

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRIGUEZ

Montevideo, catorce de octubre de dos mil trece

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "CRUZ, HUGO Y OTROS C/ MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y OTROS - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACION", IUE: 2-25246/2004.

RESULTANDO QUE:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 668/2011, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno, se falló:

"Acógrese parcialmente la demanda y en su mérito, condénase a los demandados por partes iguales a abonar a los actores el daño material pasado y futuro por gastos de tickets de análisis, órdenes de medicamentos y traslados para la asistencia de Juan Cruz a Montevideo, conforme a lo indicado en el Considerando IX de esta sentencia.

Condénase a los demandados por partes iguales a abonar la suma de \$5.600 en concepto de gastos de tratamiento psiquiátrico de Manuela Cruz.

Condénase a los demandados por partes iguales a abonar en concepto de subrogado de daño moral las sumas de \$750.000 a Juan Cruz Castro, \$300.000 a Hugo Cruz Pérez, \$300.000 a Claudia Castro González, \$100.000 a Manuela Cruz Castro, \$100.000 a Felipe Cruz Castro; \$60.000 a Norma González Romano y \$60.000 a Cristina Elizabeth Pérez Núñez.

Con sus reajustes desde el hecho ilícito, más intereses legales desde la demanda.

Desestímase la demanda en lo demás y la demanda contra el citado en garantía.

Sin especial sanción en la instancia..." (fs. 919-933 vto.).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 192/2012, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, se falló:

"Confírmase la sentencia interlocutoria apelada con efecto diferido y revócase parcialmente la sentencia definitiva de autos y en mérito a ello: a) déjase sin efecto la condena contra el Instituto de Cardiología Infantil y contra el Estado; b) redúcese la condena por daño extrapatrimonial a las sumas de \$600.000...para Juan Cruz; \$250.000... para cada uno de sus padres, \$60.000...para cada uno de sus hermanos y abuelas; en todos los casos más reajuste e intereses a calcularse del modo indicado en el Considerando 'VII' del presente pronunciamiento; c) condénase también al Hospital Italiano a pagar a Juan Cruz el monto fácilmente liquidable de costo de asistencia psicológica determinado en capital y eventuales accesorios en el Considerando 'VII' de esta sentencia; todo sin especial condena en costas ni costos del segundo grado..." (fs. 1077-1092 vto.).

III) El representante de la parte actora interpuso recurso de casación a fs. 1093 y siguientes, alegando que las normas violadas en la impugnada son los arts. 1.319, 1.323, 1.331, 1.341 a 1.345 y 1.431 del Código Civil en cuanto instauran el principio de reparación integral del daño; los arts. 1.319 y 1.324 del mismo cuerpo legal en cuanto al régimen de

la responsabilidad, los arts. 7, 8 y 34 de la Ley No. 17.250, y art. 140 del C.G.P. por error en la valoración de la prueba.

Como agravios, expresó en síntesis que:

- Atento al daño comprobado, la indemnización fijada está alejada de criterios de justicia y de realismo.

- La impugnada descarta sorprendentemente la responsabilidad del M.S.P. que, sin embargo, tuvo un papel protagónico en los hechos de autos y debe ser condenado dado que: a) es el responsable del control de la sangre que se transfunde en Montevideo (Decretos del Poder Ejecutivo Nos. 233/88 y 385/2000); b) proveyó la sangre probablemente infectada por medio del S.N.S.; c) no hizo los controles que debió hacer para que el Hospital Italiano no tuviera sangre contaminada; d) se constató mal manejo de los reactivos VIH en el mismo S.N.S. y; e) promovió tardíamente las investigaciones y llegó a la conclusión de que ningún donante tenía VIH.

El argumento de la Sala no es convincente para exonerar de responsabilidad al M.S.P., basado en que el Servicio Nacional de Sangre (S.N.S.) proveyó solamente 7 de los 15 volúmenes de sangre que recibió Juan Diego, debiendo entonces considerar que hay que condenar al Hospital Italiano porque suministró uno más, cuando lo lógico hubiera sido una distribución proporcional de la responsabilidad.

Además, el S.N.S., dependencia del M.S.P., es el encargado del control de la sangre que se transfunde en Montevideo, es decir, la propia y la del Hospital Italiano.

