contornos inciertos y fluidos. Por eso en lugar de hablar de daño cierto, prefiere circunscribir esta exigencia a la realidad o existencia de daño, así habrá daño

cuando su existencia no pueda ser puesta en duda: basta un daño, pues o si se quiere, el daño es cierto cuando existe (cfr. ob. ct., t. XIX, págs. 213 y ss.). Con similares conceptos se refiere Zannoni al daño en su obra *"El daño en la responsabilidad civil"*, pág. 51, cuando refiere a que: *"...como dice Acuña Anzonera la certeza del daño equivale, a su existencia. La doctrina y jurisprudencia traducen este requisito como efectividad del daño: el daño debe ser real y efectivo, no meramente coyuntural o hipotético."*

Por su parte, refiriéndose específicamente a la responsabilidad civil del Estado, el Dr. Sergio Deus expresa: *"La noción de daño puede enunciarse como la pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho; es la diferencia perjudicial para la víctima entre su situación antes de sufrir el hecho dañoso y después del mismo.- El daño o perjuicio es, conforme ya vimos, uno de los elementos esenciales de la acción reparatoria. Sin daño, no hay reparación y la extensión de ésta depende de la magnitud de aquél. La prueba de su existencia y de su entidad corresponde a quien la alega, es decir al tercero damnificado ... No todos los daños son indemnizables. Se requiere ante todo -y ésta es la nota esencial- que se trate de un daño injusto, o sea, que no haya sido merecido ni provocado por la víctima ... Se requiere, además, que se trate de perjuicios ciertos, comprendiendo en tal calificativo tanto los daños presentes como los futuros, pero no los hipotéticos o meramente eventuales. La reparación debe comprender no solo el daño emergente, sino, incluso, el lucro cesante, siendo de aplicación al respecto lo previsto en el art. 1323 del Código Civil.- Dada la amplitud de los términos utilizados por el art. 24 (de la Carta), no procede la distinción que se ha hecho a menudo entre el daño material y daño moral, para excluir a este último de la reparación. Esa distinción no está contenida en el art. 24 y el problema, por consiguiente,*

debe ser resuelto en la misma forma que se resuelve en derecho privado ... El objeto de la indemnización es el de restituir el estado de cosas existentes antes de producirse el evento dañoso, lo que indica que el resarcimiento patrimonial debe tener, exclusivamente, carácter reparatorio, sin que pueda constituir una fuente de ganancias indebidas o desmesuradas para el damnificado ... La indemnización, en todos los casos, consiste en una suma de dinero - o en el pago de una renta periódica- por un lapso determinado. Y la misma se encuentra sujeta al régimen de reajuste de obligaciones previsto en la Ley N° 14.500, de 8/11/976 ... El daño debe ser, además, directo, es decir es preciso que el mismo sea causado directa e inmediatamente por la acción estatal. Se requiere que se trate de perjuicios ciertos ..." (cfr. "Responsabilidad civil de Estado: art. 24 de la Constitución" en "La Justicia Uruguaya", Doctrina 6, 1987).

En el caso que nos ocupa, los daños a ponderar son el lucro cesante (pasado y futuro) y daño moral (*iure propium* e *iure hereditatis*), no siendo de recibo el adicional del 35% del lucro cesante que reclama la parte actora erróneamente bajo el rótulo de pérdida de chance, pues le asiste la razón a la parte demandada en cuanto a que es está reiterando el mismo rubro, que conceptualmente es lucro cesante, primero reclamándolo por el 100% y luego adicionado otro 35% por idéntico concepto, ya que no se reclama en forma subsidiaria. En cuanto al lucro cesante reclamado, estima el decisor que ha resultado suficientemente acreditado que la actora desde temprana edad había trabajado cuidando niños y haciendo limpiezas, desempeñándose al momento de su lamentable deceso desde hacía un mes como empleada doméstica en la casa del Sr. O. D., donde percibía \$ 6.500 mensuales, con los que contribuía a su manutención y a la de su hija. Pero a juicio del decisor, la probanza de marras no es suficiente para acreditar fehacientemente que realmente convivía bajo el

mismo techo el padre de la niña y pareja o novio de la occisa, el coactor Sr. G. M.. El único elemento probatorio aportado, el testimonio de la Sra. B. R., si bien refiere verlo en la casa de la fallecida, establece que no sabe si vivía ahí o no (f. 115). Lo que conlleva a que solo se haga lugar al lucro cesante respecto de la hija, debiendo entenderse que la fallecida destinaba el 25% de sus ingresos a gastos propios, lo que determina que ponderando que la sentencia responsabiliza a la demandada en términos de chance de otro 50%, la condena será en forma de capital por la suma mensual \$ 2.437,50 hasta los 21 años de edad de P. M., difiriéndose la liquidación para la etapa del art. 378 del C.G.P, con sus correspondientes reajustes del Decreto-Ley 14.500 e intereses legales.

