

//tencia No. 1642

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"AA C/ BB - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: 2-14012/2005.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° **66/2014** de 13 de octubre de 2014, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Segundo Turno falló: *"Desestímase la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el co-accionado CC.*

Desestímase la demanda, sin especiales sanciones causídicas en el grado (...)" (fs. 1834/1843).

II) Por sentencia identificada como **DFA 0009-000084/2016 SEF 0009-000034/2016** de 9 de marzo de 2016, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, ante el recurso de apelación -con efecto diferido- interpuesto por la parte actora contra la sentencia interlocutoria N° **1101/2014** (que oportunamente no admitió la realización de una nueva pericia -fs. 1399) falló:

"Revocando la sentencia

interlocutoria apelada y en su mérito, declarando ineficaces las alegaciones finales de las partes y la sentencia definitiva de primera instancia y ordenando la práctica de nueva pericia de cargo de la parte actora de conformidad con lo previsto por arts. 177.2, 183.2, 185.1 y conc. C.G.P. por perito a designar en la audiencia que oportunamente se señalará, que deberá dictaminar sobre los puntos señalados en el Considerando X.

No ha lugar a la citación en calidad de testigo del Dr. DD.” (fs. 1935/1942).

En cumplimiento de dicha sentencia, se ordenó el diligenciamiento de una nueva pericia (fs. 1977/2009 vuelto). Acto seguido se ordenó a las partes alegar de bien probado (fs. 2010/2049), luego de lo cual, se dispuso el pasaje a estudio del expediente entre los miembros de la Sala.

No se logró consenso para el dictado de sentencia en el seno del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° turno, por lo que el órgano debió ser integrado con los Sres. Ministros Dres. Selva KLETT y John PÉREZ.

III) Finalmente, se dictó la sentencia definitiva de segunda instancia identificada como **DFA 0009-000327/2017 - SEF 0009-000088/2017** de 6 de setiembre de 2017, por la que el Tribunal de Apelaciones

en lo Civil de 4° Turno falló:

“Revócase la sentencia de primera instancia en cuanto desestima la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el coaccionado CC y desestima la demanda y en su lugar se dispone:

Relevase de oficio la falta de legitimación pasiva de los codemandados (funcionarios públicos) -también la planteada por los adherentes EE y FF (fs. 1893).

Ampárase parcialmente la demanda y, en su mérito, condénase al MSP a pagar a AA por pérdida de chance de conservar el riñón -que se estima en el 60% - la suma de \$ 169.800 (equivalentes al día de la fecha a U\$S 6.000) por daño moral, con más reajustes e intereses en la forma dispuesta en el numeral XI.

Desestímase la pretensión reparatoria de la Sra. GG.

Oportunamente, devuélvase.” (fs. 2073/2082).

Las Sras. Ministros Dras. Graciela Pereyra Sander y Selva Klett extendieron una discordia conjunta, por entender que correspondía confirmar la sentencia desestimatoria dictada en primera instancia (fs. 2073/2085).

IV) En tiempo y forma, la representante del BB (en adelante: BB), compareció a interponer el recurso de casación en examen.

En su libelo impugnativo expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

(i) Dijo que la Sala incurrió en infracción o errónea aplicación de las normas legales en materia de valoración de la prueba. Desconoció las pericias realizadas en primera instancia y no apreció los elementos probatorios en su conjunto (arts. 140 y 141 del C.G.P.). Es más, en la propia sentencia, el Tribunal manifestó que se revocaba la sentencia de primer grado, pero que la valoración de la prueba incorporada podía admitir distintos enfoques.

(ii) La impugnada, valorando equivocadamente los elementos probatorios, soslayó la pericia efectuada por un especialista, para pasar a considerar la realizada por un médico legista.

Además, debe tenerse en cuenta que el dictamen del perito Dr. HH tampoco resulta contundente para desvirtuar las otras pericias que obran en autos.

En definitiva, si se toman en cuenta los medios de prueba en su conjunto, con énfasis en las pericias, la conclusión a la que se debe arribar es la formulada por las Sras. Ministras discor-

des. Las integrantes que no compartieron el fallo de la mayoría entendieron que la demora en el diagnóstico-tratamiento, no respondió a errores injustificados de los médicos tratantes y que, esa demora, también estuvo condicionada por la omisión de la parte actora en consultar médico urólogo, como le había sido indicado en la primera consulta.

(iii) No emerge de las pericias realizadas por las Dras. II y JJ, ni de sus respectivas ampliaciones realizadas en audiencia, la existencia de responsabilidad por parte de los profesionales actuantes.

Emerge probado que la nefrectomía no se dio a causa de las eventuales omisiones en la atención. Si bien en el informe del Dr. DD se señalaron omisiones y errores varios en la actuación de los médicos que atendieron a la paciente, el mismo no concluye que la operación a la que fue sometida, estuviera determinada por las irregularidades que denuncia.

Por otra parte, la Dra. KK, quien la atendió a la co accionante en el Hospital de Clínicas, no cuestionó los tratamientos recibidos en el Centro Asistencial de Las Piedras.

(iv) El informe de los Dres. LL y MM (fs. 583-585) descarta que las omisiones

diagnósticas cometidas por las Dras. NN y OO, hayan influido en el desenlace final de nefrectomía derecha.

Tal como destaca la discordia, surge que el informe de los Dres. LL y MM, les fue solicitado a dichos profesionales por parte de la sumariante, por lo que viene a constituirse en un dictamen (tal como fue calificado por la instructora).

