

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, tres de abril de dos mil veinte

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: “**AA Y OTROS C/ BB Y OTROS – DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN**”, IUE: **2-11392/2013**, venidos a conocimiento de esta Corte en mérito a los recursos de casación interpuestos por la parta actora y por la co-demandada BB contra la Sentencia Definitiva No. 208/2018, dictada el 19 de diciembre de 2018 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 208/2018, de 19 de diciembre de 2018, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno [Simón (r), Pera, Gradín] falló: “*I) Confírmense las sentencias interlocutorias apeladas en autos. II) Revócase parcialmente la sentencia definitiva impugnada y en mérito de ello: a) déjense sin efecto las condenas al CC y al DD; b) condénase también al BB; estableciéndose que éste y el EE responden en régimen de solidaridad; c) desestímase la demanda respecto de los abuelos y tío de la menor actora; d) dispónese que los accesorios del capital por condena indemnizatoria de daño extrapatrimonial se computarán del modo indicado en el ‘Considerando VIII’ del presente pronunciamiento; e) establécese que la condena por daño patrimonial pasado y futuro se liquidará por la vía del art. 378 del Código General del Proceso, según las bases explicitadas en la sentencia apelada, con las modificaciones introducidas por la presente respectivamente en los ‘Considerando’ ‘IX’ y ‘X’; todo sin especial condena procesal. (...)*” (fs. 998/1022).

A su turno, en el grado anterior, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. Turno, por Sentencia Definitiva No. 32/2017, de 19 de septiembre de 2017, dictada por la Dra. Claudia Muguero, había fallado: “*Desestímase la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el CC, el BB y la EE. Ampárase la*

excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la FF y GG. Ampárase parcialmente la demanda y en su mérito, condénase al CC, al EE y al DD en la forma establecida en el Considerando XX, a pagar en concepto de daño moral HH la suma de \$ 900.000, a AA \$ 300.000, a II \$ 300.000, a JJ \$ 150.000, a KK \$ 75.000, a LL \$ 75.000, a AA y MM en calidad de sucesores de NN \$ 75.000 y a MM \$ 30.000, más el reajuste del Decreto Ley 14.500 desde la fecha de esta sentencia e intereses legales desde la presentación de la demanda. Asimismo, condénase al CC, al EE y al DD en la forma establecida en el Considerando XX, a abonar a los actores el daño emergente pasado y futuro con el contenido y sobre las bases determinadas en los Considerandos XVIII.1 y XVIII.2, difiriendo su cuantificación a la vía incidental prevista en el artículo 378 del CGP. Desestímase la pretensión contra el BB y el ÑÑ, así como en lo restante, y la acción de regreso contra los citados en garantía (GG, FF e ÑÑ). Sin especial condena en la instancia (...)" (fs. 767 a 848).

II.- En tiempo y forma, la parte actora interpuso recurso de casación contra la referida sentencia de la Sala antes nombrada (fs. 1032 a 1039 vto.). Sostuvo que la recurrida infringió los arts. 1319, 1323, 1324, 1342 y 1345 del Código Civil en cuanto al régimen de responsabilidad y el principio de reparación integral del daño y los arts. 140 y 141 del Código General del Proceso, por haber incurrido en errónea valoración de la prueba.

En síntesis, expresó los siguientes agravios.

a) En cuanto a la revocación de la condena al CC.

Señala que de la prueba diligenciada en autos se desprende que el CC debe ser condenado por haber fallado doblemente en sus funciones, tanto en el contralor propio de su banco de sangre como por ser el responsable de la sangre que se transfunde en el país.

Establece que es altamente probable que el CC haya suministrado la sangre infectada por medio del OO. Tras la investigación llevada a cabo por el CC se comprobó que la serología de VIH de catorce de los veintiún donantes se mantuvo negativa a lo largo del tiempo. Sin embargo, de los restantes siete no pudo comprobarse que hubieran mantenido serologías negativas. Es decir, no solo no pudo descartarse que las donaciones provenientes del OO transfundidas a HH fueran todas no reactivas al VIH, sino que es altamente probable que el referido OO le haya provisto la sangre infectada.

Señaló que la impugnada no ponderó adecuadamente los testimonios de los testigos PP y QQ. De sus deposiciones surge que no es posible concluir que la sangre del donante que tuvo serología VIH positiva haya sido efectivamente descartada, cuando se cometió un error tan grave como lo fue asignarles una misma numeración a los volúmenes de sangre. Ese error se cometió en 2002, año en que HH recibió las transfusiones y resultó contaminada.

Resulta insólito, expresó, que el Tribunal haya soslayado por completo el referido error y haya descartado al CC como proveedor directo de sangre.

Por otro lado, sostuvo que, aun cuando se descartara que HH haya recibido ese volumen de sangre contaminado colectado por el OO, la sola circunstancia de que los siete donantes (uno del RR, cinco del EE y el restante de SS) no tuvieran registro de VIH positivo posteriormente al año 2002 en el Departamento de Vigilancia en Salud del CC, no constituye causa suficiente para deslindar al CC de su responsabilidad en el contralor a nivel nacional de las actividades del Programa de Prevención de SIDA Transfusional, porque, en puridad, no pudo determinar con certeza cuál de los siete donantes pudiera estar contaminado con el virus que, a la postre, fue transmitido a HH.

Expresó que no resulta clara la razón por la cual el Tribunal descartó la postura de la *a quo* y la actora, según la cual el CC responde por fallos en su obligación de contralor de todos los bancos de sangre del país. La responsabilidad que se le imputa el CC tiene su base en el art. 24 de la Constitución, norma que no determina en qué casos surge la responsabilidad directa del Estado. Prestigiosa doctrina (menciona a Cassinelli Muñoz y Risso Ferrand) sostiene la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado, pero aun si se considerara que la responsabilidad del Estado es subjetiva, en autos debe concluirse que el CC es el responsable ya que resulta incuestionable que el servicio funcionó mal o irregularmente.

b) Con relación a la solución revocatoria de la condena DD.

