

Salto, 12 de febrero de 2020.

SENTENCIA DEFINITIVA N° 2/2020

VISTO:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados "F., O Y L, A MA. POR SI Y EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS MENORES HIJOS C. N. Y OTROS C/ M.S.P. Y ASSE - DEMANDA POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL" IUE 356-110/2011.

RESULTANDO:

I) A fs. 298 comparecen los Sres. O. F. y A. M. L. por si y en representación de sus menores hijos C. N., M. C., M. A., E. A., B. G. y J. N. F. L. (en adelante "los actores" o " la parte actora conjunta e indistintamente y especialmente respecto de la menor B. G. en adelante "B.") promoviendo demanda contractual respecto de B. y extracontractual respecto de los restantes actores contra el Ministerio de Salud Pública (en adelante "MSP") y la Administración de los Servicios de Salud del Estado (en adelante "ASSE" o los demandados conjuntamente) en base a las siguientes consideraciones:

a- Que con fecha 27 de marzo de 2009 la menor B. consulta en el Hospital Regional de Salto acompañada de su madre por vómitos y fiebre y es atendida por la médica de guardia Dra. P., siendo diagnosticada con Infección respiratoria Alta, indicándose Domper y Dipirona intramuscular y recomendándose consulta en policlínica en 48 hs.

Con fecha 28 de marzo concurre nuevamente a consulta en el mismo nosocomio y por los mismos síntomas y es atendida por

la practicante interna A. H., diagnosticándose nuevamente Infección respiratoria aguda Alta.

Se le aplica Domper y establece que las hojas de urgencia son escuetas y casi ilegibles y el estado al alta e indicaciones se escribe luego de la firma.

Con fecha 29 de marzo consulta nuevamente en el nosocomio y establece que por primera vez se le realiza un examen completo por el Dr. V. (cirujano) quien opera de urgencia a B. con diagnostico pre operatorio de apendicitis y sepsis, encontrando los cirujanos una apendicitis gangrenosa.

Alega que en esta tercera consulta la madre le exige a la profesional que realice placas y estudios más profundos, por lo que se llama a personal de seguridad para calmarla.

B. fue operada el 29 de marzo a las 23.24 hs, confirmándose "apendicitis gangrenosa no perforada".

Pasado el día y medio de post-operatorio B. a se encuentra febril, taquicardia, polineica, secreciones bronquiolo alveolares, parálisis intestinal y disminución del tenor del oxígeno en sangre, dejándose constancia del shock séptico que concuerda con el diagnóstico preoperatorio de sepsis.

Inspeccionada la herida se constata fascitis con necrosis del primer plano muscular y se procede al retiro del tejido necrótico. Encontrándose con una gravedad progresiva por la infección generalizada que se instaló en forma rápidamente progresiva necrosis con distribución en calcetín en ambos miembros inferiores y miembro superior izquierdo, afectando mano hasta dos tercios del antebrazo.

El 2 de abril se le realiza una nueva exploración abdominal a los efectos de estar seguros de que el foco infeccioso había sido eliminado y si bien se comprueba positivamente, hay líquido peritoneal, que más tarde mostró una grave

infección con pseudomonas.

El 4 de abril continúa la infección generalizada y una nueva operación mostró perforaciones del intestino delgado y peritonitis biliar que obligó a realizar resecciones importantes y el 6 de abril se constatan nuevas perforaciones que obligan a nuevas resecciones.

La necrosis en ambos miembros inferiores y antebrazo, obligan a realizar amputaciones de los dos miembros inferiores, del antebrazo y del segundo y tercer dedo de la mano derecha.

Establece que la persistencia de la inestabilidad clínica, los picos febriles, que son elementos de la infección generalizada mantenida y la difusión orgánica múltiple con coágulos intravascular diseminados determinó su traslado a la Unidad de cuidados intensivos del Hospital Pereira Rossell (en adelante HPR) el 13 de abril de 2009.

Permaneció internada en el HPR en la Unidad de cuidados intensivos del 13 de abril de 2009 hasta el 26 de mayo de 2009 y luego internada en Piso de Cirugía hasta el 10 de junio de 2009.

Los médicos de la Unidad de cuidados intensivos concuerdan con los cirujanos de Salto en la extrema gravedad y con un amplísimo plan de antibióticos y sostén general mantuvieron a la niña con vida.

Al día siguiente a llegar a Montevideo, el 14 de abril de 2009, se realizó una nueva exploración y limpieza de abdomen, manteniendo la primera parte del intestino delgado al exterior, cerrando abocamientos del íleon y del ciego y reabren los muñones de pierna izquierda y antebrazo izquierdo para regularizar y evacuar las colecciones líquidas.

El día 16/4/2009, vuelve a cirugía para colocarle un

catéter en el sistema venoso central y el 17/4/2009 se le vuelve a hacer una limpieza quirúrgica de los muñones y una nueva operación de abdomen por nuevas perforaciones en el intestino delgado.

El 20/4/2009, se realiza una nueva limpieza quirúrgica de los muñones y se resecan zonas necróticas del pulgar derecho y bordes del segundo y tercer dedo, haciéndose una nueva operación que se deduce que fue una limpieza quirúrgica del abdomen.

El 23/4/2009 se vuelve a hacer una revisión quirúrgica de los muñones y una nueva limpieza quirúrgica del abdomen, se ordena una consulta con inmunólogo resultando una disminución de todos los valores, pero dada la situación clínica debían ser repetidos ya que no configuran un déficit inmunológico específico.

Con fecha 6/5/2009, la Dra. A. y el Dr. O., realizan un exhaustivo examen neurológico y tomografía de cráneo determinando que si bien existen elementos clínicos e imagen lógicos de repercusión encefálica, su suman factores emocionales por stress post-traumático, que interfieren en la recuperación, así como higromas (acumulación de líquido cefalorraquídeo entre la meninge y el cerebro que aumenta la presión intracraneal subdurales, bilaterales y signos de involución del cerebelo, siendo lo mismo informado por equipos de neuropediatras.

Continua un mejoramiento lento y progresivo hasta que el 26 de mayo de 2009 se decide su traslado a piso de cirugía donde permanece hasta el 10 de junio de 2009.

Se ordenó una investigación administrativa por parte del MSP y ASSE, la que dura un año en arribar a conclusiones.

A estas alturas el caso había tenido notoriedad pública y la Ministra de Salud, M., declaro públicamente, sin dejar

lugar a discusión que no era un caso de mala praxis sino un diagnóstico tardío, pudiendo influenciar en el resultado final de la investigación.

b) Que los hechos generaron un gran dolor en el seno familiar, trastornando el funcionamiento del hogar, los padres debieron viajar a Montevideo y la hija mayor N. de 14 años de edad debió hacerse cargo de sus hermanos abandonando el liceo, la menor de las hermanas era lactante y debió abandonar el pecho. M. C. tuvo que concurrir a asistencia psicológica semanal y N. concurreó una vez y se recusaba a hablar con psicólogos. Enrique se negaba a ir a la escuela y comenzó a tener problemas de conducta y agresividad en la escuela y en su casa, manifestando que se quería cortar las venas y degollar.

c) Que el vínculo jurídico de responsabilidad con B. y la Institución de asistencia médica es contractual, en tanto pre existe la obligación legal de asistencia médica por parte del Ente estatal. Funda como derecho la Ley 18.335, arts. 1 a 11 y 17 y 18, respecto al derecho a utilizar bienes y servicios de salud y acceder a una atención integral que comprenda todas las acciones destinadas a la protección, recuperación, rehabilitación de la salud y cuidados paliativos, así como una atención en salud de calidad.

Alega el derecho a tener una explicación clara y a tiempo y a la exigencia que todo procedimiento medico estará consignado en la historia clínica en forma expresa.

Alega que el incumplimiento deriva de la violación de la obligación pre existente ocasionado por la deficiente prestación de asistencia médica ubicada dentro de la regulación general de los arts. 1341 y 1342 del Código Civil.

Alega que se encuentra en estrecha conexión con el

contenido obligatorio la llamada *lex artis*, la cual consiste en los usos o reglas, métodos y técnicas adoptados por la práctica médica, a los cuales debe ajustarse el servicio profesional.

Alega un incumplimiento en la obligación de seguridad a cargo del Ente Asistencial, que implica velar por la integridad física del paciente y devolverlo indemne de otras enfermedades y que B. ingreso con el cuadro de apendicitis y que a consecuencia del actuar negligente de quienes la atendieron, sufrió una infección generalizada que determino las múltiples operaciones y amputaciones que sufrió luego.

d) Alega que el vínculo jurídico entre los padres y hermanos de B. con la Institución de asistencia médica corresponde a la responsabilidad extracontractual, en aplicación a lo dispuesto por el art. 1324 del Código Civil.

e) Que la legitimación pasiva responde al hecho culposo de los dependientes del MSP y ASSE y de conformidad con el art. 24 de la Constitución, se trata de una responsabilidad objetiva, siendo sus elementos el daño, la actividad u omisión del Estado y nexo causal entre ellos.

La responsabilidad deriva de la responsabilidad por el hecho ajeno por servirse de auxiliares para realizar el servicio asistencial y debe responder por ello.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual con los restantes actores del presente proceso, se basa en el art. 1324 del Código Civil, referente a la responsabilidad por hecho del dependiente.

f) Alega error inexcusable en el diagnóstico y tratamiento inicial de B., en tanto, sin perjuicio de que la obligación del médico es de medios, existe culpa por no haber empleado toda la diligencia debida para llegar al diagnóstico exacto.

No existió en los primeros días de atención, 26, 27 y 28 de marzo de 2009, un diagnóstico adecuado realizado dentro de la lex artis de la profesión médica, permitiendo que la paciente evolucionara sin llegar a un diagnóstico correcto de la enfermedad.

Alega que no se sospechó ni siquiera de una apendicitis, por lo cual no se agotaron todos los medios y técnicas necesarias para descartarla.

Alega que no existió examen físico completo que implica observar el abdomen, palparlo y culminar con auscultación.

Que resulta claro que ni se pensó en una apendicitis o cualquier patología abdominal y desconocer estos hechos, no consignarlos en la historia clínica, no consultar, no realizar el examen, implica un claro actuar negligente, incumpliendo las practicas medicas básicas, siendo la apendicitis una de las afecciones abdominales más corrientes e importantes del niño.

Que en la primera consulta se la medicó con domper para los vómitos y dipirona para la fiebre, a pesar de que manifestó no haber fiebre y para calmar el dolor, a pesar de que no relata ni describe la existencia de dolor y que su medicación pudo ocultar el cuadro clínico.

Que al día siguiente la niña no mejoró, sino que estaba peor y se la volvió a llevar a urgencias, teniéndose conocimiento de una reconsulta con una garganta congestiva sin placas que sí se consignó en la primera visita que parecieron desaparecer espontáneamente.

Que la practicante que la atendió el segundo día no consulto a un médico o cirujano que supiera más o tuviera más experiencia, siendo imposible que el abdomen estuviera blando, depresible e indoloro como suscribió la practicante, ya que la niña mantenía los síntomas agravados y el

hallazgo operatorio al día siguiente.

Que por culpa medica se perdió tiempo en diagnosticar, siendo esto determinante en una apendicitis ya que si se la deja evolucionar es gravísima e incluso mortal.