Asimismo, existieron irregularidades en dicho servicio que tomaron estado público, al punto de disponerse un sumario a su Director. Justamente esas irregularidades se concretaron (entre otras) en el mal manejo de los reactivos de serología que se utilizaban para estudiar los casos de VIH.

- Las atacada se basa en las probanzas emergentes de las actuaciones del M.S.P. como si constituyera plena prueba, cuando en realidad olvida que es un codemandado en este juicio, y por lo tanto parte muy interesada. El M.S.P. recién dispuso una investigación dos años después de sucedido el hecho.

- La Sala exonera de toda responsabilidad al I.C.I. Sin embargo fue ahí donde el niño fue contagiado y atendido por sus técnicos y auxiliares. Además, para los actores, estos siempre fueron atendidos por el I.C.I., y éste era el I.M.A.E. No probó el I.C.I. haber cumplido con las obligaciones que le impone la "lex artis", sino que de las investigaciones surge la falta de cuidado que genera su responsabilidad por culpa, siendo que el paciente fue operado y transfundido bajo control del I.C.I. El I.C.I. tiene la guarda del paciente y debe evitar que en sus dependencias contraiga otros males. Por eso son aplicables por analogía los razonamientos que se hacen para la obligación de seguridad, a la responsabilidad por hecho de las cosas.

- Tampoco le asiste razón a la Sala cuando sostiene que no cabe responsabilidad por el régimen de la Ley No. 17.250, ya que el art. 7 de ésta protege al consumidor respecto de los productos y también de los servicios peligrosos o nocivos, y el art. 8, en la misma línea, tutela al consumidor o usuario respecto de los productos o servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad.

- Tanto el I.C.I., el Hospital Italiano y el M.S.P. incidieron con su conducta en la provocación del daño. Los tres co-demandados, por su condición de instituciones técnicas (especialmente competentes) estaban en condiciones de prever las consecuencias de tales omisiones y, por eso, deben responder solidariamente.

CONSIDERANDO:

I) La Corporación, por unanimidad de sus integrantes naturales, acogerá parcialmente el recurso de casación, anulando la impugnada sólo en cuanto desestimó la demanda respecto del Ministerio de Salud Pública, desechándolo en lo demás.

II) En primer lugar, corresponde efectuar una precisión respecto de la actitud asumida por el co-demandado Hospital Italiano al contestar el recurso de casación, en el que culminó solicitando que debería incluirse en la condena al Instituto de Cardiología Infantil y al Ministerio de Salud Pública (fs. 1126 vto.). Al respecto, es de tener presente que dicho co-demandado no interpuso recurso de casación, no siendo correspondiente interpretar tal actitud como una adhesión al recurso de casación interpuesto por la actora, instituto cuya inadmisibilidad ha sido reiteradamente sustentada por la Corporación, teniéndose presente al respecto que la modificación introducida por la Ley No. 19.090 al C.G.P. en su art. 274 (que sí la prevé a texto expreso) no se encontraba vigente al momento de evacuar el traslado del recurso por parte del Hospital Italiano.

III) En cuanto al agravio esgrimido por los actores relativo al "quantum" de la indemnización fijada a la baja en segunda instancia, cabe señalar que estos no cumplieron con la carga impuesta por el art. 2o. del art. 273 del C.G.P., ya que no indican respecto a cuál de los rubros concretos les afectó el fallo de segunda instancia, ni tampoco cuál habría sido la infracción a una determinada regla de derecho en que habría incurrido la Sala al resolver el punto. En suma, corresponde la desestimatoria del agravio en cuestión, sin corresponder otro análisis.

IV) Sí son de recibo los fundamentos expuestos por los recurrentes relativos a la exoneración de responsabilidad del codemandado Ministerio de Salud Pública, punto en el que cabe proceder a la revocatoria anunciada.

Al respecto la Sala entendió correspondía la exoneración de responsabilidad del M.S.P. en virtud que de las 15 unidades de sangre suministradas al paciente, solamente 7 provinieron del Banco Nacional de Sangre del Servicio Nacional de Sangre, lo que determinó que, en términos de probabilidad, se ubicara en menos del 50% la posibilidad de que el contagio se produjera por sangre con ese origen, lo que determina, en definitiva, ausencia de nexo causal (fs. 1087 vto.).