Centró este aquejamiento en que la impugnada realiza un análisis forzado y erróneo de la pericia, que la lleva a concluir que el diagnóstico no fue tardío. La pericia fue terminante respecto a que el diagnóstico de VIH se hizo tardíamente. Quedó demostrado que el contagio de la paciente se produjo en los primeros seis meses de vida y fue diagnosticada ocho años después, cuando ya se había “derrumbado” su sistema inmunitario. Para la Sala tal tardanza en el diagnóstico no es imputable al DD, conclusión absurda si se tiene presente que en la historia clínica, en la hoja de evolución de internación de HH, la médica internista, Dra. TT, consignó en febrero de 2007: “Se deja pendiente estudio de VIH por antecedentes (politransfundida) para cuando se realice la próxima extracción”. En esta ocasión, la niña cursaba una infección diagnosticada como Herpes Zoster y, dada su condición de multitransfundida, la Dra. HH sugirió el análisis de sangre para descartar VIH como causa que favoreciera tal infección.

Puntualiza que la ausencia de extracciones de sangre durante los cuatro años que transcurrieron desde la indicación de la Dra. TT y el examen de VIH que finalmente se practicó por pedido del Dr. UU, otro dependiente del DD, no puede constituir causa extraña no imputable al DD respecto a HH ni ausencia de culpa frente a los

demás reclamantes, porque lo que la Dra. TT tuvo en consideración para prescribir el examen de VIH en 2007 fueron los antecedentes clínicos de la niña y no otras circunstancias.

No existía causa que justificara omitir la realización del examen a efectos de analizar una posible grave enfermedad, la que debía necesariamente descartarse porque las consecuencias de su verificación y la falta de tratamiento eran gravísimas, como los hechos se encargaron de demostrar. En efecto, al momento de su diagnóstico en 2011, HH presentaba menos de 200 CD 4, lo que significa que ya no se encontraba en estadio de VIH sino en estado de SIDA, que es la manifestación más grave del espectro de enfermedades causadas por la infección del VIH. No se descartó la causa de mayor gravedad, incluso cuando estaba planteada y ordenada en la historia clínica, por lo que resulta indiscutible que el DD debe responder por el daño que pudo evitar si hubiera actuado de forma diligente.

Por otro lado, manifestó, es erróneo el análisis que la Sala realiza de la pericia en relación a que el hecho de ser HH portadora de VIH fue lo que causó la sepsis y falla multi orgánica. La pericia destaca esa situación como aquella que, con grado de alta probabilidad, favoreció la infección que evolucionó en la sepsis y en el fallo multi orgánico que culminó con la internación en marzo de 2011, con el riesgo vital y las consecuencias físicas detalladas en el informe pericial. Aquí el Tribunal –dice– se contradice con la posición que invocó sostener en los temas de responsabilidad médica, en cuanto a que no ha de requerirse un criterio de certeza absoluta, sino de probabilidad o verosimilitud respecto del nexo de causalidad.

c) Respecto de la revocación de la condena por daño extrapatrimonial a favor de los abuelos y el tío de la menor.

El Tribunal desestimó la demanda en relación a estos actores por no convivir con la niña y porque no todo daño extrapatrimonial resulta resarcible y, en el caso de estos reclamantes, no medió mayor ilustración.

La recurrente discrepó con el razonamiento de la Sala, por cuanto, a su juicio, quedó plenamente probada la vinculación afectiva estrecha, la preocupación,

dedicación y seguimiento de la menor por parte de sus abuelos y de su tío materno. Todos los testigos allegados a la familia coincidieron en señalar que los abuelos y el tío han sido un apoyo fundamental desde el nacimiento de HH, cuyas complicaciones de salud provocaron todo un cambio en la familia. Resulta absurdo que se haya desestimado el daño, no solo porque fue acreditado, sino porque el mismo Tribunal en un caso similar (Sentencia No. 192/2012) hizo lugar al daño moral de las abuelas e incluso consideró que el monto por tal concepto debía ser mayor al concedido a los hermanos. Es imposible entender semejante cambio de postura y que no se haya fundamentado el mismo, pese a haberse citado la referida sentencia para argumentar en relación a otros puntos en debate.

d) En relación al monto fijado en concepto de daño moral a favor de HH, sus padres y su hermana.

Entiende que es claro que el perjuicio fue mucho mayor al monto fijado por la Sala, ya que la enfermedad crónica y estigmatizante que padece se le diagnosticó en forma tardía y no recibió el tratamiento adecuado, lo que arruinó su infancia. La demora en el diagnóstico llegó a poner en riesgo su vida, ocasionándole patologías ósteo-articulares que determinaron evidentes perjuicios estéticos en su apariencia postural y notorias dificultades en la marcha, lo que tiene una particular significación para un adolescente de sexo femenino.

e) En cuanto a la eliminación, en la condena por daño emergente pasado y futuro, de todo costo no vinculado a la afección del virus.

Indicó que la impugnada no hizo lugar a los costos que guarden relación con la patología derivada de la posición viciosa de los pies en equino baro, las amputaciones realizadas en los dedos de los pies y la anquilosis referida en el numeral 12 de la pericia. El rechazo de tales cosas le causa agravio, en tanto se desprende de la pericia, que no fue impugnada por las partes, que ser portadora de VIH le causó la sepsis y la falla multi orgánica que motivó la internación en CTI y con ello, las lesiones en sus miembros inferiores.

f) Por el dispositivo relativo a la reducción a treinta y seis meses del lapso por el cual se condenó a los demandados al pago de la asistencia psicológica de HH.