Que la historia clínica no se consignó en debida forma, esto es, en forma completa, ordenada, inteligible y respetuosa, violentando la Ordenanza del MSP 3384, donde se establecen los requisitos que debe contener la historia clínica.

Establece que, en el ámbito de la medicina, el no actuar conforme a las reglas consagradas por la práctica médica, con arreglo al estado de los conocimientos al tiempo de la presentación, obrando descuidadamente en la atención al paciente, implica culpa y en este caso se actuó con displicencia, lo que implica negligencia, en la investigación de las posibles causas de los síntomas, no pudiéndose realizar un diagnóstico presuntivo.

g) Que en el caso de autos la ilicitud se dio por infringir gravemente la lex artis, así como las normas legales y reglamentarias que disciplinan el contenido del acto médico con consecuencias nefastas. En lo que respecta al nexo causal manifiesta que, de esos cuatro días previos al diagnóstico, se jugó el porvenir de la paciente, lo cual condujo a los hechos que suceden hasta el día de hoy, con una niña viva pero mutilada y con alta y muy severa discapacidad e invalidez física, por haber perdido órganos y funciones y estar en permanente riesgo a infecciones por lo cual ha sido tratada en Montevideo.

Que por el actuar culposo de los médicos, se perdió la chance o probabilidad de que las consecuencias hubieran sido otras, por lo que se pretende reparar a la niña B. por la pérdida de probabilidad de poder curarse completamente de la apendicitis que la aquejaba, sin tener que sufrir las

operaciones y amputaciones referidas anteriormente.

Si se la hubiera diagnosticado y tratado correctamente, ningún daño se hubiese causado, pero ya que la atención fue deficiente, la apendicitis evolucionó hasta causar un estado de infección generalizada con los resultados antedichos, por lo cual se trata de una demora inexcusable en el diagnóstico correcto y error en el tratamiento.

Por último, alega que no se le constató en ningún momento malnutrición ni insuficiencia inmunitaria y que ella no es causa de la apendicitis.

El déficit inmunológico específico fue detectado al ser tratada por especialistas inmunólogos en el HPR, cuando ya estaba instaurada la infección generalizada.

h) Reclama por consiguiente, en lo que respecta a la niña B. F. , daños a la persona por las incapacidades funcionales fisiológicas sufridas, en tanto debido a las amputaciones implicó una disminución de la función de locomoción estimándola entre un 65 y 75%, pérdidas de las funciones de tocar y sensibilidad en el miembro superior izquierdo de un 45 y 50% y respecto de las dos falanges derechas, pérdida de función de tocar de los pulpejos, su sensibilidad, así como la pinza dígito digital, en un 5%.

Alega daño a la vida autónoma, ya que la dependencia, sin perjuicio de la edad que tenía B. al momento de presentar la demanda, le van a perdurar para toda la vida.

B. tiene dependencia total a levantarse, acostarse, vestirse, aseo e higiene personal, alimentarse, ir al baño, desplazarse en la vivienda y fuera de la misma, asumir en un futuro tareas del hogar, posibilidades de ocio e integrarse a un medio escolar y profesional, y social, posibilidades de iniciativa personal, de aprendizaje, de comunicación con los demás, conciencia de su estado,

posibilidades de vivir en forma autónoma en su vivienda, exigencias de asistencia y autonomía cardiorrespiratoria.

Asimismo, necesitará prótesis y rehabilitación, asistencia psicológica, fonoterapia, discapacidad y autonomía de por vida, perjuicio estético y sufrimientos psíquicos y físicos derivados de las lesiones y secuelas, por lo que reclama daño moral por el sufrimiento por \$ 900.000, daño moral a la vida en relación incluido el daño estético y perjuicio juvenil en \$ 2.600.000, daño moral por pérdida de chance en \$ 700.000.

Asimismo, reclama daño patrimonial por lucro cesante causado por su incapacidad en la suma de \$ 33.013.848 más intereses y ajustes legales, gastos de tratamientos médicos y otros por el daño futuro, solicitando su estimación por vía incidental, gastos de vivienda por las condiciones habitacionales específicas y especiales, adaptadas a su condición de gran discapacidad, solicitando su estimación por vía incidental de liquidación, estimándola en \$ 3.530.000.

En lo que respecta al daño causado a los padres, se reclama daño patrimonial por los gastos médicos realizados y daño moral de los padres y hermanos, por el perjuicio al afecto. Se reclama por daño moral a O. F. (padre) \$ 1.200.000, a A. M. L. (madre) \$ 1.200.000 y a cada uno de los hermanos C., M. C., M. A., E. y J., \$ 800.000 a cada uno, solicitando se condene a los demandados en forma solidaria, al pago de \$ 49.743.848 más reajustes e intereses desde la fecha de la demanda, costas y costos, difiriéndose la liquidación de las sumas ilíquidas al procedimiento establecido en el art. 378 del CGP.

II) Por auto 1646/2011, se los tiene por presentados y se ordena el traslado de la demanda, reponiéndose previamente el Impuesto Judicial faltante, lo cual fue recurrido y

mantenido por auto 1897/2011.

A fs. 362, comparece el MSP a contestar la demanda y a oponer excepción de falta de legitimación pasiva.

En lo que respecta a la falta de legitimación pasiva alega que los hechos en que se funda la demanda, se basan en la atención recibida por la niña B. los días 27, 28 y 29 de marzo de 2009, en el Hospital Regional de Salto y se alega la responsabilidad de los dependientes médicos del MSP y de ASSE, lo cual es completamente erróneo ya que los médicos del Hospital Regional de Salto, no son dependientes del MSP, sino que son dependientes médicos de ASSE.

Que a partir de julio de 2007, los médicos de todos los hospitales públicos del país, dependen de ASSE, de conformidad con lo establecido en la Ley 18.161, que crea la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), otorgándole naturaleza jurídica de Servicio Descentralizado, sustituyendo el Órgano desconcentrado que tenía igual denominación para brindar los servicios de salud establecidos en la Ley No. 9202, que regula los servicios que prestaba el MSP por el anterior Órgano descentralizado con el mismo nombre.

Por tanto, la referida Ley sustituyó el Órgano desconcentrado ASSE, que dependía jerárquicamente del MSP, creando un nuevo servicio descentralizado, denominado también ASSE para brindar el servicio que hasta entonces era cumplido por el MSP.

En atención a que los hechos en que basa su pretensión sucedieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 18.161 y en dependencias del Hospital Regional de Salto, que es dependiente de ASSE, su acción debió dirigirse exclusivamente a ASSE, por inexistencia de vínculo obligacional alguno con esa Secretaría de Estado, solicitando se acoja la excepción interpuesta en forma

previa, adoptándose actitud de expectativa sobre el fondo del asunto, en cuanto no tuvo participación en los hechos que dieron origen al presente proceso.

III) Por auto 2648/2011, se tuvo por presentado al MSP y se dio traslado de la excepción interpuesta.

IV) A fs. 777, comparece ASSE a contestar la demanda, manifestando error en el domicilio denunciado por la parte actora, en tanto debió realizarse en la ciudad de Montevideo, en Luis Alberto de Herrera 3326.

Alega que la parte actora entabló demanda contra el MSP y ASSE como si fueran una misma persona jurídica estatal, cuando es sabido que de conformidad con la Ley 18.161, ASSE fue creada como Servicio Descentralizado y se encuentra fuera de la estructura orgánica del Poder ejecutivo y por tanto del MSP.

Establece que la pretensión de los actores se fundamenta en una gran incógnita, cuestionándose qué hubiera pasado en el caso de que se obrara de la manera que los actores creen que hubiera sido lo que correspondía en ese momento.

Establece en cuanto a la liquidación de los rubros, que la misma se basa en la noción de pérdida de chance, basado en estadísticas y cálculos de probabilidades, lo cual se rechaza totalmente, ya que se basa en conjeturas y no en cifras o hechos reales.

Que debe establecerse una relación entre la magnitud de la chance y la entidad del perjuicio, ya que cuanto menor chance, menor indemnización y si no existe chance, tampoco indemnización.

Que es probable que los actores hayan elegido fundar su pretensión en la noción de pérdida de chance, ya que de esta manera opera una suerte de amplitud en la imputación de la responsabilidad a su favor, pero parte de un supuesto

que es incierto y no se encuadra en la realidad fáctica.

Que el Directorio de ASSE con fecha 5 de mayo de 2009, la realización de una investigación administrativa en el Centro Departamental de Salto, en relación a la atención recibida por la niña B. F., convalidándose en dicha Resolución como investigación administrativa, las actuaciones llevadas a cabo en la información de urgencia dispuesta por la Dirección de ese Centro.

Que la investigación fue dispuesta por ASSE y no por el MSP, por lo que no entiende en qué fundamenta la contraria que podían conocerse datos contenidos en dicho procedimiento y ser divulgados antes de su culminación a la opinión pública.

Que el comportamiento diligencia y tempestivo desplegado por el personal de ASSE, no encuentra nexo causal posible entre el cuadro presentado al inicio por la paciente y la posterior evolución que se desencadenó en la paciente por la presencia de la bacteria pseudomona aeruginosa, la cual se puede ver en niños inmunocompetentes e inmunocompromidos, con contenido de altísimo morbi - mortalidad, debiéndose tener presente que las medidas de tratamiento fueron agresiva y adecuadas, salvándole la vida y que las secuelas determinadas por la isquemia de sus miembros son equiparables a las que se ven en la púrpura fulminans.

Surge de la historia clínica que la coactora L., compareció al servicio de emergencia el 27 de marzo de 2009, a las 19.39, consultando con tres de sus hijos, B., J. y C., siendo vistas B. y J. por la Dra. P. y C. por un médico de adultos.

Surge de la historia clínica que a B. se le realizó interrogatorio y examen físico, y del interrogatorio surge que la madre manifiesta que presentaba vómitos y fiebre, descartándose la no presencia de dolor ni diarrea.

Que la Dra. P. diagnosticó a B. y J. con infección respiratoria alta de origen viral, recibiendo C. un diagnóstico similar de faringitis aguda viral, lo que significa que el cuadro presentado por las pacientes se daba en un contexto familiar de gripe.

El examen físico arroja temperatura axilar de 36°, pliegue cutáneo normoelástico, así como que en el examen bucofaríngeo muestra mucosas congestivas con vesículas, por lo que se realizó medicación sintomática con domper y dipirona y control de signos de peligro y posterior consulta en policlínica en 48 horas.

El día 28 de marzo de 2009 a las 16.05, concurrió nuevamente consultando por vómitos, rechazo parcial de alimentos, odinofagia (dolor en la garganta al tragar) y rinorrea serosa.

Es asistida en la Emergencia por la practicante interna A. H. y del interrogatorio se destacó la ausencia de diarrea y del examen físico temperatura de 36.6°, adelgazada, no rigidez de nuca, bucofaringe congestiva sin placas, abdomen blando, depresible e indoloro y se realiza un hemoglutest, dando el valor 0,98 y examen de orina con tira reactiva, que muestra cetonuria positiva, siendo el resto del examen normal.

Surge que se realizó medicación sintomática, quedando en observación un tiempo indeterminado en Emergencia y luego se le da de alta sin vómitos, habiéndose probado la tolerancia digestiva y oral. Se le explican a la madre los signos de alarma por los cuales debe consultar.