Tales aseveraciones no se comparten ya que, en primer lugar, conforme surge de la prueba recabada en autos, sin lugar a dudas entre las causas que pudieron determinar la adquisición por el menor del virus del VIH la que ostenta, holgadamente, mayor grado de probabilidad se constituye por las transfusiones sanguíneas de las que fue objeto el paciente. Así lo sostuvo el testigo Dr. Surraco quien, a fs. 580 vto., explicitó: "... las causas de contaminación son 4, tres de ellas se descartaron, la única que queda como posible es que fuera por transfusión...". Por su parte, la testigo Dra. Pirez expresó a fs. 592 vto.: "Lo de la transfusión de sangre era una posibilidad, el 95% de las transmisiones son por transfusión". Además, el Dr.

Galiana, al analizar las posibles vías de contagio sostuvo que en el caso de autos "... en el contexto de la enfermedad de este niño lo más razonable, dado que no había más conductas de riesgo...lo pienso como accidente vinculado a una transfusión" (fs. 807 vto.).

Además, resulta probado que el niño recibió 15 volúmenes de sangre, de los cuales 8 fueron aportados por el I.M.A.E. - Hospital Italiano Humberto Primero y 7 por el Servicio Nacional de Sangre y, en ese contexto fáctico, no resulta compartible el razonamiento empleado por la Sala, por el contrario, siendo que no fue posible determinar cuál de los volúmenes pudiera estar contaminado con el virus, y teniendo presente que la sangre fue aportada en cantidades muy similares por el Servicio Nacional de Sangre dependiente del M.S.P. y el Hospital Italiano (46,66% el primero y 53,33% para el segundo), la Corporación estima acertada la decisión de primer grado.

Por otra parte, cabe recordar que por lo dispuesto en el Decreto del Poder Ejecutivo No. 233/1988 "... la obligatoriedad del despistaje sistemático del HIV, de toda sangre a utilizar en el país para transfundir..." (art. 1) adjudicó "... al Servicio Nacional de Sangre la responsabilidad de coordinar, supervisar y programar con los Bancos de Sangre y Servicios de Hemoterapia del País las actividades inherentes al Programa de Prevención de SIDA transfusional" (art. 7).

Por tanto, el M.S.P. falló doblemente en sus funciones, tanto en el contralor propio de su banco de sangre, como en su función de contralor a nivel nacional en lo atinente a las actividades correspondientes al Programa de Prevención de SIDA transfusional.

Por los fundamentos expuestos, corresponde casar la impugnada en el punto, manteniendo la condena impuesta al M.S.P. por el fallo de primera instancia.

V) En cuanto a los agravios por la revocatoria parcial impuesta respecto a la exoneración de responsabilidad del Instituto de Cardiología Infantil, estos no son de recibo.

En primer lugar, corresponde tener presente que en el punto el recurrente pretende la revisión del material fáctico tenido por acreditado por la Sala, lo que en principio no es admisible en casación.

Así, el Tribunal sostuvo que "... la causa más probable de contagio ha de ubicarse en la transfusión, porque las otras son descartadas o no alcanzan similar grado de probabilidad" (fs. 1084).

Los actores, en sede de casación, sostienen que "... el contagio por otra persona o la inoculación por instrumental u otros objetos, NO HA SIDO DESCARTADA..." (fs. 1097).

Como viene de verse, en puridad, el recurrente expresa su discrepancia con la valoración probatoria que efectuó la Sala, pero para la Corte el "ad quem" efectuó una ponderación del material probatorio en el punto que se ajusta a las reglas de la sana crítica y que, por ende, resulta improcedente ingresar a su revisión, ya que se estaría abordando una revisión vedada de la plataforma fáctica.

Cabe recordar que conforme las resultancias de autos, al I.C.I. ninguna responsabilidad le cabe en la provisión de la sangre objeto de transfusión, lo que le aleja de la responsabilidad respecto del acto (transfusión) que el Tribunal considera causante del daño.

Además, y como lo señala la Sala (recogiendo los fundamentos de las consultas agregadas en autos de

los Dres. Berdaguer y Gamarra (fs. 957-958), resulta relevante tener presente que en el momento de las intervenciones quirúrgicas el I.C.I. no era un I.M.A.E. (si lo era el Hospital Italiano), pues recién adquirió esa calidad el 8/9/2002, esto es, casi un año después de las operaciones practicadas al menor Juan Cruz.