Expresa que dicha reducción se dispuso sin fundamento alguno. La rebaja de doce meses por considerarlo tan solo “más adecuado” resulta arbitraria y no se condice con la necesidad de asistencia psicológica que requerirá HH, según la prueba rendida en obrados.

g) Sobre el rechazo del lucro cesante futuro.

Relaciona que el Tribunal se equivoca cuando sostiene que se descartaron los perjuicios derivados de la sepsis. La incapacidad derivada de la sepsis –incapacidad funcional específica por no desarrollar una actividad concreta– fue fijada en 24% (41% de la capacidad funcional total, a lo que debe restarse un 17% correspondiente a la escoliosis de columna, que no se podría atribuir al VIH). No puede negarse la reparación de la pérdida generada por la incapacidad laboral de la menor bajo el argumento de que no se trata de lucro cesante sino de pérdida de chance. Como sostiene Gamarra, el menor que es lesionado cuando todavía no ingresó al mercado laboral y, por tanto, carece de ingresos al tiempo del accidente, sin duda es víctima de un daño patrimonial en caso de incapacidad (total o parcial) porque se verá reducida (o abolida) su ganancia futura, perjuicio que tradicionalmente es considerado como un daño a la idoneidad laboral potencial de la víctima, perteneciente al rubro del lucro cesante.

Manifestó la recurrente que HH se recuperó exitosamente de la cardiopatía congénita que presentó al nacer, por lo que el curso regular de los acontecimientos habría determinado que siguiera estudiando hasta llegar a la edad laboral productiva, fase que estaría apta para desarrollar. Fueron el síndrome de inmunodeficiencia adquirido, virus con el que fue infectada en los primeros meses de vida y la posterior tardanza en su diagnóstico, los que le causaron todos los padecimientos reseñados y menoscabaron su aptitud laboral en el guarismo fijado en la pericia, lo cual repercutirá sobre sus ingresos futuros.

Por último, señaló que si el Tribunal no compartía la calificación del daño patrimonial como lucro cesante y estimaba –como lo hizo– que se trata de una pérdida de chance, debió considerar el criterio teleológico de interpretación de la norma procesal constituido por la efectividad de los derechos sustanciales. Si la demanda persigue la indemnización patrimonial del daño a la capacidad laboral de la menor, cabe preguntarse cuál es el obstáculo que representa haber denominado lucro cesante a lo que, según la sentencia, sería pérdida de la chance.

Recordó que, a este respecto, en la demandada sostuvo que “[e]xiste un daño patrimonial (lucro cesante) que debe resarcirse cuando la víctima carece de ingresos (...) Hay menoscabo a la capacidad laboral que todavía no ejercita pero que tendrá que utilizar en la edad útil (...)”. La demandada tuvo todas las posibilidades de controvertir y ofrecer prueba sobre este extremo, esto es, sobre la inexistencia del daño a la capacidad laboral que habría redundado, según la recurrida, en la pérdida de la chance, rubro cuya determinación se solicitó diferir a la vía incidental. Vale decir que se respetó debidamente el derecho de contradicción y prueba. Por ende, en una interpretación lógico–sistemática de la demanda, correspondía acoger el rubro reclamado, lo que no implicaría vulnerar lo establecido en el art. 198 del C.G.P

En suma, solicitó se haga lugar al recurso de casación, en los términos peticionados.

III.- A fs. 1047 a 1062, el co-demandado BB interpuso recurso de casación contra la sentencia definitiva de la Sala.

En lo medular, sostuvo que el Tribunal infringió las reglas legales de valoración del Derecho, que interpretó y aplicó erróneamente la norma contractual, extracontractual y legal, en base a los arts. 1555, 1342 y 1324 del Código Civil, art. 2 inc. 2 de la ley 16.343 y decreto 358/993, todo lo cual constituye error *in iudicando*.

Señaló que no se probó con grado de certeza absoluta la causa de la infección de VIH.

Sostuvo que el art. 1342 del CC fue erróneamente aplicado al caso concreto, dada la inexistencia de vínculo contractual entre el BB y el damnificado; este último solo tiene vínculo con su institución de asistencia médica (DD, antes DD).

Por otra parte, respecto al art. 1555 CC, dijo que si bien en teoría podría ser aplicable al BB, en el entendido de hipotética relación, en realidad y en el caso de autos, dado que el ÑÑ fue absuelto (por ausencia de culpa), y existe cosa juzgada a su respecto, no es posible aplicar el artículo citado.

Además, la sentencia confunde la financiación de un acto médico de medicina altamente especializada con la prestación de asistencia a un paciente, hecho este que jamás se puede imputar al BB, dado que no es una institución de asistencia médica (IAMC) ni un instituto de medicina altamente especializada (IMAE), por lo que, en definitiva, el BB no interviene en la realización de ninguno de los actos médicos, ni mantiene vínculo contractual alguno con los pacientes de las IMAC ni de los IMAE.

Quien ejecuta el acto médico es el IMAE, elegido por el paciente. No se probó que el ÑÑ haya incurrido en mala praxis médica o haya actuado en forma culposa. De la prueba rendida surgió que quienes intervinieron en la cirugía cardíaca (que el BB se limitó exclusivamente a pagar) actuaron con toda la diligencia del buen padre de familia (art. 1324 CC), pues ante una emergencia médica se logró salvar la vida de la niña. La previsibilidad o imprevisibilidad del evento dañoso (transfusión de sangre contaminada con VIH realizada en ocasión de la operación) no puede de manera alguna imputarse al BB, cuando este no tuvo ni hubiese tenido nunca participación en dicha acto.