(v) Desde otro punto de vista, la Comisión de Salud Pública concluyó que los profesionales que atendieron a la joven no contaron con apoyo médico especializado, ni material. Además, en dicho informe se consignó que las discrepancias entre los peritajes del Dr. DD por un lado y de los Dres. LL y MM por otro, ponen de manifiesto la difícil tarea de los médicos de guardia.

(vi) En la nueva pericia realizada por disposición de la Sala, el perito Dr. HH informó que un diagnóstico y tratamiento oportuno hubiese mejorado la chance de conservar el riñón, y que es completamente cierto que un urocultivo puede dar negativo aunque tenga infección urinaria, y que recibió antibióticos de amplio espectro que no resultaron eficaces.

Sin embargo, también manifestó que el suministro de Ciprofloxacina intravenosa cada 12 horas, pudo haber sido la causa de la mejoría a

la que se hace referencia el día 23 de octubre, cuando la co accionante ingresó al servicio de emergencia del Hospital de Clínicas.

Además, aunque el Sr. Perito HH señaló que no corresponde juzgar los hechos a la luz del resultado conocido sino al momento de la toma de la decisión (fs. 1984), terminó utilizando un criterio *ex post facto*, porque conociendo el resultado dice lo que hubiera sido necesario para el diagnóstico. No se situó al momento de adoptar la decisión, ni el contexto fáctico de la misma.

(vii) La Sala, en mayoría, no tuvo en cuenta que la propia coaccionante también perjudicó su chance al no concurrir a consulta con el urólogo, como le fue indicado en la primera consulta (lo que fue reconocido por el propio perito Dr. HH a fs. 2007 y emerge de la declaración de PP a fs. 177 y ss. y derivación de fs. 186).

(viii) El acto médico generador de responsabilidad, por comisión u omisión, debe ser desarrollado con culpa, al tratarse de obligaciones de medio.

(ix) Al existir contradicción entre lo manifestado por los médicos legistas, aplicando el criterio de la sana crítica, corresponde considerar como trascendental la pericia realizada por

especialistas y, en definitiva, debe desestimarse la demanda.

(x) Emerge probado en autos que los médicos intervinientes, dependientes de la coaccionada, han actuado cuidadosamente, en forma prudente y con la técnica que corresponde al grado de evolución de la ciencia.

En definitiva, solicitó se case la sentencia impugnada y, en su mérito, se confirme el fallo de primera instancia, en cuanto desestimó la demanda.

V) El recurso fue debidamente sustanciado mediante el correspondiente traslado a la actora (fs. 2112/2128 vuelto), que lo evacuó y, conjuntamente, interpuso recurso de casación por la vía adhesiva.

En síntesis, expresó, los siguientes agravios:

(i) La Sala infringió lo establecido en el art. 198 del C.G.P., por cuanto exclusivamente se expidió respecto al daño moral derivado de la pérdida de la chance. Omitió sentenciar sobre la parte principal del perjuicio; esto es: el daño moral por el padecimiento físico, angustias, daño juvenil y daño a la vida de relación. La Sala tomó como monto unitario exclusivamente la pérdida de la chance.

Sin embargo, desatendió y no consideró los otros aspectos centrales del daño extrapatrimonial.

(ii) Se infringió el art. 139 del C.G.P. al desestimar el daño moral reclamado por la coaccionante GG. En este punto, la decisión de la Sala es absurda y arbitraria, desamparando a la madre, quien compartió con la víctima el caos hospitalario.

(iii) En relación al BB, la Sala infringió lo establecido en los arts. 44 inciso 2° y 24 de la Constitución Nacional, que suministran el concepto publicista de "falta de servicio".

(iv) También se desconoció el derecho en oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad de los médicos co-demandados (arts. 5 del Decreto-ley N° 15.181 y 35 de la Ley N° 17.250).

Asimismo, no existe norma jurídica que prohíba a los usuarios del sistema de salud accionar directamente contra los médicos, en su calidad de funcionarios públicos. El art. 24 de la Constitución, norma que establece la responsabilidad del Estado por acto de servicio, no dice que los funcionarios tengan inmunidad o impunidad por sus actos, ni que no puedan ser demandados. La responsabilidad de los galenos puede fundarse en lo establecido en el art. 1319 del Código Civil.

(v) Indicó que le genera

agravio el momento considerado para el inicio del cómputo de los reajustes e intereses legales, por cuanto la Sala lo estableció en la fecha del dictado de la sentencia.

En definitiva, solicitó se haga lugar al recurso de casación impetrado y, en su mérito, se condene solidariamente a los codemandados a abonarle a la Sra. AA la suma de \$ 1.500.000 (pesos uruguayos un millón quinientos mil) y a la Sra. GG la suma de \$ 500.000 (pesos uruguayos quinientos mil), más reajustes e intereses desde octubre del año 2001 y hasta su efectivo pago.

VI) El recurso de casación interpuesto por vía adhesiva fue debidamente sustanciado y puntualmente evacuado.

VII) Con fecha 19 de diciembre de 2017 (fs. 2170), se dispuso el franqueo de los recursos movilizados para ante esta Corporación, donde fueron recibidos el 15 de febrero de 2018 (fs. 2178).

VIII) Por Decreto N° 193/2018, del 21 de febrero de 2018, se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia (fs. 2180 vto.).

En virtud de la desintegración de la Corporación por el cese, ocurrido el 21 de agosto del corriente, del Sr. Ministro Dr. Felipe HOUNIE y la abstención del Sr. Ministro Dr. Eduardo TURELL, la

Corte fue debidamente integrada con las Sras. Ministros Dras. Claudia KELLAND y María Cristina CABRERA COSTA. Al término del estudio de precepto, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, amparará el recurso de casación movilizado por la recurrente principal y declarará que resulta innecesario pronunciarse sobre el interpuesto por vía adhesiva.