V) Que el daño moral ha sido definido como: *"La violación de uno o de varios derechos subjetivos, que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producido por un hecho voluntarioso, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho a obtener una reparación del sujeto, a quien la norma imputa el referido hecho calificado de ilícito. Y por la violación del derecho subjetivo se entiende la de los bienes, que por no tener una traducción adecuada en dinero, escapan a la esfera del patrimonio y escapan a los actos de comercio jurídico y forman en su conjunto lo que la persona "es" y lo más típico son, la vida, salud, integridad física, honor, libertad etc."* (cfr. Brobbia, *"El Daño Moral"*, pág. 33 y ss.).

En el ocurrente, en cuanto al daño moral iure proprio impetrado, no caben dudas a juicio de decisor de su real padecimiento, en atención a los factores o elementos de apreciación del mismo acreditados en autos a ponderar y a las pautas normales del comportamiento humano, dado el sentimiento que provoca la pérdida de un ser querido a

familiares más cercanos y a su pareja, aún cuando no se probara que al momento del deceso viviera bajo el mismo techo con la fallecida.

Si bien la reparabilidad del daño moral, es a esta altura admitida por doctrina y jurisprudencia, no obstante se señala que es tal vez el problema más difícil que se haya planteado en la responsabilidad civil, porque obliga a traducir un perjuicio no económico en valores patrimoniales (cfr. Gamarra, *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, T. XXV, pág. 488). En sentencias Nos. 313/88, 24/93 y 117/93 la Sala Civil de 4° Turno expresó: *"En el caso del daño moral, la obligación de quien lo ocasionó no tiene carácter de resarcimiento del perjuicio, como en el daño material, sino de satisfacción o reparación. Se ha dicho acertadamente que el resarcimiento en cuanto tiene función de reintegración al patrimonio del sujeto lesionado, determina la abolición del daño patrimonial ya que sustituye al mismo o el equivalente pecuniario (resarcimiento) el cual es proporcional al daño, o la reintegración en forma específica. En cambio, la reparación pecuniaria (la denominada "pecunia doloris") no determina la abolición del daño inmaterial, sino que procura al sujeto lesionado (teniéndose en cuenta su condición social, su edad y demás condiciones) una satisfacción, la cual es un subrogado que lo reintegra del daño mismo o lo distrae. Por tanto no puede tampoco existir -a diferencia de lo que ocurre en resarcimiento- relación de proporción y daño, puesto que estos conceptos son entidades heterogéneas entre sí y por tanto no compensables (Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, pág. 566)"*.

La noción de responsabilidad actualmente imperante en nuestra doctrina y jurisprudencia, tiende a centrar la óptica en la víctima del daño, no en el ofensor, con enfoque resarcitorio del fenómeno y no meramente sancionatorio del responsable, punto de vista utilizado como mecanismo para posibilitar una

adecuada aplicación del principio de reparación integral del daño. Sobre la base de tal criterio se ha elaborado una jurisprudencia, que siguiendo a Zavala de González (cfr. *"Daños a las personas"*, vol. 2 A, págs. 467 y ss.) postula como pauta básica para la evaluación del daño moral, la entidad de las lesiones, su duración, secuelas e incidencia en su vida en relación y por otro, también interesa la personalidad de la víctima y su receptividad particular, conforme las circunstancias de sexo, edad, profesión, estado civil, etc. Pero por otra parte, también se postula como válido por nuestra jurisprudencia consultar los precedentes judiciales y las tablas comparativas de montos otorgados por los jueces en materia de daño moral, publicadas a partir del tomo XV del *"Anuario de Derecho Civil Uruguayo"*, como guías o pautas de referencia para estimar el *quantum* en el caso sometido a su resolución, buscando uniformizar los criterios y adecuar los montos a la realidad social y económica imperante en el país en la época del evento dañoso. La Dra. Beatriz Venturini en su obra *"El Daño Moral"*, 2da. ed., pág. 96, luego de señalar que no debe perderse que se pretende la reparación integral del perjuicio y que el norte a alcanzar es la reubicación del damnificado en la situación que tenía antes de producirse el evento dañoso, explica que valorar significa confrontar un objeto con una entidad cuantitativa y que los criterios de valoración pueden dividirse en objetivos, según los cuales se toma en cuenta "in abstracto" el valor del bien dañado, dando paso a medios de estimación automáticos o tarifados, constantes para todos los casos, y subjetivos, en los que se considera la estimación del perjuicio en relación que el bien tiene para el sujeto lesionado. Esta apreciación "in concreto" supone tomar en cuenta que diferentes bienes pueden tener diferentes valores para distintos sujetos en forma proporcional a las diversas necesidades y sensibilidades de cada uno. Como conclusión