Agregó que, en el hipotético caso de ser imputado con ese grado de responsabilidad (contractual), el hecho revestiría la calidad de irresistible e imprevisible, encuadrando dentro de las eximentes de responsabilidad contractual adjudicada, máxime si el ÑÑ, quien recibe la financiación del BB por el acto médico que realiza, fue absuelto en primera instancia por no haberse configurado daño en los actos que realizó ni haber existido culpa en su proceder.

Puntualizó que la eximente de responsabilidad ahora mencionada no fue esgrimida en su contestación de demanda por una simple razón: al sostener la ausencia de vinculación contractual entre el BB y la actora, no cabía alegar la eximente de responsabilidad contractual.

Adujo que el daño no proviene del incumplimiento del BB o de su dependiente o auxiliar de cumplimiento, sino de otro origen, cual es el banco de sangre que provee la misma, la transfunde, la controla, lo que es considerado por la doctrina y jurisprudencia como un hecho diferente al acto médico (la cirugía, en estos autos), hecho que se ubica fuera de la prestación asistencial que se le reprochó oportunamente al ÑÑ y al BB por su financiación. Por lo demás, absuelto el ÑÑ, necesariamente debería haberse absuelto de toda responsabilidad al BB, máxime si el IMAE, amparado por la cosa juzgada, ha quedado fuera de esta litis.

Por otro lado, señaló, el EE no tiene relación alguna con el BB, por lo que también en este punto incurrió la Sala en error *in iudicando* al imponer una condena solidaria a dos condenados que carecen de vínculo legal. La relación contractual existió entre el EE y el ÑÑ en la figura del art. 1342 del CC. De autos surge la contratación directa entre estos, hecho totalmente ajeno al BB. La Sala, entonces, interpretó en forma incorrecta la vinculación entre el ÑÑ, el EE y el BB.

Dice el recurrente que no acierta la Sala cuando interpreta que el EE es auxiliar del BB, así como también cuando imputa responsabilidad a este último por un resultado defectuoso en el desempeño de una actividad realizada en las instalaciones del EE y por tanto, absolutamente ajena al BB. Este se limita únicamente a financiar el acto realizado por el IMAE, elegido por el paciente, no teniendo a su cargo la provisión, control, suministro ni manejo de los volúmenes de sangre que sean requeridos para el acto médica que solventa.

Expresó que resulta absurdo atribuir al BB (que únicamente financió los actos médicos de cirugía cardíaca que salvaron la vida de la menor y que fueron calificados como exitosos por la pericia de autos) responsabilidad por la sangre

transfundida y exonerar al CC como autoridad sanitaria del país, así como a las restantes codemandadas que tuvieron participación directa en las transfusiones de sangre realizadas a la niña.

Afirmó que ha quedado demostrado en autos que existía un vínculo contractual entre el EE y el ÑÑ, tal como lo manifestó el co-demandado EE y resulta de la prueba producida, lo que hace caer el pretendido fundamento normativo por el cual el Tribunal atribuye responsabilidad al BB.

Sostuvo que es incongruente que la Sala mantenga, por un lado, que el ÑÑ “mal podría incurrir en culpa o presumirse la misma siendo que no era guardián ni contratante de la sociedad comercial guardiana, lo que enervaría el supuesto de hecho que dispararía la responsabilidad objetiva del empleador” y, por otro lado, que el BB es responsable por el incumplimiento de la obligación contractual de resultado ante la paciente, como garante objetivo de los hechos de su auxiliar ÑÑ y vínculos de este con la guardiana de la sangre y con el EE en el marco de la responsabilidad extracontractual con respecto a los demás actores.

Aunque la transfusión de sangre haya sido identificada como la causa más probable del contagio, ni el ÑÑ ni el BB tenían a su cargo el suministro, control o guarda de la misma, lo que descarta que pueda aplicarse la presunción de culpa derivada del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1324 CC). El guardián de la sangre es el Banco de Sangre, responsable de su control, suministro, etc., siendo el IMAE (ÑÑ) y el BB ajenos a toda esa actividad, por lo que si no tiene control sobre dicha actividad mal puede responder objetivamente por las fallas encontradas en ella.

Reiteró que el ÑÑ tenía un contrato con el EE y este, a su vez, con el Banco de Sangre. En ninguno de estos contratos era parte ni tenía conocimiento de los mismos, precisamente por el carácter de exclusivo financiador de la asistencia médica y no prestador de servicios asistenciales.

Dijo que resultan inaplicables los preceptos normativos derivados de la responsabilidad contractual (arts. 1342 y 1555 CC), en primer lugar, porque no existe vinculación con la realización del acto médico, pero aun en tal hipótesis, dado que no resulta de autos incumplimiento en las obligaciones derivadas de la tarea asistencial que el BB financia, siendo la transfusión un hecho distinto, cuyo titular es el servicio del Banco de Sangre, no debería ser responsabilizado el financiador de la cirugía por el incumplimiento de esa otra obligación principal o de resultado.

Por último, expuso que resulta carente de fundamentación la condena en forma solidaria dispuesta por el Tribunal. Ella está fuera de toda lógica y contexto normativo, pues no son aplicables en obrados los preceptos del art. 1331 CC.

En suma, solicitó se case la sentencia recurrida, se anule el fallo de segunda instancia y se confirme la sentencia de primer grado en cuanto desestimó el accionamiento respecto al BB.

IV.- Corridos los traslados correspondientes, fueron evacuados a fs. 1074 a 1075, 1079 a 1083, 1085 a 1092 vto., 1094 a 1096 y 1100 a 1101 vto.

V.- Por Decreto No. 191/2019, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno ordenó franquear los recursos interpuestos (fs. 1105) y los autos fueron recibidos por esta Corte el 12 de abril de 2019 (fs. 1115).