II) **El caso de autos.**

II.I) En el presente caso se sustancia el reclamo reparatorio movilizado por AA y su madre, GG. Las accionantes demandaron a CC, QQ, FF, EE y al BB.

Narraron que la Sra. AA tenía como antecedente sanitario un quiste en un riñón, que le causó molestias y le había determinado la intervención médica. Fue tratada por el Dr. RR, quien le explicó que se trataba de un simple quiste, que no implicaba riesgo alguno.

En el año 2001, con 17 años de edad, fue asistida en el M.S.P debido a un proceso infeccioso renal. La asistencia se circunscribió a intervenciones de emergencia, donde los médicos se limitaron a tratar los síntomas en forma aislada. Ello

dio lugar a que la enfermedad renal prosperara, lo que en definitiva provocó que debiera ser intervenida quirúrgicamente en forma urgente.

Corrió riesgo de vida, sufrió padecimientos físicos y morales, así como la pérdida del órgano afectado. Todo en el marco de un tratamiento desaprensivo e inhumano.

Refirieron a las sucesivas intervenciones de los médicos actuantes; en tal sentido, narraron que el jueves 18 de octubre de 2001, AA concurre a la emergencia del Hospital de las Piedras, munida de la historia clínica de sus antecedentes por quiste de riñón. Estuvo una hora de espera en la emergencia. A la hora 15:35 fue atendida por el Dr. EE en forma desaprensiva y ligera. Se negó a leer la historia clínica y ordenó aplicar suero, antibiótico y analgésico para salir del paso y enviarla hacia su casa.

Esa misma noche, debieron concurrir nuevamente al Hospital. En esa oportunidad la co-accionante fue atendida por la Dra. OO, quien le dijo que se trataba de una simple infección urinaria y que no era para internar. Le administró suero y calmantes, más "Primperán" por los vómitos, derivándola nuevamente a su domicilio.

El sábado 20 de octubre de 2001 a la hora 21:20, concurre dolorida a la emergencia

del Hospital donde fue atendida por la Dra. NN, quien le manifestó que debería haber sido internada desde el primer momento. Se le aplicó un antibiótico inyectable cada 12 horas y, como no había cama disponible, se retiró a su domicilio con la vía intravenosa puesta, para regresar luego a la hora indicada.

Al día siguiente empeoró su situación y debió concurrir nuevamente al Centro Asistencial. Fue atendida, en esa oportunidad, por el Dr. SS, quien le señaló que no la enviaba al Hospital de Clínicas pues existía un "roce" con la Institución.

El lunes 22 de octubre de 2001, tras pasar mal la noche, tuvo consulta con la emergencia médica E.M.M.I. por dolor agudo en flanco derecho irradiando hacia adelante, acompañado de náuseas y temperatura axilar de 38°. De regreso al Hospital y sintiéndose muy mal, fue atendida por el Dr. QQ entre la hora 21:00 y las 03:00 de la madrugada siguiente. Se repitió una nueva intervención ligera y desaprensiva, dándole el alta con vómitos y fiebre.

El martes 23 de octubre de 2001 a la hora 10:30, fue atendida nuevamente por la Dra. OO, quien le interrogó acerca de si tenía novio y le dio el pase a ginecólogo para confirmar la existencia de un embarazo. Ese mismo día, a la hora 16:45, fue atendida por la Dra. TT, médica que constató un estado

febril de 38 grados y dispuso una tomografía de abdomen. Como en el Hospital de las Piedras no existían elementos técnicos, se la envió en ambulancia hasta la ciudad de Canelones (Sanatorio CO.ME.CA). Realizado el estudio se le comunicó telefónicamente al Hospital de las Piedras, que la adolescente debía ser llevada en forma urgente al Hospital de Clínicas de la Universidad de la República.

A la hora 22:00 ingresó finalmente en el Hospital de Clínicas, donde fue intervenida quirúrgicamente de urgencia por los Dres. UU y VV. Ello implicó la pérdida del riñón derecho y un grave estado infeccioso, del que se recuperó muy lentamente. Debió concurrir reiteradamente a policlínicas del Hospital de Clínicas.

Expresaron en su demanda, que la negligencia en negarse a leer los antecedentes clínicos, recurriendo a derivaciones y diferimientos para atacar síntomas y evitar atender a la paciente, incidieron en el desarrollo incontrolable de un proceso infeccioso, que terminó con la mutilación de un riñón.

Reclamaron la reparación íntegra del daño moral derivado del padecimiento físico, pérdida de chance, daño juvenil y daño a la vida de relación. Estimaron el rubro en la suma de \$ 1.500.000 (pesos uruguayos un millón quinientos mil pesos) para AA y \$ 500.000 (pesos uruguayos quinientos mil) para su

madre, la Sra. GG.

II.II) La pretensión reparatoria fue rechazada en primera instancia y amparada, parcialmente, en segunda instancia, en los términos reseñados en los RESULTANDOS I a III.

III) **Sobre la admisibilidad del recurso de casación.**

Corresponde, en lo inicial, hacer una precisión a propósito de lo manifestado por la parte actora a fs. 2112 vuelto, donde postuló que el recurso de casación movilizado por vía principal, por BB, no resultaría formalmente admisible.

Muy confusamente, fundó su aseveración en que la recurrente: (i) habría omitido recurrir la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Letrado Civil de 2° turno y (ii) habría omitido recurrir la sentencia del TAC 4°, que revocó la sentencia interlocutoria dictada por la Sra. Juez *a quo*, por la que no se hizo lugar al diligenciamiento de la pericia de impugnación.

Tal razonamiento no resulta jurídicamente justificado.