El día 29 de marzo de 2009 a la hora 20.41, la madre consulta por encontrarla quejosa y pálida y fue atendida por la Dra. W. y efectuado el interrogatorio surge que no moviliza intestino, ni expulsó gases, orina poco, sin fiebre en ese día.

La temperatura era de 36.5°, facies de dolor, encontrándose pálida y quejosa, bien hidratada, polipnea superficial con saturación de oxígeno a 98% y ventilación espontánea al aire.

En el examen de abdomen se destaca abdomen distendido, doloroso, defensa, silencio auscultatorio.

Se solicitó radiografía de torax y de abdomen, que no muestra focos y examen de orina, hemograma y PCR, que resulta positivo de 142 y en el hemograma, leucopenia con neutropenia y plaquetopenia. Se llama al cirujano de guardia, Dr. V. y se realizan las valoraciones correspondientes por parte del médico internista Dra. Y., con plan antibiótico y reposición hidroeléctrica.

Ese día se realiza apendicectomía y secado de abdomen y se diagnosticó apendicitis gangrenosa no perforada, trasladándose a CTI a la 1.30 horas, siendo el diagnóstico: tres años, desnutrición crónica, apendicitis gangrenosa no perforada y sepsis.

De la historia clínica de B., de policlínica surge, que en los sucesivos controles se constata que se trata de una niña con un hipocrecimiento derivada a policlínica de nutrición del Hospital de Salto, a lo que no concurre.

Manifiesta que de la investigación administrativa surge que se examinó correctamente a la paciente, habiéndose tocado y palpado el estómago, examinándole la boca y la garganta, habiendo manifestado la madre que se le tocó la boca, la panza, el estómago donde está el ombligo y de la historia clínica surge que el examen del abdomen realizado fue normal, blando, depresivo e indoloro.

Según las declaraciones de la Dra. W., consideró que, de acuerdo a la sintomatología, la paciente debió haber consultado antes, pero la madre manifestó que no concurrió

antes porque tuvo que esperar que el padre volviera del trabajo.

Que surge de las declaraciones en Sede administrativa de la Dra. W. que solicitó paraclínica previo al llamado al cirujano y con los resultados se llamó al Dr. V. quien se presentó en forma inmediata, dándose los cuidados que la ocasión requería, explicándosele a la madre que se iba a operar, siendo una intervención delicada, porque tenía pocos glóbulos blancos.

De los testimonios recabados en la investigación administrativa, así como de la historia clínica surge que el Dr. V. como la Dra. W., concordaron que se trataba de un cuadro grave, siendo diagnosticado de probable apendicitis aguda, con cuadro séptico, siendo valorada conjuntamente por la Dra. W., Dr. V., Dra. Y. y el anestesiólogo de guardia el Dr. A.

Que el 30 de marzo la paciente permanece estable sin signos de gravedad, subfebril y no recibe alimentación vía digestiva. La paraclínica confirma leucopenia, recibe transfusión de plasma y concentrado de glóbulos rojos y la paraclínica de coagulación está alterada.

Que luego de la intervención la paciente evoluciona desarrollando un shock séptico el 31 de marzo con coagulación intravascular diseminada y un síndrome de obstrucción arterial aguda en extrema distal de miembros inferiores y antebrazo izquierdo y concomitantemente fascitis necrotizante en pared abdominal y se realizó un cultivo encontrándose en el mismo pseudomona auriginosa.

Que en su evolución la paciente presenta varios y sucesivas complicaciones en su parte abdominal y relata las sucesivas complicaciones e intervenciones de la menor.

Que el informe elaborado por el equipo multidisciplinario

concluye que la asistencia a la menor fue correcta y asimismo, que el informe de la Comisión Honoraria de la Salud, concluye que no se detectaron irregularidades que pudieran determinar la grave evolución de su enfermedad.

Relata conclusiones a la que arribó el equipo de instructores de la investigación administrativa.

Manifiesta que emerge de la historia clínica y de la investigación administrativa que fueron adoptadas todas las conductas exigidas en la ocasión para corregir la dolencia que padecía el paciente, que la paciente fue atendida en tiempo y forma adecuada, en las tres oportunidades que concurrió.

Que en las primeras dos oportunidades la Dra. P. y la practicante H. coincidieron en que se trataba de una infección respiratoria alta de origen viral, adoptándose en la oportunidad la conducta adecuada para ese diagnóstico.

Que el primer diagnóstico se realizó en una noción epidemiológica debido a que dos integrantes más de la familia consultaron en el mismo momento por cuadros similares.

Que de la investigación administrativa que se trató de una sepsis producida por un germen muy virulento que actuó en un terreno muy vulnerable y que el cuadro de la paciente fue evolucionando en una situación muy excepcional, no experimentándose anteriormente en cuadros similares, en otros pacientes, la pseudomona auriginosa.

Manifiesta que las infecciones invasivas provocadas por la pseudomona auriginosa, se produce principalmente en pacientes con enfermedades subyacentes con inmunodepresión y la menor, según lo declarado por la pediatra L., era una niña con problemas de desnutrición que venía siendo estudiada y tratada hace más de un año y se le realizó

varios pedidos de consulta a policlínica de nutrición y no realizó, recibiendo tratamientos con Morrex, aceite de maíz y Dayamineral desde hacía varios meses.

Que en la tercera consulta la paciente tenía dolor abdominal desde la mañana y la consulta se realiza en la noche y si se la hubiera visto en horas más tempranas, al examen hubiera podido sospecharse y la situación clínica podría haber sido menos comprometida.

Presentándose abdomen agudo se coordinó cirugía de inmediato.

Alega que la apendicitis es una enfermedad frecuente, pero de difícil diagnóstico y cuando la misma se diagnostica en forma tardía se puede producir la rotura apendicular en un ambiente bloqueado que producen asas intestinales, lo que se denomina peritonitis localizada.

Que la apendicitis se sospecha cuando a la palpación el abdomen se contrae y esto no ocurrió en ninguna de las consultas anteriores y no se pudo perder de vista que en los niños resulta más complejo su diagnóstico, obviamente causado por su irritabilidad y falta de colaboración y la enfermedad puede aparecer en forma súbita sin la presencia de ningún otro signo o síntoma que la hacen imposible preveer.

Se debe tener presente que la enfermedad no es frecuente en los menores de cinco años y que su evolución es breve, ya que cuando consultan en forma temprana ésta no se presenta en su sintomatología típica, pudiéndose presentar con otros signos evocados de infecciones respiratorias como fiebre alta, tos, dolor de garganta y diarrea.

Controvierte que la madre haya solicitado placa de tórax, sino que esto fue lo ordenado por la Dra. W.

Se controvierten los hechos relatados por la actora y se

niegan las conclusiones a las que arriba, especialmente en cuanto a la atención y a la eventual existencia de un diagnóstico tardío.

Sin mayor esfuerzo, de la prueba documental agregada, se aprecia el esfuerzo realizado por el personal médico y no médico interviniente, habiéndose actuado conforme a las reglas éticas de la ciencia médica, careciendo de responsabilidad en los hechos de autos.

Que la obligación de los médicos es una obligación de medios y no de resultados, que tiene por objeto que su presentación consista en atender con prudencia y diligencia, adoptando todas las medidas y precauciones necesarias para evitar un resultado lesivo al paciente, poniendo en juego todos aquellos medios que estén a su alcance para prestar una debida atención al usuario.

Relata la secuencia post operatoria, aclarando que el equipo técnico que realizó la investigación, estableció que las complicaciones se tradujeron en severas alteraciones de la coagulación, determinando la obstrucción vascular distal con necrosis de extremidades.

Manifiesta que no existe nexo de causalidad entre los daños reclamados y la conducta de sus dependientes, ya que la misma fue correcta dado los síntomas que presentaba la niña, negándose que haya existido omisión, negligencia o error de diagnóstico por parte de los médicos dependientes del Hospital de Salto y del HPR, empleándose todos los medios de que se disponía, tratándose la dolencia de la paciente.

Debe tenerse presente en otro orden el contexto en el cual se presenta el servicio de emergencia en el Hospital de Salto, remitiéndose a la investigación administrativa realizada, donde se constató que la cantidad de pacientes a resolver refiere en su mayoría a casos de policlínica y no de emergencia, así como se destaca el desempeño

multifuncional de los médicos de guardia y su consecuente ausencia en períodos prolongados de la emergencia y recursos humanos, técnicos - médicos insuficientes para la cobertura del servicio y que los internos son un recurso humano más, con las mismas tareas que los médicos de guardia, pero a excepción de los pacientes que revisten un cuadro de gravedad, donde exclusivamente el servicio se muestra bajo responsabilidad de los técnicos con título habilitante, coordinándose y supervisándose por los médicos de guardia para la distribución de tareas.

Alegan la inexistencia de responsabilidad del Estado ya que la misma es de imputación subjetiva, no pudiendo existir daños causados por una actividad lícita o sin que exista dolo o culpa, error o negligencia de su parte, por lo que deberán concurrir los principios generales que rigen la materia: hecho ilícito, dolo o culpa grave o negligencia de parte, daño y nexo causal entre el comportamiento y el daño ocasionado.

En su mérito, entiende que no es posible sostener que haya existido irregularidad alguna en el actuar de la Administración.

Respecto de los daños reclamados, rechaza y controvierte categóricamente los mismos, tanto en lo que dice relación de su existencia, procedencia, causal, entidad y cuantía, no existiendo nexo de causalidad entre los hechos y los daños reclamados.

Respecto al daño moral entiende que debería abatirse sensiblemente el monto, no respetando los fundamentos jurisprudenciales, reclamándose un total entre todos los actores de \$ 13.600.000.

Manifiesta que trata de duplicar el daño moral reclamando por diversos rubros cuando en realidad todos los ítems corresponden al mismo rubro que se reclama.

Respecto al lucro cesante, se controvierte y rechaza en forma categórica, no siendo posible amparar bajo este rubro, meras expectativas.

Que el desenlace se debió a factores no atribuibles al desempeño de los dependientes, necesitándose para el proceso de este concepto la existencia de un comportamiento culpable.

Alega que es un hecho hipotético los años que pretende, 85 años, que se pueden cumplir o no, siendo una mera especulación. Asimismo, tampoco es posible establecer en qué grado o porcentaje, en términos económicos B. F. iba a contribuir a la ayuda de su familia.

Se rechaza asimismo el daño emergente reclamado, en tanto no surgen recaudos que demuestren efectivamente lo pagado por este rubro, por lo que se rechaza frontalmente, debiendo ser el mismo de naturaleza resarcitoria y no un enriquecimiento injusto para quien se sirve de ella.

Ofrece prueba, funda su derecho y solicita se rechace la demanda.

V) A fs. 800, comparece la parte actora, evacuando el traslado de la excepción interpuesta por el MSP y a denunciar el domicilio de ASSE en Luis Alberto de Herrera No. 3326 de la ciudad de Montevideo, solicitando se notifique en dicho domicilio.

Respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el MSP, manifiesta que ASSE se haya en relación de dependencia respecto del MSP en los términos del art. 1224 del Código Civil que se aplican incluso en caso de descentralización empresarial.