VI.- Por Decreto No. 831/2019, de 13 de mayo de 2019 (fs. 1116 vto.), se ordenó el pase de los autos a estudio y, culminado el estudio, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad habrá de acoger en parte el recurso de casación interpuesto por la parte actora, con el alcance que será indicado y, por mayoría, habrá de desestimar el recurso interpuesto por el co-demandado BB, en mérito a los fundamentos que se expondrán a continuación.

II.- El de autos es un proceso por daños y perjuicios promovido por los padres – por sí y en representación de su hija–, hermana, abuelos paternos, abuela materna y tío materno de la menor HH contra BB, ÑÑ, DD, CC y FF.

En lo que interesa a la resolución de los recursos en trámite, debe señalarse que la menor nació en septiembre de 2002 en el sanatorio de DD. Se le diagnosticó cardiopatía ductus dependiente y se la derivó al ÑÑ, institución en la que fue intervenida quirúrgicamente y de la que recibió dos transfusiones de contenido plaquetario. Tras recibir el alta del ÑÑ, fue reingresada al sanatorio de DD.

A lo largo de su infancia, la niña presentó múltiples infecciones. Mientras cursaba una de ellas, en febrero de 2007, se le indicó un examen de VIH por tratarse de una paciente politransfundida. El examen recién se concretó en 2011 y en esa ocasión, se comunicó a los padres que la niña había sido infectada con VIH.

Se discute en obrados quién debe responder por tal contagio y los daños que de él se han derivado a la niña y que habrá de padecer a lo largo de su vida.

La sentencia de primera instancia acogió la excepción de falta de legitimación pasiva de FF, amparó en parte la demanda y, en su mérito, condenó al CC, al EE y al DD a reparar el daño moral, emergente pasado y futuro reclamados y desestimó la demanda respecto al BB y al ÑÑ.

Por su parte, la sentencia de segunda instancia revocó en parte tal decisión y, en su lugar, dispuso dejar sin efecto la condena al CC y al DD, condenar al BB, que deberá responder en forma solidaria con el EE y desestimar la demanda planteada por los abuelos y tío de la menor.

III.- En lo sucesivo, la Corte examinará por su orden los recursos de casación interpuestos.

IV.- Recurso de casación interpuesto por la parte actora

A) Revocación de la condena al CC.

La actora se agravió, en primer lugar, por la revocación de la condena al CC. Al respecto expresó que de la prueba diligenciada se desprende que el CC debe ser condenado por haber fallado doblemente en sus funciones, tanto en el contralor de su propio banco de sangre (pues es altamente probable que el CC haya suministrado la sangre infectada por medio del OO) como en su rol de responsable del control de la sangre que se transfunde en el país.

A.1) Acerca de la invocada responsabilidad del CC por suministro de sangre infectada, indicó que, según se desprende de la investigación realizada por el CC, de los veintidós donantes involucrados, respecto de catorce de ellos se pudo comprobar que su serología de VIH se mantuvo negativa a lo largo del tiempo. De los restantes siete no se pudo comprobar que mantuvieran serologías negativas. Sin embargo, no solo no puede descartarse que las donaciones provenientes del OO transfundidas a HH fueran todas no reactivas al VIH, sino que es altamente probable que le haya suministrado la sangre infectada.

Asimismo, apuntó que la impugnada no ponderó adecuadamente los testimonios de las testigos PP y QQ, de los que surge que no se puede tener por cierto que haya sido efectivamente descartado el volumen de sangre del donante que tuvo serología VIH positiva, como lo expresa la testigo PP, cuando se cometió un error tan grave, como sin duda lo fue darles una misma numeración y ese error se cometió en el año 2002, año en el que HH recibió las transfusiones y resultó contaminada.

No le asiste razón a la recurrente.

La Corte, en forma unánime, entiende que aquella se limitó a manifestar una mera discrepancia con las conclusiones del Tribunal, sin señalar concretamente en qué aspecto la valoración de la Sala se apartaría de las reglas de la lógica o de la experiencia. Nótese que se limitó a señalar que la Sala no “ponderó adecuadamente los testimonios de las testigos PP y QQ” (fs. 1033, 1033 vto.).

Tales expresiones no alcanzan a articular un cuestionamiento ordenado y fundamentado que demuestre los desaciertos jurídicos de la decisión impugnada, razón que resulta suficiente para rechazar el embate crítico de la recurrente.

A.2) Respecto a la invocada responsabilidad del CC por omisión, la recurrente sostuvo que la sola circunstancia de que siete de los donantes no tuvieran registro de VIH positivo luego de 2002 en el Departamento de Vigilancia en Salud del CC no constituye causa suficiente para desembarazar al CC de la responsabilidad que le cabe en su función de contralor nacional de las actividades del Programa de Prevención de Sida Transfusional, porque en realidad no pudo determinar con certeza cuál de esos siete donantes pudo estar contaminado con el virus que, a la postre, fue transmitido a HH.

Manifestó que no resulta clara la razón por la cual el Tribunal no compartió la postura de la Sede a quo y de la parte actora, según la cual el CC también responde por fallos en su obligación de contralor de todos los bancos de sangre del país.

Anotó que la responsabilidad que se le imputa al CC tiene su base en el art. 24 de la Constitución, norma que no determina en qué casos surge la responsabilidad, sino que se limita a sentar el principio general de la responsabilidad directa del Estado. Citó doctrina en favor de la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado y

concluyó que, en el caso de marras, ya sea que se adopte la tesis de la responsabilidad objetiva, ya la subjetiva, el CC es responsable, pues resulta incuestionable que el servicio funcionó mal o irregularmente.

Tampoco este agravio es de recibo.