El Ministerio demandado no tenía por qué apelar la sentencia de primera instancia, porque no le generaba agravio alguno y dado que resultó totalmente desestimatoria de la demanda (art. 272

C.G.P.).

Por otra parte, la circunstancia de que por sentencia definitiva del TAC 4° individualizada como **DFA-0009-000084/2016 - SEF-0009-000034/2016** de 9 de marzo de 2016 (fs. 1935 y ss.), se haya declarado ineficaz la sentencia de primer grado, ordenando en su lugar la producción de prueba pericial, no imponía a BB la carga de deducir el respectivo recurso de casación contra la referida decisión.

El dictado de la sentencia que revocó la interlocutoria (oportunamente apelada con efecto diferido), que rechazó el diligenciamiento de la pericia de impugnación con la consiguiente declaración de ineficacia de lo actuado a partir de la providencia revocada, es lo que correspondía conforme al tracto procesal establecido por el art. 257.5 del C.G.P.

De acuerdo a la formulación actual de dicho precepto (dada por la ley N° 19.090), cuando se revoca una sentencia interlocutoria que rechaza un medio probatorio, no corresponde el reenvío al inferior procesal. Lo que corresponde es que el Tribunal de Apelaciones diligencie la prueba (art. 344.3 C.G.P) (Cfme. VALENTÍN, Gabriel: "La reforma del Código General del Proceso", FCU, Montevideo, 2014, págs. 178/179).

No haber recurrido dicha

sentencia, no le impedía la ulterior impugnación movilizada contra el fallo que resolvió el mérito del litigio. El dictado de dos sentencias por parte del Tribunal, lo fue como consecuencia natural de la impugnación diferida introducida por la parte perdedora contra la decisión interlocutoria que negó el diligenciamiento de un medio probatorio (concretamente: la pericia de impugnación).

Sucede que el fallo dictado en apelación que se pronunció sobre el mérito fue el dictado en segundo lugar, ocasión en la que recién se contaba con el nuevo dictamen pericial.

BB, por no haber recurrido la primera decisión (que declaró ineficaz la sentencia definitiva de primera instancia y, en su lugar, dispuso prueba pericial), no frustró su derecho a impugnar la sentencia definitiva que resolvió el fondo de la controversia.

En definitiva, ningún cuestionamiento de orden formal procede contra la actuación procesal de la recurrente principal BB.

IV) **Análisis sustancial.**

La Corporación, por las razones que seguidamente se expondrán, amparará el recurso de casación movilizado por la codemandada BB. En su mérito, casará la sentencia impugnada y desestimaré

íntegramente la pre-tensión de la parte actora.

IV.I) **El apartamiento injustificado de los dictámenes periciales es un error de Derecho que invalida las conclusiones probatorias y resulta corregible en casación.**

En lo sustancial, los agravios articulados por la recurrente principal se ciñen a denunciar que la Sala infringió las reglas de valoración de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P.). Ello le condujo a concluir que quedó probada la pérdida de la chance alegada, derivada de la deficiente atención suministrada a la paciente por sus profesionales médicos dependientes, particularmente, por la demora en el diagnóstico y el tratamiento.

A juicio de la Corporación le asiste razón a la impugnante, porque la Sala quebrantó las reglas en materia de la valoración probatoria, llegando a una valoración que -como bien lo postula la recurrente- corresponde calificar como absurda.

Es un valor entendido que el apartamiento injustificado de los dictámenes periciales constituye un grave vicio en la valoración de la prueba. Como se sostuvo en la Sentencia N° **1.167/2017**:

"...para apartarse de lo expresado por los dos peritos que se expidieron en la causa, el Tribunal ad quem

debió desarrollar una clara, seria y fundada refutación de los argumentos de los expertos, o, en su caso, una igualmente contundente justificación de las razones que la llevaron a desconocer lo expresado por ellos.

*Sin embargo, esa justificación no se dio, lo que implica que el razonamiento probatorio resulte arbitrario por violatorio de lo dispuesto en los artículos 140 y 184 del C.G.P. y, por ende, corregible en casación.” (véase también, en idéntico sentido, las sentencias Nos. **552/2016** y **10/2007**).*

Como ha expresado reiteradamente la Corporación, ante la existencia de dos dictámenes periciales con conclusiones contrapuestas (en este caso, dos de contenido contrario a la que prefirió el Tribunal), el decisor se enfrenta ante una mayor carga argumentativa, a la hora de asumir posición. Si bien el apartamiento de los dictámenes periciales no resulta jurídicamente inadmisibles, debe justificarse adecuadamente y, contra la opinión de los expertos, deben presentarse razones de peso, que demuestren acabadamente el error del perito en las conclusiones que presenta al juzgador. Resulta, en estos casos, acrecentada la necesidad de la siempre necesaria motivación de la sentencia (Cfme. SOBA BRACESCO, Ignacio: “Relación de causalidad y prueba pericial”, La Ley Uruguay, Montevi-

deo, 2016, págs. 154/159)

DEVIS ECHANDÍA, haciendo referencia al supuesto de pericias contradictorias, ha expresado: *"Si se producen varios dictámenes con distintos peritos, debe compararlos cuidadosamente, para decir, en el caso de existir desacuerdos, a cuál le da preferencia, según la calidad de los peritos y de las razones expuestas, teniendo en cuenta si reúnen o no los requisitos para su validez y eficacia que en los números anteriores estudiamos."* ("DEVIS ECHANDIA, Hernando: "Teoría General de la Prueba Judicial" T. II., ZAVALIA, Buenos Aires, 1988, pág. 349)

En tal sentido, en la Sentencia N° **89/2015** sostuvo la Corporación:

"...ante la existencia de dos dictámenes periciales con conclusiones absolutamente contrapuestas, el decisor se enfrenta ante una mayor carga argumentativa, a la hora de desechar uno de ellos. La correcta decisión judicial sobre el caso debía, necesariamente, fundar, acabadamente, por qué desecha uno de los dictámenes en favor del otro. Ese es el proceder debido en el marco de una valoración de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

En este caso, ante la existencia de dos pericias con conclusiones

abiertamente contradictorias, y la elección del Tribunal de optar por adherir a una de ellas, implicaba un desarrollo argu-mentativo serio del porqué de tal elección'".