En ese marco, teniendo presente que la causa más probable de contagio fueron las transfusiones de sangre contaminada, y que en ese orden ninguna responsabilidad le cupo al I.C.I. (pues no adquirió los volúmenes ni era su responsabilidad el contralor hematológico), se comparte con la Sala que no surge acreditado en la causa que el I.C.I. hubiere incurrido en culpa ni que exista nexo causal entre el comportamiento de sus dependientes médicos y enfermeros y el contagio del VIH al menor.

Además, para el Redactor, cabe tener presente lo expresado por la Corte en Sentencia No. 423/2003 respecto a la responsabilidad de las Instituciones de Asistencia Médica Altamente Especializadas (I.M.A.E.) "... en el sentido de que las I.M.A.E. actúan como auxiliares (art. 1555 C.C.) de las IMAC (Casa de Galicia), con las que el paciente está vinculado contractualmente y respecto de quien asumen una obligación de asistencia integral, y que...el inc. 3o. del art. 2o. de la Ley 16.343 que rige los I.M.A.E. incorpora una norma que dispone que las I.M.A.C. deberán asegurar la cobertura de la totalidad de sus afiliados en relación a las afecciones y técnicas incluidas en el Fondo Nacional de Recursos a través de una afección susceptible de ser tratada por los Centros de Medicina Altamente Especializada, las IMAC resultan asistidas por los mismos, teniendo la calidad de auxiliares a fin del cumplimiento de su prestación integral de asistencia.

Gamarra, en su publicación 'Responsabilidad civil médica' al analizar la situación jurídica de los institutos de medicina altamente especializada señala que en el año 1999 se publicó un artículo de Vera Izeta y Ceretta Castelo quienes sostienen que los servicios que prestan las I.M.A.E. 'no integran el contenido obligacional del contrato que vincula al IMAC con su afiliado, incorporándose de este modo a la corriente doctrinaria y jurisprudencial que encabezara Abellá...Los I.M.A.E. no pueden ser considerados auxiliares de cumplimiento de las sociedades médicas de asistencia colectiva (IMAC)'.

(...)

En el régimen de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno (art. 1.555 C.C.) el tercero auxiliar de cumplimiento actúa por encargo del deudor, esto es, por libre iniciativa del sujeto obligado, y cuando falta este presupuesto (que la doctrina considera de carácter básico o esencial) no existe la responsabilidad disciplinada por el mencionado art. 1.555. Es necesario...que el autor directo del daño haya sido designado voluntariamente por el deudor principal.

... puesto que los I.M.A.E. no son auxiliares...los afiliados al Fondo Nacional de Recursos pueden recurrir directamente contra estos institutos (sin posibilidad de reclamar contra sus sociedades médicas) (...).

...Es decir, que en casos como el ocurrente, se da la siguiente situación: los socios de las sociedades médicas son afiliados de éstas en cuanto a las obligaciones contractuales y estatutarias que las mismas deben prestar y, simultáneamente, lo son del sistema creado por el D.L. No. 14.987 respecto de las prestaciones que el mismo debe otorgarles (que se materializa luego, a través de los I.M.A.E.). En suma, ambos sistemas coexisten, pero con entera y total independencia...

Es decir, que el paciente, o sus sucesores tienen acción para exigir responsabilidad contractual al FNR y eventualmente, contra el IMAE, en régimen de responsabilidad aquiliana en caso de haber incurrido en culpa en la asistencia dada al paciente...".

En definitiva, la responsabilidad del I.C.I. en el subexamine, aun si hubiera sido a la fecha de los hechos un I.M.A.E., sólo podía abordarse desde la perspectiva extracontractual, como correctamente fue tratado por la Sala de mérito.

VI) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

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

FALLA:

CASASE LA IMPUGNADA SOLO EN CUANTO DESESTIMO LA DEMANDA RESPECTO DEL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, CONFIRMANDO EN EL PUNTO EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA, DESESTIMANDO EL RECURSO EN LO DEMAS.

COSTAS Y COSTOS POR EL ORDEN CAUSADO.  
PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE,  
DEVUELVASE.