Que la Ley 18.719 en su art. 561, establece la dependencia económica de ASSE con el MSP.

Establece que debe aplicarse un criterio económico social

organizativo atribuyéndole responsabilidad a la presencia de una organización donde va a insertarse la actividad que causa el daño, imputándose también al sujeto que integra la mencionada organización.

Que la dependencia económica y los controles que hace el MSP a ASSE, son suficientes para atribuir la condición de dependiente, en el sentido del Derecho Civil.

Que los servicios descentralizados como ASSE están sujetos a la tutela administrativa en los términos del art. 17 inc. 3 de la Constitución y a controles por parte del Poder Ejecutivo.

VI) Por auto 3086/2011, se tiene por evacuado el traslado conferido y en atención a lo solicitado por la parte actora, se ordena se confiera traslado de la demanda a ASSE, en el domicilio denunciado.

VII) A fs. 811, comparece nuevamente ASSE, evacuando el traslado del decreto 3086/2011, ratificando en todos sus términos la contestación de demanda oportunamente presentada, solicitando se tenga por agregada la documentación que se adjuntó al contestar la demanda y se diligencie la prueba oportunamente ofrecida, agregando nuevamente copia de la contestación de demanda ya presentada.

VIII) Por auto 4221/2011, se lo tuvo por evacuado el traslado en tiempo y forma y se convocó a las partes a audiencia preliminar para el 14 de marzo de 2012, la que se realizó oportunamente y surge del Acta de fs. 842. En la misma, las partes ratificaron sus escritos, se tentó la conciliación y por auto 630/2012 se difirió la resolución de la falta de legitimación pasiva interpuesta por el MSP, al dictado de la Sentencia Definitiva.

Se determinó el objeto del proceso en: "Determinar la

fundabilidad de la pretensión de la parte actora de que los demandados sean condenados por los daños y perjuicios que se reclaman por responsabilidad contractual respecto de B. F. y extracontractual respecto del resto de los actores, los que se detallan ampliamente en la demanda presentada de fs. 298 a fs. 351, teniendo presente la frontal controversia presentada por los demandados así como resolver el excepcionamiento de falta de legitimación pasiva presentado por el MSP" y el objeto de la prueba en determinar si "se acreditaron por las partes suficientemente los extremos que respectivamente invocan, controvertidos y alegados por las partes", así como se establecieron los medios de prueba admitidos y se convoca a las subsiguientes audiencias complementarias de prueba.

IX) Las audiencias complementarias de prueba se llevaron a cabo con fechas 23 de mayo de 2012 (fs. 964 y ss), 24 de mayo de 2012 (fs. 998 y ss), 29 de mayo de 2012 (fs. 1048 y ss), 12 de setiembre de 2012 (fs. 1107 y ss), 26 de setiembre de 2012 (fs. 1142 y ss), 26 de noviembre de 2012 (fs. 1165 y ss), 21 de agosto de 2013 (fs. 1211 y ss), 7 de abril de 2015 (fs. 1289 a 1290), 16 de marzo de 2016 (fs. 1395 y ss), 6 de febrero de 2017 (fs. 1419 y ss), 16 de mayo de 2019 (1659 y ss), 26 de julio de 2019 (fs. 1674 y ss) y 26 de setiembre de 2019 (fs. 1778 y ss).

X) Desde la primera audiencia complementaria de prueba hasta la realizada el 26 de noviembre de 2012, se recibe declaraciones de prueba testimonial, procediéndose en más a la realización de diversos actos procesales por las partes y jurisdiccionales por la Sede, a los efectos de la designación de los peritos intervinientes en las pericias admitidas en autos, los que presentaron diversa complejidad en atención a las diversas especializaciones y necesidad de no vinculación con ninguna de las partes demandadas. Sucediéndose diversas solicitudes de informe a Universidad

de la República y Cátedra de Medicina y diversas impugnaciones de las partes, en la medida de la designación de los peritos y/o la no aceptación de los señores peritos.

XI) Por auto 623/2015 de la audiencia celebrada el 7 de abril de 2015, se designa como perito de acuerdo a lo solicitado por la parte actora al Dr. C. A., quien comparece a fs. 1346 aceptando el cargo y agregando informe pericial, confiriéndose vista a las partes del referido informe pericial por auto 3218/2015.

Por auto 3341/2015, se convoca a las partes y al Sr. Perito a audiencia de precepto para el día 16 de marzo de 2016. Surge de la misma que la parte demandada presenta recusación del Perito A., se lo interroga al Perito sobre las causas de recusación alegadas, quien no las acepta y se ordena la creación por pieza separada del Incidente de Recusación IUE: 356-68/2016, acordonada a las presentes.

Por auto 3350/2016, del IUE 356-68/2016 se resuelve no hacer lugar a la recusación planteada y por auto 3504/2016, de las presentes actuaciones, se convoca nuevamente a audiencia de precepto para el día 6 de febrero de 2017, donde el mismo es interrogado (fs. 1419 y ss), volviéndose a realizar seguidamente diversas actuaciones a los efectos de la designación de cuatro peritos necesarios a los efectos de la realización de la pericia solicitada por ASSE.

Finalmente, a fs. 1555, se agrega informe pericial realizado por los peritos designados: Dr. G. M., especialista en ortopedia y traumatología, Dr. R. V., médico cirujano, Dra. Z. A., catedrática en enfermedades infecciosas y el Dr. G. G., pediatra.

Por auto 3229/2018, se confiere vista a las partes del referido informe pericial y a fs. 1570, comparece la parte actora impugnando la pericia por caducidad de los plazos, solicitando la anulación y desestimación del informe

pericial, de lo que se da traslado a la contraria por auto 3554/2018 y por auto 922/2019, no se hizo lugar a la impugnación solicitada y se convocó a las partes y a los Sres. Peritos, a audiencia complementaria, mediante el sistema de videoconferencia, para el día 16 de mayo de 2019. A fs. 1597 se interpone recurso de apelación contra el decreto 922/2019, teniéndose presente, con efecto diferido por auto 1206/2019.

En la fecha indicada, no comparecen los Sres. Peritos y habiéndose presentado escrito por la Dra. A., a fs. 1658, las partes solicitan se fije nueva fecha de audiencia, a lo que se hace lugar y se celebra audiencia complementaria de interrogatorio de los Sres. Peritos con fecha 26 de julio de 2019 (fs. 1674 y ss.).

Finalizado el interrogatorio de los Sres. Peritos, la parte actora impugna la pericia realizada, solicitando se deje sin efecto y desglosándose del expediente, de lo cual se da traslado a la contraria y por auto 2196/2019, no se hace lugar a lo solicitado, a lo que se interpone recurso de apelación por la parte actora, el que se concede con efecto diferido.

Las partes de común acuerdo, solicitan la suspensión de los plazos del proceso, de conformidad con el art. 92 del CGP, hasta el día 13 de setiembre de 2019. Por lo que por auto 2198/2019 se suspenden los plazos del presente proceso y se prorroga la referida audiencia para el día 26 de setiembre de 2019.

En la referida fecha se realiza la audiencia complementaria donde las partes alegan de bien probado, adjuntando resumen escrito de los mismos (fs. 1724 y ss., parte actora; fs. 1759 y ss ASSE y fs. 1770 el MSP), y se prorroga la referida audiencia para el dictado y lectura de la Sentencia Definitiva de Primera Instancia para el día 28 de

octubre de 2019.

XII) Por auto 3410/2019 esta Sra. Juez, de conformidad con lo establecido por el art. 206 del CGP, solicita ampliación de los plazos, a los efectos del dictado de la Sentencia Definitiva de Primera Instancia a la Suprema Corte de Justicia, remitiéndose las actuaciones a la referida Corporación, la cual con fecha 24 de octubre de 2019 resolvió acceder a lo solicitado por el mismo plazo que tenía para dictar Sentencia y devolver las actuaciones (tal cual surge de fs. 1788).

Finalmente, por auto 4137/2019, se convoca a las partes a audiencia de dictado y lectura de Sentencia Definitiva de Primera Instancia para el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

Que se irá a amparar la demanda parcialmente y a acoger la excepción de falta de legitimación interpuesta por el MSP, de conformidad con las conclusiones que se expondrá.

I) Sobre la Falta de legitimación pasiva interpuesta por el MSP.

El MSP interpone falta de legitimación pasiva entendiendo que la presunción de la parte actora se basa en los actos realizados los días 27, 28 y 29 de marzo de 2009 en la atención brindada a la B. F. por médicos del Hospital Regional de Salto pero que dichos médicos intervinientes no son dependientes de ese Ministerio sino de ASSE.

Establece que a partir de julio de 2007, los médicos de todos los hospitales públicos del país, dependen de ASSE, de conformidad con lo establecido en la Ley 18.161, que crea la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), otorgándole naturaleza jurídica de Servicio

Descentralizado, sustituyendo el Órgano desconcentrado que tenía igual denominación para brindar los servicios de salud establecidos en la Ley No. 9202, que regula los servicios que prestaba el MSP por el anterior Órgano descentralizado con el mismo nombre.

Como enseña Dr. V., la legitimación es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual, exige para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que sean dichas personas las que figuren como partes de tal proceso. La legitimación se resuelve, pues en una determinada posición del sujeto frente al objeto. Es ajena a la condición de partes, y deriva de la situación jurídica o relación sustancial (Derecho Procesal Civil, Tomo II de 1974 Pág. 162; Sentencia S.C.J. No. 914/996 de 21.10.1996, caso No. 1207 AJL 1996-1997; Véscovi, Derecho Procesal Civil, Tomo I Pág. 497).

A criterio de esta proveyente en tanto al momento de los hechos ventilados en autos el Hospital Regional de Salto en donde ocurrieron los hechos que motivan los presentes obrados constituye una dependencia de la Administración de los Servicios de Salud del Estado (Asse) la cual constituye un servicio descentralizado de conformidad a lo dispuesto por la Ley No. 18.161 de fecha 28 de julio de 2007, que modificó su posición institucional la que pasó, por imperio legal, a ser un servicio descentralizado y por consiguiente, dotado de personería jurídica y descarta la participación jurídica en los hechos por la Cartera codemandada, por no tratarse de dependientes de ASSE.

II) Precisiones liminares.

En cuanto a la responsabilidad del Estado, ha de partirse de la premisa mayoritariamente aceptada que postula que el

art. 24 de la Constitución no determina cuándo surge la responsabilidad de la Administración ni consagra un criterio objetivo de atribución, sino que se limita a establecer el principio general de la responsabilidad directa de los Entes estatales frente a los terceros damnificados; esto es, quién responde y no en qué supuestos o condiciones se responde (cf. Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 8ª edición, puesta al día por Daniel Hugo Martins, 2002, N° 456, p. 644).-

Siguiendo a Sayagués Laso, el criterio más adecuado para determinar cuándo surge la responsabilidad de la Administración es el de la falta de servicio, esto es cuando el servicio no funcionó, funcionó con demora o funcionó irregularmente. Asimismo, En el mal funcionamiento del servicio quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido (Cfm Sayagués, Enrique Tratado de Derecho Administrativo tomo I pág. 663)" (Cfm. Sentencia de la Sala Sentencia T.A. Civil No. 171/011-2, entre otras).