A poco que se lo analice, no puede ser considerado como suficiente. En efecto, la recurrente no cuestiona el argumento determinante del fallo. El Tribunal entendió, contrariamente a lo sostenido por la actora, que la responsabilidad del CC es de índole subjetiva. Contra ello, nada expresó la impugnante. Estrictamente considerado el planteo, el mismo no contiene denuncia de infracción a la regla de Derecho. Si bien invoca el art. 24 de la Constitución, lo hace simplemente para destacar que la responsabilidad del CC tendría su fundamento en dicha disposición constitucional pero sin indicar, ni fundar, de qué manera la Sala habría vulnerado tal disposición. En consecuencia, no hay agravio concreto respecto de la aplicación de la norma de Derecho por parte del Tribunal.

A mayor abundamiento se tiene que la Sala, tras haber descartado la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado, desestimó la responsabilidad pretendida por no haberse acreditado en la especie una conducta, activa u omisiva, ilegítima del CC. De modo que, el argumento determinante del fallo para rechazar tal pretensión es que no se acreditó un comportamiento concreto que pueda reprocharse al CC y contra ello nada expresó la recurrente.

La Corte entiende que, si bien el CC ejerce la superintendencia de los bancos de sangre que funcionan en el país, tal competencia no determina *per se* que resulte responsable cada vez que se constate un resultado dañoso. Antes bien, debe invocarse y acreditarse una concreta falta de servicio, lo que no sucedió en autos.

Tal como señaló el TAC 2º en sentencia 46/2015 en consonancia con el criterio de la Suprema Corte, “[a]nalizando la categoría responsabilidad estatal, es criterio del Tribunal reiteradamente expuesto: ‘Como lo ha dicho la Suprema Corte (No. 167/98 en LJU c. 13.670) adoptando el criterio de falta de servicio desarrollado por la jurisprudencia y doctrina francesas y seguido en el país por Sayagués Laso, el particular que invoca la responsabilidad de la administración debe probar la existencia de una falta de servicio, esto es, que el servicio funciona mal, no funcionó o funcionó tardíamente, para el éxito de la reclamación. Se acepta que de todo servicio se espera un determinado nivel medio o estándar, variable según su misión y las circunstancias del caso, apareciendo la falta cuando se incumple con ese nivel y el juez para determinar si hay o no falta, debe preguntarse qué se podía esperar del servicio, teniendo en cuenta las dificultades más o menos importantes de su misión, las circunstancias de tiempo, lugar y recursos de que se disponían’ (Nº 226/2006) Se acepta que de todo servicio se espera un determinado nivel medio o estándar, variable según su misión y las circunstancias del caso, apareciendo la falta cuando se sobrepasa ese nivel y el juez para preguntarse si hay o no falta, debe preguntarse qué se podía esperar del servicio, teniendo en cuenta las dificultades más o menos importantes de su misión, las circunstancias de tiempo, lugar y recursos de que se disponían (la Sala Nos. 47/2012, 67/2012, entre otras). (...) en la medida que se reclama la eventual responsabilidad estatal, conforme la tesis de responsabilidad subjetiva a la que adhiere en forma unánime la doctrina y jurisprudencia, se debió indicar cuál fue la falta de servicio, cuál su factor de imputación así como probar tales extremos (vg. incumplimiento o prestación indebida del servicio –SCJ en LJU 14333-, o la culpa personal del funcionario –SCJ en LJU 13449 o esta Sala en LJU 138008) tal como se sostuviera en forma reciente por parte de éste Tribunal (Nos. 171/2011, 247/2011 y 311/2011, entre muchas otras)”.

B) Revocación de la condena al DD.

En segundo lugar, la actora se agravió por la revocación de la condena al DD en un doble orden: por un lado, por haberse desestimado la tardanza u omisión de

diagnóstico y, por el otro, en tanto se rechazó que haya sido la condición de portadora de VIH la causa de la sepsis y falla multi orgánica que padeció la menor.

B.1) Sostuvo que al DD le cabe responsabilidad por la demora u omisión en el diagnóstico del VIH. Indicó que es equivocado el análisis de la pericia que realiza la Sala en relación a que el hecho de ser HH portadora de VIH fue lo que causó la sepsis y falla multi-orgánica. Contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal, la pericia fue terminante respecto a que el VIH se diagnosticó tardíamente. Quedó probado que el contagio de la menor se produjo en los primeros seis meses de vida y fue diagnosticada recién ocho años después, cuando ya se había derrumbado su sistema inmunitario. Ahora bien, para el Tribunal, dicho diagnóstico tardío no es imputable al DD, conclusión que resulta absurda cuando en la propia historia clínica, en el mes de febrero de 2007, en la hoja de evolución de internación de HH, la médico internista consignó: “Se deja pendiente estudio de VIH por antecedentes (politransfundida) para cuando se realice la próxima extracción”.

Apuntó que la falta de analíticas de sangre durante cuatro años transcurridos entre la referida anotación y el examen de VIH, prescripto esta vez por otro dependiente del DD (Dr. UU), no puede constituir causa extraña no imputable al DD respecto de HH, ni ausencia de culpa respecto de los demás reclamantes. Lo que tomó en cuenta la internista para prescribir el examen fueron los antecedentes de la menor como paciente politransfundida, condición que permaneció incambiada durante los cuatro años de demora.

El DD no descartó la causa de mayor gravedad, aun cuando se había planteado y dispuesto en la historia clínica, por lo que debe responder por el daño que habría logrado evitar de haber actuado en forma diligente.

La Corte desestimaré el agravio por no verificarse infracción a la regla de Derecho ni error en la valoración de la prueba.