establece la prestigiosa autora, que si bien los criterios subjetivos se amoldan como anillo al dedo al tema de la apreciación y cuantificación del daño moral, existe una tendencia hacia pautas de tipo objetivo que emergen de la propia realidad del país de que se trata ("el Juez uruguayo no puede fijar las mismas cantidades que su colega norteamericano") y de la publicidad de los antecedentes judiciales en la materia. Nuestro máximo civilista, el Dr. Jorge Gamarra, señala que el sistema de consultar los montos fijados en casos similares, opera como factor de armonización y compensación del daño extrapatrimonial, ya que aporta una guía, un punto de referencia y permite valorar además de las cuantificaciones precedentes realizadas, las circunstancias del caso particular (cfr. *"Guía para liquidar el daño moral a la persona"* en *"Anuario de Derecho Civil Uruguayo"*, tom. XXI, págs. 450 y ss.; *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, tom. XXV, págs. 159 y ss.).

No puede inferirse por lo tanto, una objetivización total de los elementos de juicio para fijar el daño moral, sino que partiendo de ciertos parámetros comunes, el Juez debe llegar a la suma que estime justa de acuerdo a las especiales circunstancias de cada caso en concreto; poniendo como notablemente lo señala Mosset Iturraspe, la máxima distancia de dos censurables extremos: la irrisoriedad cuasi-injuriante de una suma meramente simbólica, tanto como de un monto desmesurado, incongruente con la realidad del caso y jurisprudencial del medio, injustamente enriquecedor. Pero doctrina y jurisprudencia coinciden actualmente que no deben incidir al momento de determinar la entidad del perjuicio moral ni la culpabilidad del ofensor, ni la situación económica de las partes, dado que son aspectos externos ajenos al daño mismo y que el perjuicio moral no tiene naturaleza sancionatoria; así como en que no corresponde determinar la cuantía del daño moral según la entidad del

patrimonial, ya que no existe ninguna relación entre una y otra clase de daño, como tienen distinta naturaleza el uno no puede ser estimado por el otro; la cuantía del daño patrimonial no influye sobre la entidad del moral, que no depende del patrimonial, dado que se origina en la lesión a otro tipo de bienes (Gamarra, ob. cit., tom. XIX, págs. 265, 266 y 286 y tom. XXV, ed. 1994, págs. 404 a 414; Venturini, ob. cit., págs. 74, 75 y 80; Sazfir-Venturini, *"Responsabilidad civil de los médicos"*, págs. 133 y 134; Van Rompaey, en *"Primer Simposio Internacional sobre Responsabilidad civil en el transporte terrestre"*, pág. 222 y 233).

En consecuencia, teniendo en cuenta el porcentaje establecido de responsabilidad del 50%, ponderando el cúmulo de circunstancias objetivas y subjetivas del caso, así como los parámetros manejados por la jurisprudencia para casos similares, aún admitiendo su relativo valor ya que cada caso tiene sus particularidades propias, el decisor en un intento quizás imperfecto y siempre opinable, fijará el quantum del daño moral provocado, en la suma equivalente a U\$S 12.500 para cada uno de los padres de la occisa reclamantes Sres. M. C. y M. H., a U\$S 7.500 para cada uno de los hermanos Sres. N., M. y S. C., a U\$S 5.000 para su abuela Sra. B. N., a U\$S 10.000 para su pareja o novio Sr. G. M. y a U\$S 12.500 para su hija, P. M..

VI) Que en lo que hace a la pretensión deducida por daño moral *iure hereditatis*, se impone su franco rechazo por cuanto el decisor se afilia la posición doctrinaria y jurisprudencial, que aboga por la intransmisibilidad sucesoria del daño moral en la medida en que el mismo se funda en la lesión o agravio a bienes jurídicos personales del damnificado y por ende inherentes a la personalidad (cfr. Zannoni en *"El daño en la responsabilidad civil"*, pp. 4, 4A)

o porque la prestación se ha tornado imposible (cfr. "Anuario de Derecho Civil Uruguayo", t. XXIV, c. 314; en el mismo sentido t. XXX, c. 341 y 342; t. XXXI, c. 200).