Sobre estas premisas conceptuales, corresponde examinar lo que ocurrió en el caso en examen.

IV.II) La valoración de las pericias realizada por la Sala.

En el caso en examen, la Sala descartó los dictámenes periciales de las Dras. II (fs. 1212/1214, ampliada en audiencia a fs. 1235 a vto. y en el presumario penal fs. 253/254) y JJ (fs. 1328/1329, ampliada en audiencia a fs. 1398/1398 vuelto). En su lugar, optó por la experticia elaborada por el Dr. HH (fs. 1977/1986).

Ahora bien, la Sala no expresó las razones de su preferencia.

Tal proceder resulta reñido con el estándar de la sana crítica (arts. 140 y 184 del C.G.P.) y, la conclusión que es su resultado, puede calificarse como ilógica, absurda o arbitraria.

En efecto, al tratarse de pericias claramente contradictorias, el Tribunal debió justificar adecuadamente, como era su deber (arts. 140 inc. 2, 184 y 197 inc. 3 del C.G.P.), la razón que lo

llevó a preferir las conclusiones consignadas por el Prof. Dr. HH (médico legista), sobre las conclusiones a las que arribaron las Dras. II (Médico Asesor General del I.T.F.) y JJ (Prof. Agregada del Departamento de Emergencia).

Dichos motivos no aparece debidamente explicitados en este caso, lo que patentiza el desaliño a Derecho de la decisión. En el caso de autos, la Sala, sucintamente, expresó:

"Si bien existen, en el subexámine, dictámenes contradictorios, estima la Sala, en mayoría, que el dictamen del Prof. Dr. HH (fs. 1977-1986) aporta elementos que por su fuerza convictiva y razonabilidad de sus fundamentos y conclusiones no dejan dudas en cuanto a la falta de servicio invocado en la demanda." (fs. 2076 vto.).

Acto seguido, luego de citar lo expresado por el Sr. perito, se limitó a añadir: *"El Perito coincide con DD, MM y LL que existieron omisiones diagnósticas.*

Del informe de la Comisión de Salud Pública del 31.07.2007 (fs.1788/1789, Sexta Pieza) constan las falencias del Hospital, falta de urología de urgencia, etc.

En consecuencia, para la mayoría de la Sala integrada ha resultado probada la

falta de servicio en que incurrió el Ministerio demandado."

Como viene de decirse, la mayoría no reveló los motivos concretos por los cuales prefirió la experticia realizada por el Dr. HH por sobre las elaboradas por las Dras. II (fs. 1210/1214 y 1235/1235 vto.) y JJ (fs. 1328/1329 y fs. 1398/1400).

Respecto de estas últimas, no realizó referencia alguna.

Corresponde recordar lo que dijeron las dos peritos, cuyos pronunciamientos abonan la solución contraria a la sostenida por la Sala.

La Dra. II dictaminó que *"La enfermedad que presentaba la paciente de acuerdo a la anatomía patológica era una pielonefritis crónica abscedada y necrosada con compromiso de todo el riñón derecho"*.

"Indicación de las pérdidas de chance en el resultado de la terapia por la demora.

Si la pregunta está referida a la posibilidad de conservar el riñón de la paciente, la respuesta para esta perito es que no existió pérdida de chance.

Se trataba de una paciente con antecedentes de patologías infecciosas reiteradas,

del tracto respiratorio alto (anginas pultáceas) e infecciones urinarias a repetición, tal como se consignaron en informe pericial de fs. 253 que firma la suscrita. Estos últimos eventos son los determinantes de alteraciones estructurales renales.

Asimismo, la paciente era portadora de un quiste renal. La infección que cursa en octubre de 2001 y por la cual es asistida en el Centro Auxiliar de Las Piedras a partir del día 18, fue tratada con la medicación adecuada durante los siguientes 5 días previos a la internación. La internación precoz para esta perito no hubiera evitado el resultado final".

"Se comparte que no se realizó urocultivo ni ecografía abdominal durante su asistencia en el Hospital de Las Piedras".

"Con la cobertura antibiótica realizada no podía preverse la progresión de la infección. La realización de urocultivo y ecografía abdominal al inicio, no hubiese evitado el resultado de autos.

En el caso la progresión de la infección estuvo vinculada a una patología crónica renal de la paciente (quiste renal, pielonefritis crónica)".

"No se comparte (...) en

cuanto a que 'se dejó evolucionar una pielonefritis grave a la abscedación'.

No hubo abandono del paciente...".

"Los médicos que asistieron a AA hicieron diagnóstico de urgencia urológica el 23/10 y fue cuando la paciente es derivada y si bien no lo hicieron antes, no es razonable establecer error médico en función de resultados"

Informe de los Prof. Dr. MM y Dr. LL.

Se comparte en lo sustancial dicho informe" (fs. 1212/1214).