Antes bien. Sobre las categorías jurídicas en debate el TAC 2º (SEF 5-27/2013) ha señalado: *“Versa entonces la ‘quaestio iuris’ en la culpa en el diagnóstico. La Sala tiene jurisprudencia (a partir del pronunciamiento No. 188/01) en el sentido de que debe distinguirse la culpa y el error de diagnóstico.*

La culpa es el desajuste con el paradigma del ‘bonus medicus’, a la diligencia debida del buen profesional de su especialidad. Por ello es que la jurisprudencia sanciona al médico que es negligente en valerse de los medios modernos de investigación que le proporciona la ciencia médica (culpa). Si utilizando tales medios igualmente no se logra un diagnóstico de la real patología existe error de diagnóstico, categoría no susceptible de comprometer la responsabilidad porque sencillamente no hay culpa.

En conceptos trasladables del Maestro GAMARRA (Resp. Méd. I p. 70) es mejor dejar de hablar de error, excusable y no excusable y limitarnos al diagnóstico culposo o inculpable porque para que haya responsabilidad en materia de diagnóstico es menester que exista culpa”.

En igual sentido (SEF 5-59/2014) también dijo la Sala que integraba el redactor: *“Con PENNEAU (La Responsabilité du médecin, 3a. ed. p. 26-27) ‘el error de diagnóstico por sí mismo no constituye una culpa’; con LAMBERT-FAIVRE (Le Droit du dommage Corporel 2e. éd. p. 494): ‘El error de diagnóstico no construye por sí mismo una culpa susceptible de comprometer la responsabilidad del médico’. Son los signos patognomónicos de las afecciones los que tienen importancia determinante para establecer el diagnóstico correcto” (No. 188/2001, SEF-0005-000143/2013, entre otras).*

La jurisprudencia sanciona la culpa del médico que es negligente en recurrir a los medios modernos de investigación que enseñan los dominios adquiridos o actuales

de la medicina; la obligación que pesa sobre el médico en materia de diagnóstico es obligación de medios (LAMBERT-FAIVRE, op. cit. loc cit).

Cabe recordar que la responsabilidad médica se abrió camino a partir del caso Mercier de 1936 de la Casación francesa, el que hacía referencia al control jurisdiccional en base a los 'datos de experiencia' de la medicina y hoy en día la doctrina y jurisprudencia de vanguardia convoca para establecer el modelo del 'bonus medicus' a los 'datos o dominios actuales' de la medicina, es decir que el modelo del buen profesional de la especialidad, debe establecerse conforme los parámetros de los conocimientos de la época en que se realizan los actos médicos".

Tradicionalmente, se ha sostenido que el "diagnóstico tardío" es una de las tres hipótesis de "error de diagnóstico".

En tal sentido, señala Alicia Castro que "[d]entro del concepto de 'error de diagnóstico' se incluyen diversas hipótesis en las que el médico y/o la institución de asistencia para la que trabaja, incurren en responsabilidad porque no emplean la diligencia debida para alcanzar un diagnóstico correcto, sea porque no lo intentan y se quedan con la primera impresión, sin plantearse dudas o analizar alternativas, sin buscar la mayor certeza posible (falta de diagnóstico), sea porque se equivocan en la determinación de la enfermedad y sus causas (diagnóstico erróneo), sea porque para lograr una certeza mayor demoran más de lo debido afectando los tiempos del tratamiento (diagnóstico tardío)" (Castro Rivera, Alicia, "Error de diagnóstico. Diez años de experiencia en un Tribunal Civil", en Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Tomo IV, FCU, Montevideo, 2016, p. 71).

Doctrina y jurisprudencia suelen coincidir respecto a la naturaleza subjetiva de la responsabilidad del médico en relación a la obtención de un diagnóstico tempestivo y acertado.

En relación al punto, sostiene la citada autora: *“La obligación que tiene el médico de alcanzar un diagnóstico acertado en un tiempo razonable es una obligación de medios y, como tal, su falla sólo irroga responsabilidad cuando incurre en culpa (...)”* (Castro Rivera, Alicia, ídem).

En esa línea, el Maestro J. Gamarra explica que el error de diagnóstico puede ser excusable o inexcusable y que solo en este último caso es reprobable la conducta del médico. Indica: *“Error de diagnóstico significa simplemente que la opinión expresada por el médico es falsa o equivocada. Pero tal error no quiere decir que, indefectiblemente y en todos los casos en que se equivoca al diagnosticar, su conducta sea reprochable y (puesto que estamos ante un sistema regido por la culpa) exista siempre responsabilidad por el daño que el diagnóstico errado haya podido causar. El médico se ha equivocado, pero ello no basta para culparlo. (...) el error inexcusable deriva de un diagnóstico que no se habría emitido si el médico hubiera actuado con diligencia (sin culpa). Las denominaciones (excusable o inexcusable) no son, pues, sino un duplicado de error culpable e inculpable (...)”* (Gamarra, Jorge, Responsabilidad Civil Médica, Tomo 1, FCU, Montevideo, 1999, p. 69/70).

En el caso de autos, es indudable que transcurrieron cuatro años desde el primer planteo del diagnóstico, pero ello no equivale a sostener que existió demora culpable y, en consecuencia, responsabilidad de los médicos y/o de la institución.

Sobre la base de lo expuesto por los especialistas en la pericia de obrados (Profesores Dres. Medina Presentado, Rodríguez Grecco y Rodríguez Almada), obrante a fs. 669 a 688, que no fue impugnada, la Sala expresó: *“(...) los profesionales concluyeron que un eventual diagnóstico por VIH en oportunidad de la internación de la niña por herpes zoster (14/02/2007) únicamente hubiera sido escudriñado a profundidad por un especialista habituado a tratar con enfermos de VIH. En el caso, ante la buena respuesta de la niña, se le dio el alta sin explorar la posibilidad (ni siquiera diagnóstico presuntivo) que dejó asentada en la H.C la*