En lo que respecta a la eventual responsabilidad reclamada en el caso de B. estamos en el marco de una responsabilidad contractual en tanto existía una obligación legal preexistente del demandado de asistencia médica.

Como lo ha manifestado la jurisprudencia "De tal forma, la misma es producto del incumplimiento de una obligación, ya de fuente legal, ya contractual, la responsabilidad sería contractual; y si lo es de un deber genérico se estaría ante responsabilidad aquiliana (Ver Gamarra, Tratado y Resp. Médica). Expresa Gamarra " la responsabilidad es contractual en el caso de la Asistencia Pública gratuita, donde intervienen los hospitales públicos, sea que se encuentren en la órbita del estado como todos los que

dependen del Ministerio de Salud Pública" agregando que "la responsabilidad de estos organismos estatales que suministran asistencia médica o se obligan a proporcionarla será siempre contractual, o bien porque se entienda existe un contrato o bien porque hay incumplimiento de una obligación de asistencia médica" (Responsabilidad Médica, T.2, pp. 18-20; en igual sentido Szafir-Venturini, El indevelado nexo causal y su prueba., ADCU, T.XXII, p.468)." (SENT SEF 0007-000027/2016 del 16 de marzo de 2016, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er turno, disponible en CADE).

Por su parte en el caso de los demás coautores estamos entre el ámbito de la responsabilidad extracontractual en tanto no existía vínculo contractual entre los coautores, familiares (padres y hermanos) y la co-demandada ASSE en relación a los hechos de autos, tampoco obligaciones legales preestablecidas y siendo que el perjuicio denunciado es el padecimiento espiritual por los daños alegados a B. por la pérdida de chance, la conexión pasa por desentrañar si los médicos dependientes de ASSE infringieron el deber genérico de no dañar.

En el caso de autos se discute si la actuación de los médicos dependientes de ASSE intervinientes en la asistencia B. en marzo de 2009 se apartaron de la lex artis y si dicho apartamiento o hecho ilícito fue la causal de los secuelas padecidas por la misma o le privaron de una chance o posibilidad de tener un beneficio como es menor probabilidad de complicaciones en el padecimiento que tuvo, esto es una apendicitis, y si producto de ese hecho (nexo causal) emergen los perjuicios denunciados por los actores -daño- (arts. 1319, 1324 y 1323 del Código Civil).

Se alega asimismo por parte de la actora un incumplimiento en el deber de seguridad que le imperaba a la demandada,

esto es de velar por la integridad física de la paciente y devolverlo indemne de otras enfermedades distintas a la que motivó la consulta, alegando que B. ingresó con un cuadro de apendicitis y como consecuencia del actuar negligente de quienes la atendieron sufrió una infección generalizada que determinó las múltiples operaciones y amputaciones.

II) Del incumplimiento de los dependientes de la demandad.

En primer lugar, deberá determinar el hecho controvertido por las partes que es la existencia o no de hecho ilícito que esto es la existencia o no de un apartamiento de la lex artis por los técnicos intervinientes en la asistencia brindada a B. en el Hospital Regional de Saltos los días 27, 28 y siguientes de marzo de 2009.

No se discute en autos y surge de la historia clínica agregada en autos a fs. 371 y ss que B. fue llevada por su madre a la puerta de emergencia los días 27 de marzo de 2009 a las 19.39, el día 28 de marzo de 2009 a las 18.05 y el 29 de marzo de 2009 próximo a las 20 horas, momento en el cual queda internada y se decide su intervención quirúrgica.

Este apartamiento de la lex artis, implica como se la ha definido no aplicar los usos o reglas, métodos y técnicas, adoptados por la práctica médica, a los que debe ajustarse el ejercicio profesional" o "como prefieren Montano, Berro y Mesa, cuando enseñan que "todo acto médico curativo, por ser tal, debe ser actualizado de acuerdo a determinadas reglas que en consonancia con el estado del saber de la ciencia médica marcan las pautas dentro de las cuales ha de desempeñarse el técnico (Gamarra, J., "Responsabilidad civil médica", F.C.U., T. 1, pág. 43).

La co demandada ASSE afianza su defensa en la inexistencia de apartamiento de la lex artis en tanto se actuó con la diligencia debida, a tiempo y se diagnosticó de acuerdo a

los síntomas que presentaba la menor en oportunidad de concurrir a la puerta de emergencia del Hospital.

En referencia a este punto tenemos en autos diversos medios probatorios a saber la historia clínica de B. de fs. 371 a 556,

Investigación administrativa llevada por ASSE a raíz de los hechos ventilados en autos con actas, normativa, resoluciones, informe de instructores sumariantes, informe de comisión asesora convocada para estudio del caso de autos e informe de La comisión de Salud Pública de fs. 556 a 693 a 776. y resolución de comisión investigadora de fs. 326 a 397.

Asimismo, las partes solicitaron prueba pericial de la cual surge: 1. A fs. 1346 a 1368, pericia solicitada por la parte actora realizada por el Dr. Cirujano C. A. y a fs. 1419 a 1444 la declaración del referido perito en audiencia. 2. A fs. 1555 a 1561, pericia solicitada por ASSE. realizada por los Dres. M. (Traumatólogo), V. (Cirujano), A. (Infectóloga) y G. (Pediatra) y a fs.1674 a 1707 la declaración de los referidos peritos en audiencia.

Surgen de autos asimismo declaraciones de los técnicos intervinientes en la asistencia a B., así como lo técnicos intervinientes en la comisión investigadora realizada por ASSE.

Surge asimismo agregado en autos informe técnico de parte agregado por la parte actora realizado por el Dr. B. a fs.195 a 237 y su curriculum vitae de fs. 189 a 194.

En autos existen dos pericias técnicas que, sin perjuicio de no tener idéntico objeto, arriban a conclusiones antagónicas respecto de la correcta asistencia a B. en la asistencia brindada a la misma.

En atención a que la cuestión debatida en autos implica

conocimientos del arte médico el medio conducente a los efectos de probar los mismos es la prueba pericial, pero la misma debe ser valorada de conformidad con la sana crítica de conformidad con lo establecido en el art. 184 del C.G.P., expresando los fundamentos en caso de apartarse de la misma.

En primer lugar, se establece que a pesar de que se reclama por la atención brindada en el Hospital de Salto a B., ambas pericias en autos son concluyentes que las intervenciones realizadas por el referido centro luego de su 3er consulta el día 29 de marzo de 2009 no presentan observaciones y que las mismas se adecuaron a la praxis médica en atención a los síntomas y padecimientos de la menor.

En el caso de "En referencia a los procesos asistenciales posteriores al día sábado 28 de marzo de 2009 en el HR de Salto el análisis de lo actuado por la pediatra de Guardia en oportunidad de la consulta a en puerta de urgencias del día 29 fs. 12, resumimos realizó un interrogatorio breve y un examen dirigido, acorde a la florida sintomática de la paciente; inició en forma inmediata terapia de reposición y consulta con cirujano de guardia. En referencia a lo actuado por intensivistas y cirujanos, as medidas de soporte vital y medicamentos fueron adecuadas y precoces ante el diagnóstico de SIRS. La primera cirugía (fs. 13) se realizó con mínimo tiempo de espera. Los estudios anamopatológicos consignados a fs. 51 (260), dan soporte a las técnicas empleadas."

Por lo que no existen fundamentos para apartarse de las conclusiones de los Sres. peritos de la inexistencia de apartamiento de los actos de los técnicos intervinientes a partir del día 29 de marzo de 2009.

En lo que respecta a los hechos alegados por la parte actora de que el día 29 de marzo la madre de B. tuvo que exigir que se realizaran placas y la asistencia de la misma

debiendo llamarse a un guardia de seguridad en atención a que la misma se encontraba alterada, no surgen acreditados en autos en debida forma ya que, el testigo D. P. a fs. 1151 manifiesta haber estado presente en el hospital como guardia de seguridad cuando se atendió a B. y que no fue llamado por ningún disturbio, tal cual declaro en Sede administrativa.

El testigo C. a fs. 1175 manifiesta que trabajó los días de atención de B. en el hospital y que lo llamaron porque la mama de B. estaba muy violenta, alega que estaba "brava" porque B. estaba muy "embromada y no la atendían", pero no especifica el día que sucedieron estos hechos, no declara haber presenciado incidentes con la Dra. W.

La Dra. W. declaro en Sede administrativa (fs. 561) no haber tenido inconvenientes con la madre de B. y que el trato fue cordial, lo que ratifica en Sede judicial a fs. 1015 y ss.

La enfermera Á. que participo en la atención con la Dra. W. declaro no presenciar inconvenientes y un trato cordial entre madre y un buen diálogo con la doctora, por lo que a criterio de esta proveyente no quedo acreditado en autos los hechos referidos por la parte actora.

En lo que respecta al incumplimiento de la obligación de seguridad manifestado por la parte actora, la cual afirma que no se la mantuvo indemne ya que ingreso con una apendicitis y adquirió una infección que derivó en las diversas intervenciones quirúrgicas y amputaciones de B.

De los informes periciales no surgen las referidas conclusiones.

El perito A. en su pericia no hizo referencia a las causas externas de la infección y preguntado en audiencia si el diagnostico precoz puede disminuir el porcentaje de riesgos

en relación a las bacterias como la pseudomona manifiesta que cualquier proceso infeccioso tiene más probabilidades de mejores resultados en etapas precoces independientemente del germen y que la apendicitis es un proceso infeccioso de por sí.

Por su parte, el informe pericial de fs. 1555 y ss, en donde intervino la Dra. A. - Profesora agregada de la cátedra enfermedades infecciosas - estableció que la rápida evolución de la infección fue causa de la pseudomona aeruginosa y consultada en la audiencia a fs. 1702 estableció que la gravedad de la pseudomona se debe al tipo de infección que presentaba B. con compromiso en el abdomen y la sangre y, ante la pregunta sobre si pudo haber sido adquirida dentro de la institución médica, niega que haya sido así, en atención al tiempo de colonización de la misma ya que fue detectada en el hemograma del 29 de marzo de 2009 así como el tipo de resistencia ya que era sensible y la pseudomonas sensibles son las de la comunidad y las resistentes las hospitalarias, por lo que, teniendo presente la especialidad de la referido perito y la ausencia de referencias sobre este punto por el Dr. A., no existen elementos para que esta Sra. Juez se aparte de la conclusión de la perito A. de que la pseudomona fue adquirido en la comunidad y por tanto, cae el argumento de la parte actora sobre el incumplimiento del deber de seguridad que recaía sobre la codemandada ASSE.

Por lo expuesto no existiendo prueba pericial controvertida sobre que las actuaciones realizadas por los técnicos intervinientes en la asistencia de B. en los días 29 y siguientes de 2009 fueron acorde a la praxis médica y a la sintomatología y afecciones que la misma presentaba, solo resta analizar si existieron deficiencias en el servicio prestado a B. en las dos primeras consultas en puerta de emergencia los días 27 y 28 de marzo, en la que si existen

controversias en ambos informes periciales.

Surge de la prueba pericial de fs. 1555 y ss. y de la declaración de los peritos que arribaron a la conclusión de que no existió apartamiento de la lex artis medica en tanto la actuación desplegada por los técnicos en los referidos días fueron acordes a los hallazgos encontrados en la paciente por la Dra. P. el 27 de marzo de 2009 y por la practicante H. el día 28, según fueron consignados en la historia clínica.