En audiencia, al ser interrogada, volvió a insistir en que: "A juicio de la perito error médico no hubo, como surge del informe en la primera consulta puede interpretarse que no hubo una correcta etapa diagnóstica, es discutible el diagnóstico, pero no es por error, la sintomatología era más orientadora hacia infección urinaria alta y no baja como se consigna en la historia clínica. Los profesionales que actuaron en la policlínica de Las Piedras lo hicieron en forma diligente".

Consultada si a su juicio puede considerarse que los daños que sufrió la actora hayan sido consecuencia de una enfermedad crónica,

contestó: *"fue (...) lo que sucedió en este caso"*. Insistió en que: *"...la paciente no fue abandonada, recibió un tratamiento con antibióticos, que fueron ineficaces, lo que manifiesta el Dr. DD en que se dejó evolucionar una pteronefritis grave a la abscesación es altamente probable que en realidad ella ya ingresó con una pteronefrosis y a su vez no se puede afirmar en esa evolución porque también podría haber sido a punto de partida de un absceso, se trata de una chica con una larga historia de infecciones urinarias y que esa cronicidad se manifiesta por el mismo resultado de la anatomía patológica y porque los antibióticos no son eficaces desde el inicio, porque justamente el absceso estaría desde que ella consulta"* (fs. 1235).

Por su parte, la Dra. JJ expresó que: *"La paciente fue tratada en forma correcta, con medicación sintomática y antibiótica, se le solicitó consulta con urólogo, no quedó internada porque no tenía indicación de internación. Quizás hubiera sido más cómodo para la familia que quedara en observación, pero esto no influyó en su evolución."*

Luego de realizarse un examen imagenológico -por persistencia de la sintomatología- que mostró complicaciones, fue derivada al Hospital de Clínicas, donde continuó el mismo antibiótico que había estado recibiendo (ciprofloxacina), se

agregó en forma intermitente ceftriaxona, y se operó (nefrectomía) cuatro días después de su ingreso al hospital.

Al ingresar al hospital estaba estable, lúcida, eupneica, normocoloreada, bien hidratada. MAV conservado, en estertores, frec cardíaco 90 cpm. No consta temperatura, no mostraba signos de deshidratación ni de falla orgánica múltiple, tenía una infección en un órgano que, como después se demostró, tenía elementos de pielonefritis crónica y su función estaba sumamente alterada. No había elementos de SIRS (síndrome de respuesta inflamatoria sistémica) ni de DOM (disfunción orgánica múltiple) vinculados a este foco infeccioso. Es decir, no había elementos de sepsis. Sí de foco infeccioso. Quizás estuvo deshidratada y fue correcta la respuesta en Las Piedras.

Hubo carencias, de los médicos y de la infraestructura sanitaria, historias incompletas, falta de cultivo iniciales, carencias que deben ser subrayadas y corregidas, pero considero que nada de esto repercutió en la evolución de la paciente" (fs. 1328/1329).

Asimismo, en audiencia, insistió en que "A juicio de la perito la atención recibida por la paciente no tuvo errores a destacar,

hubo si complicaciones esperadas de esta patología. Dice que no advierte nada que se le podría haber hecho y no se le hizo. Se le pide explique la parte final de su informe donde dice 'hubo carencias' y dice que hace referencia a fechas que faltan en la historia, firmas que no saben de quien son y letras de médicos que no se entienden, postergación en algún estudio como en la tomografía que en su opinión no incidió en la evolución que tuvo la paciente. La paciente tenía una pelionefritis crónica que iba a terminar en la nefrectomía, era un riñón que ya no funcionaba y tenía muchas cicatrices. El tratamiento con antibióticos era el que correspondía para atacar el germen. La falta de urocultivo, que no sabe porque no se hizo es algo grave, dice la perito que le hubiera hecho un urocultivo de entrada pero no cree hubiera variado la evolución. Según [su] opinión cuando llega la paciente al hospital de Las Piedras el riñón ya no funcionaba, la cicatriz toma hasta años en formarse, un riñón lleno de cicatrices es un riñón que no funciona, las cicatrices es lo que hace pensar a la perito que el riñón ya no funcionaba y que iba a ir a la nefrectomía en corto tiempo. Preguntada si a su juicio en el Hospital de Las Piedras fue atendida en forma correcta, dice que sí". "A juicio de la perito no puede decirse que haya habido mala praxis en este caso o acto

contrario a la lex artis. La perito es intensivista, internista y emergentóloga (especialidad nueva) que se lo dieron por competencia notoria para empezar el post grado. Es intensivista e internista desde el año 1987. La perito es docente de emergencia, de CTI" (fs. 1398/1398 vuelto).

Estas argumentaciones de las experticias debieron ser debidamente refutadas para poder sostener la tesis contraria. Sin embargo, como ya se ha señalado, la Sala no realizó un esfuerzo adecuado o suficiente de justificación en contra de estas conclusiones que descartaba.

En orden a desacreditar las conclusiones periciales, particularmente respecto a la falta de nexo causal entre las omisiones médicas detectadas y el resultado final -aspecto sobre el cual los Sres. Peritos se pronunciaron en forma clara y contundente- la Sala no se hizo un adecuado esfuerzo argumentativo.

Véase que las pericias elaboradas por las Dras. II yJJ (e incluso los informes producidos en vía administrativa por los Dres. LL y MM), son terminantes a la hora de descartar la pérdida de chance de haber podido conservar el riñón, puesto que se trataba de una paciente con antecedentes de patologías infecciosas reiteradas e infecciones urinarias a

repetición, con serias alteraciones estructurales renales y portadora de un quiste renal. Tales extremos hacen altamente probable que, desde la primera consulta, ya hubiera ingresado con una pieronefrosis irreversible, que, en cualquier escenario, más temprano que tarde, iba a terminar en la nefroctomía (extirpación del riñón).