En efecto, se comparte la interpretación, aún cuando sea minoritaria, que sostiene el carácter personalísimo -y por ende, la intrasmisibilidad- del daño moral que la víctima no ha reclamado antes de su fallecimiento, asignándole un valor patrimonial concreto, adhiriéndose al criterio sostenido por Orgaz (cfr. "El daño resarcible", pág. 259), Brebbia (cfr. "El daño moral", págs. 247/248), juristas cordobeses citados por Mosset (cfr. "Responsabilidad por daños", tomo IV, "El daño moral") y, entre nosotros, Reyes (cfr. "Intrasmisibilidad del daño moral" en "La Justicia Uruguaya", tomo 107, doctrina, pág. 47) y Alonso De Marco en memorable y fundada discordia (Sentencia de la S.C.J. No.59/93 en "Anuario de Derecho Civil Uruguayo", tomo XXVI, nota 278). Como se estableciera en esta última, se reputa contraria la esencia y razón de ser de la tesis reparatoria del daño moral a la pretensión resarcitoria *iure hereditaris*, considerándose no transmisibles por herencia los derechos y obligaciones inherentes a la persona del difunto, entre los cuales se encuentra el dolor experimentado que forma parte de la intimidad del sujeto. Por lo que, debe concluirse que no es cierto que el derecho a resarcimiento emergente de la lesión al derecho de la personalidad existe en la "herencia" (art. 1039 CC) sino que solo existe la facultad de accionar en juicio para que el Oficio traduzca en dinero el dolor sufrido (cfr. "Anuario de Derecho Civil Uruguayo", t. XXIV, c. 314; en el mismo sentido t. XXX, c. 342; t. XXXI, c. 200).

VII) Que de las resultancias de autos no resultan elementos que conlleven a la convicción de que la conducta procesal de las partes amerite la imposición de sanciones causídicas en el grado (art. 688 del Código Civil y art. 56 del C.G.P.).

Por lo expuesto y por lo dispuesto en las normas citadas, así como en lo arts. 7, 24 y 332 de la Constitución, art. 688 del Código Civil y arts. 56, 117, 118, 130 a 132, 137 a 142, 146, 148, 149, 153 a 161, 165, 170, 171, 190, 195, 197, 198, 203, 340, 341, 343 y concordantes del Código General del Proceso

FALLO:

HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE A LA DEMANDA Y EN SU MERITO, CONDENANDO A LA PARTE DEMANDADA ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SALUD DEL ESTADO A ABONAR: A) POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE A P. M. LA SUMA DE \$ 2.437,50 (PESOS URUGUAYOS DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE CON CINCUENTA CENTÉSIMOS) DESDE ABRIL DE 2010 HASTA EL CUMPLIMIENTO DE LOS VEINTIUN AÑOS DE EDAD, DIFIRIENDOSE LA LIQUIDACION A LA ETAPA PREVISTA EN EL ART. 378.1 DEL C.G.P., CON MAS LOS REAJUSTES DEL DECRETO-LEY N° 14.500 E INTERESES LEGALES; B) POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL A LOS COACTORES SRES. M. C. Y M. H. LAS SUMAS DE U\$S 12.500 (DOLARES ESTADOUNIDENSES DOCE MIL QUINIENTOS) A CADA UNO DE ELLOS, A LOS COACTORES SRES. N., M. Y S. C. LAS SUMAS DE U\$S 7.500 (DOLARES ESTADOUNIDENSES SIETE MIL QUINIENTOS) A CADA UNO DE ELLOS, A LA COACTORA SRA. B. N. LA SUMA DE U\$S 5.000 (DOLARES ESTADOUNIDENSES CINCO MIL), AL SR. G. M. LA SUMA DE U\$S 10.000 (DOLARES ESTADOUNIDENSES DIEZ MIL) Y A P. M. LA SUMA DE U\$S 12.500 (DOLARES ESTADOUNIDENSES DOCE MIL QUINIENTOS), CON MAS LOS INTERESES LEGALES A LA TASA DEL 6% (SEIS POR CIENTO ANUAL).

COSTOS Y COSTAS POR SU ORDEN.

EJECUTORIADA Y/O CONSENTIDA, CUMPLASE Y PREVIA REPOSICIÓN DE LA VICESIMA PROFESIONAL REGULANDOSE LOS HONORARIOS FICTOS EN \$U 20.000 (PESOS URUGUAYOS VEINTE MIL) PARA EL LETRADO PATROCINANTE DE LA PARTE ACTORA, OPORTUNAMENTE ARCHIVENSE.

Para constancia se labra la presente.

Dr. Adolfo Fernández de la Vega
JUEZ LDO.CAPITAL