Por los mismos elementos se arriba a las mismas conclusiones por parte de los técnicos intervinientes en la Comisión Asesora convocada en la investigación administrativa de ASSE de fs. 694 y ss. y el informe de Salud Pública de fs. 749 y ss., así como por la instrucción del Dpto. de sumarios e investigaciones de ASSE de fs. 729 y ss.

Por su parte la pericia realizada por el Dr. A. analiza en forma pormenorizada las actuaciones de fecha 27 y 28 de marzo y cuestiona los datos consignados en la historia clínica recabados en esa fecha a fs. 371/372.

Ninguno de los técnicos intervinientes en la investigación administrativa de ASSE como los peritos del informe de fs. 1555 y ss., cuestionan la idoneidad de los datos consignados en dichas consultas.

Debe tenerse presente que, sin perjuicio de que a los Sres. Peritos les compete evaluar los actos médicos, el Dr. A. realizó un estudio pormenorizado de los actos consignados en la historia clínica (fs. 371/372), teniendo presente las declaraciones de los técnicos intervinientes, esto es, la Dra. P. y la practicante H. y demás profesionales declarantes en autos.

Los peritos que actuaron conjuntamente manifestaron no

haber considerado que en la asistencia del día 28 B. fue evaluada por una practicante, manifestando que evaluaban el acto médico.

Sin perjuicio de manifestar que correspondía que fuera un médico quién diagnosticara a los pacientes.

En la investigación administrativa y del informe de la instructora sumariante, se concluye a fs. 577 vto. Que se consideró una omisión administrativa, que la misma no consulto al médico pediatra de guardia que se encontraba presente en el servicio.

Lo que surge acreditado por la propia declaración de la testigo H. a fs. 1006 y ss.

Tampoco se analizó por parte de los peritos que actuaron en forma conjunta que hubieren existido deficiencias en el examen físico abdominal realizado a B. por la practicante o por la Dra. P. el día 26 tal como fue analizado en forma pormenorizada por el Dr. A.

A fs. 595 surgen las pautas del funcionamiento del servicio de emergencia donde se establece claramente que los practicantes no podrán resolver la asistencia de los pacientes sin supervisión del médico de guardia, siendo responsabilidad del mismo realizar el diagnostico primario, medicare y derivar a policlínica O a su domicilio.

Todos los testigos técnicos declarantes en autos, coincidieron que los practicantes no pueden resolver la asistencia de los pacientes sin supervisión del médico.

La propia practicante - H. - a fs. 1006 y ss. Declaró que no consultó al médico de guardia porque a la paciente anterior que se le consultó no fue a verla que era un cuadro yugular a nivel de la mucosa yugular y le pareció que en este caso que era una infección respiratoria alta no iba a ir a verla y porque los internos a veces tienen falta

de apoyo de colegas y quedan solos. Y que respecto a su experiencia en pediatría solamente contaba con seis meses en policlínica en el pregrado.

El Dr. S. (a fs. 1147 y ss.) quien se encontraba de guardia el referido día declara asimismo que la practicante no le consultó. En lo que respecta a las actuaciones por la Dra. P. el día 27 de marzo, la misma declara en autos a fs. 998 que realizó un examen abdominal no encontrando signos de valor por lo que no lo registró en la historia clínica, se debe tener presente que las declaraciones de la referida testigo están revestidas de sospecha ya que son sus actos médicos los que se están cuestionando, no existiendo ninguna otra prueba en autos que acredite la realización del referido examen.

Por lo cual no existe prueba acreditada en autos de que efectivamente a pesar de venir la paciente con un cuadro de un ambiente familiar viral, haya realizado un examen abdominal teniendo un síntoma digestivo como ser los vómitos.

En la pericia de fs. 1555 y ss., se establece que el examen abdominal es parte del examen integral de cualquier niño que consulta en la Emergencia, pero en este caso como se analizó no hay prueba categórica de la realización del mismo en la consulta del día 28 de marzo.

Surge asimismo de la propia declaración de la practicante H. que no se dio cuenta que se trataba de una re consulta y que la madre no se lo refirió, pero surge de la hoja de emergencia en que la misma consignó sus actos médicos en consultas en los 6 meses anteriores que había consultado el día anterior.

Asimismo, la propia practicante declara que si se hubiera dado cuenta que era una reconsulta hubiera llamado al médico.

Presenta relevancia asimismo que la practicante manifiesta solo haber tenido experiencia con niños en la policlínica al cursar 6 meses en el pregrado y todos los testigos técnicos declarantes en autos manifiestan las dificultades que implica la detección de una apendicitis en niños y en menores de 5 años, que en muchos casos pueden no tener dolor abdominal y el técnico debe realizar un examen detallado a los efectos de buscar el dolor.

Teniendo presente ello, y que los peritos de fs. 1555 partieron de la base de analizar solo los datos recabados por las técnicas que atendieron a B. sin cuestionar la idoneidad de los mismos, así como realizaron un análisis general de las actuaciones de dichos días y por otra parte tenemos una pericia realizada por otro examen pericial que desglosa y analiza detalladamente las particularidades de los datos recabados no puede esta Sede apartarse de las conclusiones arribadas por el Dr. A.

Reviste importancia la declaración del Dr. V. a fs. 1028y quien intervino en la asistencia de B. el día 29 de marzo y realizó la primera operación el mismo día y las subsiguientes en el Hospital de Salto, preguntado sobre si este hecho desgraciado lo imputa que había poca personal a que no había médicos contesta " *yo creo que sí, si a esta botija la hubiera visto un médico con más experiencia no hubiera tenido esta evolución, ojo" el cuadro iba a ser grave igual , pero por lo menos no hubiera tenido la evolución en los aspectos más desfavorables.*"

En lo que respecta al informe técnico presentado por la parte actora realizado por el Dr. B. quien concluye de igual manera que en el caso del Perito A., sin perjuicio de que corresponde sea evaluado por la Sede como un medio de prueba más arribados a la causa, el mismo implica per se una alegación de parte, debiéndose probarse sus dichos con

los medios de prueba conducentes en autos.

Debe cuestionarse, que garantías existen en el caso de la valoración realizada por una practicante, sin perjuicio de su conocimiento técnico como estudiante de último año de la carrera, con experiencia baja en una población con dificultades para la detección de la apendicitis.

Por lo cual la ausencia de prueba acreditante de la correcta realización de un examen abdominal por la Dr. P. el 27 de marzo y las dudas que plantea la garantía de recabar correctamente datos del examen abdominal, sumado a que no existen datos de la auscultación que forma parte del examen abdominal, según declararon los diversos técnicos en autos no pueden más que hablar de deficiencias en la asistencia brindada a B. los días 27 y 28.

Esta proveyente no puede apartarse de las conclusiones arribadas por el PERITO A. quien realiza un pormenorizado análisis de la asistencia de la paciente en los referidos días, en contraposición a la pericia de fs. 1555, el cual parte de analizar solo los datos recogidos sin cuestionar la idoneidad técnica de quien los recabó, ni la ausencia de la consignación del examen abdominal en la primera visita.

El Dr. A. hace hincapié en el evidente examen incompleto de la consulta el día 27 de marzo en tanto no se establece ni la frecuencia de sus vómitos ni en las características de los mismos que pudieran dar datos sobre el origen del mismo, así como no indaga sobre la intensidad de la temperatura o si se le dio medicación para la misma que pudiera estar bajándola al momento de la consulta y tratarse de una temperatura más elevada.

Por otra parte, no se consigan, no solo el examen abdominal, sino que tampoco se establece un dato de valor para otros médicos que la vieran posteriormente de la inexistencia de dolor, lo que dan cuenta de la inexistencia de un examen

abdominal.

Los diversos técnicos declarantes en autos, así como en ambas pericias se determinó la atipicidad sintomática de la apendicitis, la cual se puede presentar con dolor o sin dolor, con fiebre o sin fiebre, con vómitos o sin vómitos, siendo característico en los menos que no se presenten todos los síntomas conjuntamente y en típicamente.

Otro dato relevante de la pericia del Dr. A., no relevado en la pericia de fs. 1555, es que la practicante H. en la declaración en Sede administrativa (fs. 557) manifiesta que la madre de B. le manifestó haberla visto dolorida ese mismo día, por lo cual es un motivo de consulta no consignado en la historia clínica. Por lo que con este hecho se darían al menos (a pesar de no encontrarse dolor por la misma en la consulta, debiendo tener los recaudos necesarios por la inexperiencia de la misma en el relevamiento de este) se encontraría la triada de Murphy de los síntomas (al menos como motivo de consulta) de dolor, fiebre y vómitos.

El perito A. deja de manifiesto como errores en la asistencia de B. en los días 26 y 27 de marzo, la ausencia de tener acceso a la historia clínica del paciente y la falta de supervisión de los practicantes, lo que entre los demás errores consignados a su criterio demuestran una falla en el sistema de atención.

La practicante H. declara que no se sentían respaldados por los médicos y en diversos runos como el de S., no eran supervisados.

Respecto a los estudios paraclínicos posibles a realizar el Dr. A. manifiesta que la evaluación de la Proteína C Reactiva (PCR) es un predicador adicional con una sensibilidad superior al 99% y eficacia del 90%.

Plantea que la seguridad diagnóstica se enmarca en el control de evolución del cuadro clínico, mediante estrictos controles clínicos, de un estricto control físico y controles vitales-temperatura, que no existió en autos y eventualmente de laboratorio: leucocitos-PCR.

Plantea el perito que se debió indagar en el hecho de que era la única de los hermanos que se consultaba, que persistía la fiebre por 48 horas y la persistencia de un sistema digestivo que puede ser indicativo de una afección abdominal ya que una gripe no da persistencia de vómitos durante 48 horas.

Por lo expuesto en atención a los hechos reseñados es que esta Sr. Juez entiende que existieron apartamientos de la Lex Artis en las asistencias brindadas en las primeras dos consultas realizadas los días 27 y 28 de marzo de 2009.

III) Del nexó causal

No basta entonces solamente establecer que existió un apartamiento de la lex artis o una atención injustificada por debajo del estándar del profesional médico medio, sino que corresponde acreditar por la parte actora la incidencia de dicho hecho ilícito o apartamiento en la pérdida de chance de un beneficio o mejor evolución en el caso de autos.

Ante ello y teniendo presente lo manifestado de ambas pericias de autos, deberá estarse a las manifestaciones del Dr. A. el cual establece que las complicaciones postoperatorias locales y sistémicas se presentan con mayor frecuencia en las apendicitis evolucionadas (necróticas y perforadas) y que el diagnóstico y tratamiento de la apendicitis en estadio temprano conlleva un menor índice de complicaciones locales y sistemáticas.