La cronicidad referida quedó de manifiesto por el mismo resultado de la anatomía patológica que mostró que el riñón tenía muchas cicatrices (característica que toma años en formarse), con un tamaño de la cavidad de 75 mm de diámetro (preexistente) y la coexistencia de otras zonas hipodensas compatibles con pequeñas colecciones abscedadas.

Lo dicho aleja decididamente la posibilidad de que la paciente hubiese podido conservar el riñón. La sentencia recurrida no analizó el punto, a pesar de que el propio Dr. HH fue quien dio pie a que pudiera arribarse a la conclusión antedicha.

En efecto, consultado en audiencia acerca de si, a su criterio, el riñón extirpado estaba comprometido con una patología preexistente y crónica, respondió: *"...tres cosas, primero tenía un quiste renal, eso es una alteración anatómica que desde luego es crónica. Segundo tenía una historia de dos años de evolución de episodios de dolor*

e infecciones urinarias y en tercer lugar el estudio anatomopatológico del riñón que se extirpó, informó que presentaba un pielonefritis crónica con un absceso y con necrosis, lo cual es muy concluyente de que era un riñón dañado. El absceso y la necrosis son explicativos del episodio último, pero la pielonefritis crónica que supone presencia de cicatrices en el riñón informa que existía enfermedad preexistente que comprometió al riñón y es absolutamente compatible con esa historia previa de dos años de infecciones a repetición" (fs. 2008 y 2008/vuelto).

En suma, las carencias de la Sala en orden a justificar el descarte de las pericias que abonaban la tesis contraria a la sostenida finalmente por el Tribunal, son las que determinan que corresponda casar la sentencia.

IV.III) Finalmente también corresponde consignar que, en este contexto, las conclusiones a las que arribaron los Dres. LL y MM, en el informe producido en vía administrativa, en ocasión del sumario iniciado contra las Dras. NN y OO, van en la misma línea que la prueba pericial producida en primera instancia. Establecieron lo siguiente: "...consideramos que si bien existieron errores semiológicos y en los aspectos diagnósticos por parte de las profesionales actuantes, quienes debieron

solicitar urocultivo y ecografía de aparato urinario, su conducta terapéutica fue en principio adecuada (según las consideraciones ya realizadas). De todos modos, consideramos que la paciente ya era portadora de una pielonefritis crónica, con compromiso renal difuso, con glomérulos en su mayoría obsoletos y escasos conservados (demostrado por la anatomía patológica), que presentó una complicación aguda con la infección y abscedación de un quiste renal simple preexistente, lo que determinó en definitiva la nefrectomía de un riñón funcionalmente muy comprometido. Dado el tamaño de la cavidad de 75 mm de diámetro (preexistente) y la coexistencia de otras zonas hipodensas compatibles con pequeñas colecciones abscedadas, no cabía ningún otro tratamiento que el abordaje mixto: antibiótico y quirúrgico, siendo muy difícil que se pudiera haber conservado el riñón (el cual además ya estaba previamente comprometido). No creemos que las omisiones diagnósticas cometidas por las Dras. NN y OO hayan influido en definitiva en el desenlace final de nefrectomía derecha" (fs. 1742/1744).

Por tal motivo, estas otras opiniones técnicas también descartan la existencia de una relación de causalidad entre las omisiones en el servicio y el daño sufrido sobre el que se edifica el reclamo.

Aun cuando la Sala indicó que el Sr. Perito coincidió con lo expresado por los Dres. DD, MM y LL, en cuanto a que existieron "omisiones diagnósticas" y que en el informe de la Comisión de Salud Pública de fecha 31 de julio 2007 (fs.1788/1789) constan "las falencias del Hospital, falta de urología de urgencia, etc.", se tratan de referencias genéricas e imprecisas.

En efecto, el Prof. Dr. DD (Director de la Clínica Urológica de la Facultad de Medicina), si bien señaló que los médicos actuantes incurrieron en omisiones y errores (fs. 339/342, 345/347, 802/805), no expresó que la extirpación del riñón derecho haya estado determinada por las irregularidades que pone de manifiesto.

Por su parte, el informe realizado por los Dres. LL (Docente en el Hospital de Clínicas - Departamento de Emergencias, con el Grado 4°, especialista en medicina interna y enfermedades infecciosas -fs. 174) y MM (Prof. Director del Departamento de Emergencias del Hospital de Clínicas, especialista en cirugía -fs. 1103) (elaborado a solicitud de las Dras. NN y OO, en el marco del sumario administrativo) al que hace referencia la sentencia hostilizada, descartó que las omisiones diagnósticas cometidas por las Dras. citadas últimamente hayan

influido en definitiva en el desenlace final de nefrectomía derecha (fs. 583/585 y 1039/1041).

Finalmente, no cabe sino compartir los sólidos fundamentos expuestos por las Sras. Ministras Dras. Selva Klett y Graciela Pereyra Sander en su fundada discordia. En su argumentación controvirtieron las conclusiones del Sr. Perito Dr. HH y concluyeron (tanto a partir de las pericias de las Dras. II y JJ así como de la restante prueba obrante en autos), que no quedó probada la pérdida de la chance alegada, ni que la demora en el diagnóstico-tratamiento respondió a errores injustificados de los médicos tratantes, sino que ese retraso estuvo condicionado por la omisión de la co-accionante en consultar médico urólogo como le había sido indicado en la primera consulta.