Alega el referido perito en su declaración en la Sede que

ante los síntomas planteados hubiera correspondido la internación a los efectos de ver evolución y permite controles periódicos en horas mucho más acotadas que volviendo al domicilio. Manifiesta "obviamente, es muy probable que en horas de la mañana mostrara en un examen físico correctamente hecho, signos que nos orientaran al diagnóstico de apendicitis y la precocidad en el tratamiento de la apendicitis es indudable seguida de mejores resultados o menor número de complicaciones que cuando se realiza un diagnóstico tardío como fue este caso, que ya no se diagnosticó una apendicitis sino un sepsis por una peritonitis que fue una causa apendicular (...) La suma de esos proceder inadecuados de este caso en particular llevó a un diagnóstico tardío con las consecuencias del caso (...) Pdo. A los efectos aclaratorios: esto determina que si se hubiera diagnosticados de forma temprana la apendicitis de B. F. en un 90% de posibilidades no hubiese tenido complicaciones y consecuencias que tuvo a posteriori= cta. En realidad, eso no se mide en tiempo, sino en el grado de la enfermedad, si es una apendicitis congestiva o edemosa y se opera en ese momento tiene una 90% de posibilidades de que no le pasa nada (...) es evidente por la situación clínica que presenta la niña el segundo y tercer día, que son dos instituciones clínicas abismalmente diferentes. es evidente por la situación clínica que presenta la niña al segundo día y al tercer día, que son dos situaciones clínicas abismalmente diferentes. En el segundo día, es una niña que está enferma, el tercer día, es una niña que está MUY grave. Si teóricamente, y no digo que yo hubiera operado a esa niña con los datos de la historia del día 28, pero si teóricamente se la hubiera operado y se le hubiera encontrado una apendicitis, seguramente los resultados hubieran sido mejores, porque ese apéndice enfermo iba a tener más de 24 horas menos de

evolución, que al momento de ser operada. Si se hubiese intervenido en el segundo día, no se hubiese dado con seguridad el cuadro clínico que se dio y todas las repercusiones que tuvo.” (SIC, fs. 1432 y ss).

Establece asimismo que la detección precoz del apendicitis va seguido de mejores resultados, independientemente del germen que se encuentre.

Por su parte la pericia de fs. 1555, sin perjuicio de las particularidades analizadas, establece que la atención en los días 27 y 28 de marzo no tuvieron incidencia en la evolución posterior.

Respecto a la afirmación del Dr. V. 1684 de que “la paciente no tenía una apendicitis cuando consultó el primer y segundo día, primero cosa” no explica el arribo de sus conclusiones, más allá de los datos relevados no cuestionados.

Por otra parte, la pericia conjunta de fs. 1555 establece que la *Pseudomona aeruginosa* es la causa de la rápida evolución de la infección. En su declaración en audiencia la Dra. A. preguntada por el tiempo de evolución asociado con la *pseudomona* no es específica estableciendo que puede ser en horas o días, por lo que no surge la certeza de que por la evolución de la misma en 24 horas haya generado apendicitis y sepsis generalizada.

En esos términos nos ubicamos dentro de un caso de pérdida de chance por diagnóstico tardío culpable, en tanto de emplearse la atención debida en las dos primeras consultas, realizándose un examen exhaustivo y siendo vista por un médico especializado, teniendo presente la dificultad de detección de la apendicitis en niños que pudiera dar garantía de los datos relevados en las referidas consultas y la evaluación de la percepción de síntomas digestivos durante 48 horas hubieran al menos una chance de detección

más temprana de la misma.

La Suprema Corte de Justicia analizando la pérdida de Chance estableció en Sentencia No. 145/2005,: *"...si bien es pacíficamente admitida jurisprudencialmente la posibilidad de reparación por este rubro (pérdida de chance), aun cuando no se hubiera consagrado como algo autónomo, para que proceda su reparación se requiere su evaluación exacta, acudiéndose a un diferencial sobre la base de la capacidad del sujeto para hacerse acreedor del beneficio"*, *"Dicho de otra manera, la noción de pérdida de chance implica que el elemento del perjuicio constituido por la pérdida antes mencionada presente los caracteres de directo y cierto siempre que se constate la desaparición de un acontecimiento probable y favorable, aunque, por definición, la realización de una chance nunca es cierta"*. *"La pérdida de chance se ubica entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual; como el primero, y a diferencia del segundo, es reparable (CHARTIER, YVES, 'La réparation du préjudice', pág. 14, Dalloz, París 1996) (Cfme. LJU c-14.712, T.A.C. 2o. Turno, Sentencia No. 66/03) (...)Se trata de examinar, entonces, cuál es la situación concreta al tiempo de ocurrir el hecho ilícito para reconstruir idealmente la situación futura a partir de los elementos de juicio específicos que puedan extraerse de aquélla; los extremos de hecho concretos sobre los cuales el reclamante proyecta su situación de futuro y consecuentemente finca sus reclamos, lo que debe acreditarse" (...) La 'pérdida de chance' implica un suceso que no sólo es futuro sino que es incierto y, por lo tanto, por razones elementales, no podría ser reparado ya que no sería un perjuicio efectivamente sufrido, aunque, podría admitirse la reparación que se invoca siempre que se acredite en forma cierta la pérdida de 'chance' (T.A.C. 7o. Turno, Sentencia No. 54/02)"*.

Como manifiesta Gamarra "*Hablamos de 'chance' en el sentido de probabilidad de ganar algo o de evitar una pérdida; normalmente la situación futura que con la pérdida de la 'chance' deviene imposible (impidiendo definitivamente su veri-ficación) significa una ventaja o un beneficio para el damnificado; pero también puede suceder que la realización de la posibilidad esperada consista en evitar una situación desfavorable (p. ej., la muerte o invalidez de un enfermo, cuando la asistencia médica es prestada tardíamente por parte del centro obligado a suministrarla)*". Agregando que *'...el daño resarcible consiste en la pérdida de la chance y no en la pérdida de la ventaja esperada o situación terminal...'*. *'Mientras que en el lucro cesante en general (esto es, fuera de esta especie ahora a estudio) lo que importa es la verosimilitud del perjuicio futuro y el resarcimiento será completo, en la pérdida de una 'chance' el dato definitorio es la existencia de una probabilidad concreta, y la reparación queda reducida inevitablemente a una fracción de la ganancia esperada, cuantificada en función de la importancia de la 'chance''* (Tratado. T. XXIV, págs. 115-116)".

Respecto de ello, se entiende que deben tenerse presente en el caso de autos, la dificultad de diagnóstico de la apendicitis en niños como manifiesta el Dr. A., en su pericia, en tanto es un verdadero desafío, lo que fue conteste a la declaración de los demás técnicos declarantes en autos, debido a su atipicidad en que los síntomas se presentan en los niños, así como la incidencia de la pseudomona que padecía la misa, por lo cual teniéndose presente el porcentaje estimado por el Sr. Perito de tener un 90% de probabilidades de no tener complicaciones en detecciones tempranas de la apendicitis y valorando la edad de B. al momento de padecerla y la pseudomona que la misma presentaba, considera esta Sede que la pérdida de chance se

estima en el 30%.

Dicho porcentaje por tanto debe ser el que debe establecerse respecto del daño total que se hubiera percibido en caso de resarcimiento total por un daño cierto.

IV) Daños

En primer lugar, debe tenerse presente que no fueron objeto de controversia las secuelas con las que quedó B., esto es amputación de interpaletar de ambas piernas, antebrazo izquierdo a nivel del 1/3 proximal, así como falanges (3ra) del 2° y 3er dedo de la mano derecha, ni las 11 intervenciones quirúrgicas a las que debió someterse, como las cicatrices en su abdomen, hechos que son cuasipersonales de la demandada por haber intervenido sus dependientes en las mismas.

IV. 1) DAÑOS RECLAMADOS POR B.

A) DAÑO MORAL, DAÑO MORAL A LA VIDA EN RELACION.

Reclama a su respecto daño moral stricto sensu por el padecimiento y dolor sufrido a causa de las múltiples hospitalizaciones, operaciones, curaciones y padecimientos.

Asimismo, reclama daño en la vida de relación teniendo presente el daño estético sufrido por las cicatrices, deformaciones, mutilaciones y modificaciones morfológicas o funcionales, así como el daño por perjuicio juvenil por la pérdida de integridad corporal a temprana edad, no permitiéndole un desarrollo normal de la niñez y juventud.

Respecto del referido daño los testigos declarantes en autos C. (fs 971), U. (fs.977), C. (fs.983), Sra. U. (Fs. 986), el testigo I. (fs.991), todos vecino de la familia de años manifiestan en el mismo sentido que B. recibió

atención Psicológica y ayuda de los maestros y le quedaron cicatrices en su cuerpo, debiendo ser ayudada para realizar diversas tareas como baños, ropa, comida, ya que no puede realizarlo sola, que B. camina arrastrándose no ha podido congeniar con las prótesis que le han dado entonces ella se acostumbró a arrastrarse, que si se le da un vaso de leche en la mano lo agarra pero evidentemente no puede servírselo sola y hasta para vestirse hay que ayudarla, hay que estar al lado de ella, es una nena que no se vale por si sola. Que intenta estar al nivel de sus compañeros, pero se ve afectada, cuando otro niño le pregunta que le paso ella contesta, pero tímidamente, es simpática y consiente de lo que le paso, está a la par de sus compañeros en su aprendizaje porque su madre se lo mostró, pero ha tenido dificultades a nivel de lenguaje. Si llega un desconocido a su casa se esconde y se va para atrás, es consciente que es diferente a los demás.

De fs.239 a 259 surgen evaluaciones en hojas rubricadas de TELETON con firmas de técnicos a saber de Psicólogos, Maestra especializada Fisiatra; Licenciada en trabajo social, Licenciada en terapia ocupacional y fonoaudiología, los cuales se encuentran si fecha y no fueron reconocidos por su autor. Sin perjuicio de ello el daño moral como en situaciones de la de autos con secuelas a una niña de tres años y amputaciones de tres de los cuatro miembros y dos dedos de la otra mano implican un daño moral in re ipsa.

Teniendo presente la edad de la menor y las lesiones permanentes como son la amputación de los miembros y las declaraciones testimoniales en autos sobre su autonomía se estima el daño moral sufrido por la misma incluido el daño en vida de relación (daño estético y perjuicio juvenil) de conformidad con los parámetros jurisprudenciales actuales en U\$D 80.000 (dólares americanos). A lo cual deberá aplicarse el 30% por estar ante un caso de pérdida de

chance que implica el resarcimiento a la pérdida de una posibilidad o chance y no a la totalidad del daño padecido, por lo que aplicado el porcentaje de referencia se condena a U\$D 24.000 (dólares americanos).

Debe tenerse presente que sin perjuicio de que las sumas por daño moral se reclaman en pesos totalizando el reclamo de daño moral stricto sensu y daño a la vida en relación (daño estético y daño juvenil) \$3.500.000. al momento de la presentación de la demanda su reclamo en dólares era de USD 188.000 (valor dólar 18,55 al 25/05/2011).

Por su parte se reclama como un daño a parte el daño moral por pérdida de chance, lo cual no corresponde jurídicamente lo cual no corresponde por no ser un daño por sí mismo sino por ser como se explicó anteriormente la pérdida de chance es un nexo de causalidad del daño y no el daño.

B. DAÑO PATRIMONIAL.

Respecto del daño patrimonial reclama el lucro cesante causado por su incapacidad definitiva que la inhabilitara para realizar a futuro actividad laboral.

Sin perjuicio de que a criterio de esta sede no es necesario, en atención de la prueba producida en autos, la necesidad de un dictamen pericial que determine que B. ha quedado con una incapacidad de carácter permanente por sus secuelas, y por tanto que ha quedado acreditado el daño por lucro cesante, si será necesario a los efectos de su cuantificación un informe técnico respecto del grado de incapacidad para el trabajo de B. no teniéndose elementos técnicos conducentes en autos para tener acreditado, como alega la parte actora, una incapacidad absoluta y total para su inserción en el mundo laboral, por lo que se diferirá su cuantificación al proceso incidental establecido en el art. 378 del CGP.

Debe tenerse presente que la prueba agregada en autos respecto del grado de su incapacidad, es un informe técnico de parte a fs. 195 a 237, realizada por el Dr. B. pero la misma no deja de ser, por tratarse de un perito de parte, alegaciones que deban ser probadas mediante un medio de prueba conducente a sus efectos, esto es por un técnico imparcial y auxiliar de la justicia.

A los efectos de su determinación en vía incidental se establece que se condena al pago de Lucro Cesante estimándose en un cálculo lineal, tomando como base un salario mínimo y medio como base por mes, menos descuentos legales desde los 18 años a los 65 años de edad.

No corresponde se cuantifique lucro cesante hasta la edad de expectativa de vida, sino por la edad promedio de vida laboral de una persona, la cual son 65 años.

A la suma resultante del cálculo ante dicho, se deberá aplicar el porcentaje del grado de incapacidad que resulte de la oportuna prueba conducente en etapa incidental y al resultado de ello deberá aplicarse el 30% de la perdida de chance entendida que debe ser resarcida según la presente.

C. GASTOS DE TRATAMIENTOS MEDICOS Y OTROS.

Solicita el referido rubro teniéndose presente el costo del personal tratante: enfermeros, fisioterapia, fonoaudiólogos, cuidado personal, empleados, entre otros y inmueble en condiciones habitacionales conforme a su incapacidad y cirugías estéticas y reparatorias que deberá costear desde los 18 años hasta su muerte.

Respecto de la referida prueba solo surge referido en autos un presupuesto de la constructora R. a fs.279 a 286, la que luce firmada pero no es autenticada por su autor en tanto se trata de un documento emanado por un tercero, ni se trata de una prueba pericial.

Respecto de las prótesis surge de la prueba pericial de fs.1555 del traumatólogo M. estimó el costo promedio de las prótesis la cual implica que actualmente fueron suministradas las prótesis necesarias y que luego de finalizada la etapa de crecimiento luego de los 17 años aproximadamente se requerirá un tipo transtibial modular con pie dinámico y encaje de silicona con sujeción pin, estimando la expectativa hasta los 79 años, con un promedio por prótesis de U\$D 6400 por cada uno de los miembros inferiores cada dos años de y un costo de recambio de U\$D 1800 por año para ambas. Respecto del miembro superior el costo de la prótesis el costo es de U\$D 3200 con un recambio cada tres años aproximadamente y un recambio del guante cosmético anual del valor de U\$D 250.

Por tanto, de los 18 años a los 79 años, tenemos un resultado de 64 años de utilización de prótesis, los miembros inferiores necesitan una reposición promedio cada dos años por los $U\$D 6400 \times 30.5 = U\$D 195.200$ más $U\$D 1800$ (recambio) $\times 61$ (años) = $U\$D 109.800$, total $U\$D 305.000$

Por lo que el 30 % condenado por perdida de chance es de $U\$D 91.500$

En lo que respecta a los demás daños esto es gastos en la vivienda, costos de personal de asistencia y cirugías estéticas futuras, sin perjuicio de poder solicitarse como se hizo su estimación del monto por el art. 378 del CGP no enerva que en esta instancia deba probarse la existencia del daño y en autos no surgen probado en forma conducente esto es mediante la prueba pericial correspondiente la necesidad a futuro de contratar personal asistente en tanto no surge acreditado el grado de incapacidad de la misma ni las reformas edilicias necesarias en tanto no se prueba en autos ni las condiciones actuales de su vivienda ni en forma conducente las reformas que necesita en atención al

referido estado actual de la misma.

Por lo expuesto entiende esta sede que no habiendo quedado acreditado en forma fehaciente los demás daños futuros reclamados se condenara solamente al costo de las prótesis en el monto de U\$D 91.500 respecto del referido rubro el que implica un daño emergente.

Téngase presente que está incluido dentro de esta valoración el gasto por vivienda que reclama en forma apartada pero se encuentra incluido a su vez como gasto a futuro y fue valorado en los presentes considerandos.

IV. 2) DAÑOS RECLAMADOS POR LOS RESTANTES CO-AUTORES.

A. DAÑO PATRIMONIAL DE LOS PADRES

El Sr. F. y la Sra L. reclaman daño patrimonial en atención a los gastos en que incurrirán hasta que la misma cumpla 18 años de edad por prótesis, costo de personal tratante, inmueble en condiciones habitacionales, cirugías estéticas y reparatorias, gastos de pasajes y alojamientos a Montevideo, a los efectos de que reciba tratamiento B.

Respecto de este punto no solicitan monto alguno ni se difiera al proceso incidental como si lo hace en el daño emergente de B., incumpliendo con la debida carga de la sustanciación implícita en el art. 117 del CGP.

Respecto de las prótesis a diferencia del daño patrimonial futuro de B. surge de autos (de la pericia de fs. 1555 y de los informes de TELETON agregados por la parte actora a fs. 240 y ss) que la misma ha recibido prótesis, pero no surge de autos si las mismas debieron ser costeadas por los reclamantes.

Surge asimismo del informe técnico de parte de fs.209 y ss. que la misma fue y es atendida por Salud Publica y BPS por lo cual a los efectos de evitar un enriquecimiento injusto se debió acreditar en autos a los efectos de probar el daño

emergente actual las erogaciones que se debió realizar por las prótesis y gastos médicos.

Respecto de los gastos de viviendas se realizan las mismas observaciones que en el capítulo anterior, que se evalúa el daño patrimonial de B.

En lo que respecta a los gastos de pasaje y estadía en Montevideo sin perjuicio de que quedó acreditado que B. estuvo internada en la Ciudad de Montevideo durante 53 días, lo que implicaría de por sí un costo que pudiera entenderse como lo que ha interpretado la jurisprudencia como gastos indocumentados al no reclamarse monto alguno por dicha suma no puede condenarse al mismo a los gastos indocumentados.

Por lo que se rechaza el daño patrimonial reclamados por el Sr. F. y la Sra. L.

B. DAÑO MORAL RECLAMADO POR LOS RESTANTES COACTORES.

Respecto del referido daño los testigos C. (fs 971), U. (fs.977), C. (fs.983), Sra. U. (Fs. 986) y I. (fs.991), vecinos de la familia manifestaron que todos los familiares reclamantes cohabitaban con B. al momento de los hechos debatidos en autos y que la familia ha padecido una real angustia frente a la situación vivida debiendo modificar su vida cotidiana a los efectos de ayudar a B. en sus tareas diarias. Asimismo, que la hermana mayor debió quedarse al cuidado de sus hermanos cuando sus padres acompañaban a B. a los distintos tratamientos, C. debió dejar sus estudios para ayudar a sus padres y trabajar, que M recibió atención Psicológica en el liceo y que E. fue quien tuvo cambios de conducta más repentinos, teniendo hasta crisis donde manifestaba querer quitarse la vida y la menor J. era lactante y debió abandonarlo por los hechos y la atención necesitada por B.

Por lo expuesto se estima que el daño moral de los padres

de B.

A criterio de esta proveyente habiendo quedado acreditado en autos la relación de cohabitación de los familiares de conformidad con los documentos de fs. 2 a 8. reclaman por daño moral los padres la suma de \$ 1.200.000 cada uno y \$ 800.000 cada uno de los hermanos por lo que teniendo en cuenta el valor del dólar a 18.55 al momento de la presentación de la demanda reclaman en U\$D 64.690 cada uno de los padres y U\$D 43.127 cada uno de los hermanos

Teniendo presente los parámetros jurisprudenciales al día de la fecha, se estima el daño moral del Sr. F. y la Sra. L. en U\$D 32.000 a cada uno, y U\$D 15.000 para cada uno de los hermanos co-actores.

Tratándose de una perdida de chance deberá establecerse el 30% de perdida de chance lo que nos da una condena de:

O. F.: U\$D 9.600

A. M. L. U\$D 9.600

C. N. F. L. U\$D 4.500

M. C. F. L. U\$D 4.500

M. A. F. L. U\$D 4.500

E. Á. F. L. U\$D 4.500

J. N. F. L. U\$D 4.500

V) Intereses legales, actualización y Costas y Costos

Respecto a las sumas condenadas en dólares americanos los intereses legales corresponderán desde la presentación de la demanda de conformidad con el Decreto Ley 14500, pero no corresponden la actualización ya que al tratarse de moneda extranjera el reajuste establecido por el Decreto Ley 14.500 aplica solo a condenas en

moneda nacional en atención de la depreciación de la moneda nacional.

Por ello si corresponderá además de la actualización desde la presentación de la demanda los intereses desde la misma fecha en las sumas que resulten de la liquidación del concepto de lucro cesante.

A criterio de esta sentenciante la actitud procesal de las partes (sin perjuicio de la no contestación) no amerita imposiciones especiales en costas y costos en tanto no estamos dentro de lo establecido en los art. 688 y 689 del Código Civil por los que serán cada una por su orden causado.

Por lo que surge de autos, los fundamentos expuestos y las normas mencionadas,

Fallo:

ACOGIÉNDOSE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA INTERPUESTA POR EL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA

AMPÁRASE PARCIALMENTE LA DEMANDA CONDENÁNDOSE A LA CODEMANDADA ASSE A ABONAR:

A B. G. F. LA SUMA DE USD 24000 (VEINTICUATRO MIL DOLARES AMERICANOS) POR CONCEPTO DE DANO MORAL, USD 91.500 (NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS) POR DAÑO EMERGENTE FUTURO Y AL LUBRO CESANTE DE CONFORMIDAD CON LO MANIFESTADO EN EL CONSIDERANDO V DE LA PRESENTE.

Y A O. F. Y A. M. L. USD 9600 (NUEVE MIL SEICIENTO DOLARES AMERICANOS) A CADA UNO Y A C. N. F. L., M. C. F. L., M. A. F. L., E. Á. F. L. Y J. N. F. L. USD 4500 (CUATRO MIL QUINIENTOS DOALRES

AMERICANOS) A CADA UNO POR CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

LA CONDENA ES MÁS INTERESES LEGALES DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO LEY 14.500 DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA PARA LAS SUMAS CONDENADAS EN DOLARES Y MÁS ACTUALIZACIÓN E INTERESES PARA LAS SUMAS EN PESOS QUE RESULTEN DEL LUCRO CESANTE DIFERIDO AL PROCESO INCIDENTAL DEL 378 DEL C.G.P.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

CONSENTIDA O EJECUTORIADA EXPÍDASE TESTIMONIO SI SE SOLICITA Y OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

HONORARIOS FICTOS: TRES BASES DE PRESTACIONES Y CONTRIBUCIONES.

DRA. LORENA GARCÍA RODRIGUEZ

JUEZ LETRADO