En este sentido y, en términos que la Corporación hace suyos, señalaron las Sras. Ministras discordes:

"Ni la pericia de la Dra. II en estos autos (fs. 1212-1214) ampliada en audiencia (fs. 1235 a vto.) y en el presumario penal (fs. 253-254) ni de la pericia de la Dra. JJ (fs. 1328-1329) ampliada en audiencia (fs. 1398 a vto.), permiten concluir en la existencia de la responsabilidad de los profesionales que asistieron a la joven; eventuales omisiones no dieron causa a la

necesidad de la nefrectomía.

El informe del Dr. DD es compartido solo en parte con la Dra. II y es de destacar que aún cuando éste señala omisiones y errores varios en la actuación de los médicos que la atendieron (fs. 339-342, 345-347) no concluye que la operación a la que fuera sometida, estuviera determinada por las irregularidades que denuncia.

Incluso la Dra. KK que la atendiera en el Hospital de Clínicas, no cuestiona los tratamientos que le habían suministrado en Las Piedras (fs. 181-183).

El informe de los Dres. LL y MM (fs. 583-585) descarta que las omisiones diagnósticas cometidas por las Dras. NN y OO hayan influido en definitiva en el desenlace final de nefrectomía derecha (fs. 585).

En declaración ante la Sede a quo, el Dr. LL (fs. 174-175) y MM (fs. 1103-1105) afirman que el informe les fue solicitado por las Dras. NN y OO, aspecto que ingresaría su dictamen en un técnico de parte; sin embargo, surge del oficio de 28 de setiembre de 2004 que ese informe fue solicitado por la sumariante (fs. 582), por lo que viene a constituirse en un dictamen como fue categorizado por la instructora (fs. 586 a vto.) y finalmente la

Comisión de Salud Pública concluye que los profesionales que atendieron a la joven no contaron con apoyo médico especializado ni material y que las discrepancias entre los peritajes de DD por un lado, LL y MM por otro, ponen de manifiesto la difícil tarea de los médicos de guardia de solucionar adecuadamente la diversidad y multiplicidad de casos que deben atender diariamente (fs. 1788-1789).

En la nueva pericia, realizada según se dispuso en sentencia interlocutoria 34/2015 (fs. 1935-1942), el perito Dr. HH informa que un diagnóstico y tratamiento oportuno hubiera mejorado la chance de conservar el riñón (fs. 1982) que reitera posteriormente (fs. 1986, 2005, 2005 vto.-2006) con la precisión de que 'es completamente cierto que un urocultivo puede ser negativo aunque se tenga una infección urinaria (fs. 2005) y que recibió antibióticos de amplio espectro (fs. 2006) que no resultaron eficaces; sin embargo, también ante la pregunta que se le realizara, manifestó que el suministro de Ciprofloxacina intravenosa cada 12 horas pudo haber sido la causa de la mejoría a la que se hace referencia el día 23 de octubre cuando ingresó al servicio de emergencia del Hospital de Clínicas (fs. 2006 vto.-2007).

El Sr. Perito refiriéndose

a los Prof. Dres. DD (fs. 339-342) MM y el Prof. Agregado Dr. LL (fs. 583-585), referentes nacionales en Urología (Prof. Dr. DD) como Emergentología (Prof. Dr. MM y Prof. Dr. LL), por lo que expondrá su opinión desde el punto de su especialidad, la Medicina Legal y aunque manifieste que 'desde este punto de vista, no cabe juzgar los hechos a la luz del resultado conocido, sino al momento de la toma de las decisiones' (fs. 1984), entendemos que sí utiliza un criterio 'ex post facto', porque sabiendo el resultado dice lo que había sido necesario para el diagnóstico, pero no ubicándose al momento de adoptar la decisión, esto es, en el específico marco fáctico de la misma. A ello cabe agregar que la propia accionante también perjudicó su chance al no haber concurrido a consulta con urólogo como le fue indicado en la primera consulta, lo que fue reconocido por el Sr. Perito Dr. HH quien al ser interrogado específicamente al respecto, respondió: 'si, el haber sido valorada por un especialista en forma precoz claramente hubiera mejorado las posibilidades de una evolución diferente' (fs. 2007), lo que también surge del testimonio de PP (fs. 177 y sgsts.) y derivación de fs. 186.

En el alegato final, la misma sostiene que no tuvo acceso a consulta urológica en Las Piedras por razones administrativas (fs. 2013 in

fine) y confunde la consulta con urólogo con la realización de una ecografía, que sí no pudo realizarse por razones administrativas como surge de actuaciones internas (fs. 1745-1788)".

En definitiva, la valoración de la prueba realizada por la sentencia impugnada resulta absurda e ilógica (arts. 140 y 141 del C.G.P.). Sin ensayar una debida fundamentación, prefirió la pericia realizada por el Dr. HH, ello a pesar de que: a) el Prof. Dr. HH es médico legista; b) la experticia no fue concluyente y padece de contradicciones, que fueron puestas de manifiesto en la discordia parcialmente transcripta; c) obran agregadas en autos dos pericias que arribaron a una conclusión diversa y; d) la restante prueba obrante, analizada detalladamente en la discordia, no coincide con la experticia del Dr. HH; muy por el contrario, respalda las realizadas por las Dras. II y JJ.

V) El amparo del recurso de casación interpuesto por vía principal y el rechazo de la demanda incoada, determina que resulte innecesario pronunciarse sobre el recurso movilizado por vía adhesiva.

Por estos fundamentos y en atención a lo establecido en los arts. 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema

Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DESESTÍMASE ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

FÍJENSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 40 B.P.C. PARA CADA PARTE (ART. 71 LITERAL B DE LA LEY N° 17.738).

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE A DOMICILIO Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

**DRA. ELENA MARTINEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. MARÍA CRISTINA CABRERA
MINISTRA**

**DRA. CLAUDIA KELLAND
MINISTRA**

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