médica tratante. A su vez, no es menor el hecho de que se constató al ingreso al DD, mucho tiempo después, en el año 2007, que el hemograma arrojaba resultados normales, surgiendo recién en 2011 los valores que hubieran alertado de una posible infección favorecida por VIH. En audiencia (fs. 701) los peritos señalaron que los exámenes de sangre con leucocitos normales no pueden hacer sospechar de VIH. Por ende, no se comparte la afirmación de la Sra. Jueza a quo respecto de que el diagnóstico fue tardío en base a lo informado en el punto 4 de la pericia, dado que eso no es acertado. En este sentido, ha de repararse que los médicos establecen la demora en el diagnóstico en base al avance a la enfermedad y con independencia de la actuación médica. Es decir, no se trata de un diagnóstico tardío en sentido jurídico, sino clínico. Para configurarse diagnóstico tardío en sentido jurídico, debió mediar una valoración de la corrección y tempestividad de la práctica médica a la luz de los parámetros de la ley del arte, los indicios y la situación de la paciente durante el transcurso de las sucesivas intervenciones médicas, no en consideración exclusiva de la evolución de sus padecimientos. Por ende, no se ratificará la atribución de responsabilidad por esa causa, dado que según los especialistas, tampoco existían indicios que evidenciaran la necesidad de realizar el estudio y efectuar un diagnóstico presuntivo de VIH, conforme a los cánones aplicables a un no experto en materia de enfermos de VIH, todo lo cual conduce a la exoneración del DD y demás condenados en punto a este tema (fs. 1017 vto./1018)."

La Corte entiende que la valoración efectuada por la Sala y que viene de referirse no solo es ajustada a Derecho y enteramente razonable, adecuada al criterio amplio o moderno que entiende que la regla de valoración de la prueba (principio de la sana crítica) es norma jurídica (regla legal), sino que, conforme al criterio que sostiene la mayoría (Sres. Ministros Dres. Minvielle, Martínez, Turell, Tosi) lejos está de resultar absurda o arbitraria.

Es pacíficamente admitido que en casos de responsabilidad médica, como el de autos, la prueba pericial es definitiva. Tal como lo ha expresado la Corte en diversos fallos: "(...) la adopción por el Tribunal de las conclusiones periciales, no

requiere en nuestro ordenamiento fundamentación ulterior, como sí lo impone, en cambio, el apartamiento (art. 184 C.G.P.), más aun cuando, como en el subexamine, la pericia en cuestión no fue objeto de oportuna impugnación o crítica de parte (Código General del Proceso, obra colectiva dirigida por el Prof. Vescovi, T 5, 1998, p. 357). Si el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel” (Sentencia No. 352/2004; en igual sentido, Sentencia No. 1.975/2017).

Morello explica que *“el Tribunal queda vinculado por la fuerza específica del dictamen aunque no de manera automática, maquinal o absoluta. Pero no puede omitirlo ni descartarlo de manera discrecional, menos absurda o arbitraria, para lo cual, en su fallo, deberá suministrar las razones objetivas que justificaran la devaluación o el descarte de lo aconsejado o dictaminado por el experto. La pericia es una prueba de especial relieve científico y técnico; también con un inocultable voltaje de ‘peligrosidad’; le es exigible una intrínseca y sólida lógica fundante, respaldada en el inteligente examen de los hechos y en la concordancia de los motivos de aquel carácter (científicos o técnicos) que en la experiencia concreta. Adviértase que los avances de sus progresos, no desvirtúan sin embargo, ni colisionan, por cierto, con las derivaciones que a la libertad ordenada del conjunto de la prueba y del saber vital común en un altura cultural y socioeconómica determinada, racionalmente arriman suficiente fuerza de convicción” (Morello, Augusto M, “La prueba pericial y su evaluación. Aproximación comparativo uruguayo-argentina”, en Judicatura, No. 33, 1992, p. 11-18).*

En suma, la mayoría no advierte un supuesto de absurdo evidente en la valoración de la prueba.

Por su parte, el redactor, quien sostiene que el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente como ya se

adelantara, ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen “verdaderas leyes o normas de prueba y, por ende, su infracción podía [puede] alegarse en casación” (Hitters, Juan Carlos, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, LEP, La Plata, 1998, p. 460), entiende que, de consuno con lo normado en art. 184 del C.G.P., que ordena apreciar la peritación conforme las reglas de la sana crítica ex art. 140 íd., debiendo en su caso, consignarse en el fallo los motivos para apartarse del mismo, no existen fundamentos para apartarse de la conclusión a la que arribaron los peritos actuantes, tal como concluyó el Tribunal. Véase al respecto, el pronunciamiento 311/2006 de TAC 2º, donde se expresaba: “...la adopción por el Tribunal de las conclusiones periciales no requiere en nuestro ordenamiento fundamentación específica, como sí lo impone el apartamiento (art. 184 CGP) –CGP Comentado T. V p. 357, LJU c. 15046-”.

B.2) Acerca del nexo causal entre la conducta atribuida al DD y la sepsis con falla multi orgánica que provocó graves secuelas a HH, expresó la recurrente que la Sala analiza equivocadamente la pericia. Señaló que la pericia destaca esa situación como la que, con grado de alta probabilidad, favoreció la infección que evolucionó en la sepsis y en el fallo multi-orgánico que culminaron con la internación en marzo de 2011, con el riesgo vital y las consecuencias físicas detalladas en el informe pericial.

Ahora bien. Al haberse descartado, por los fundamentos previamente expresados, la existencia de culpa en el obrar del DD en lo que respecta al diagnóstico tardío del VIH, resulta irrelevante determinar si hubo o no nexo causal entre la conducta que la actora le imputa al DD y los daños que se alegan.

En efecto, al faltar uno de los elementos de la responsabilidad convocada (la culpa, cuya verificación es necesaria en el caso puesto que están en juego obligaciones de medios), corresponde exonerar a la referida co-accionada, sin que sea necesario

ingresar en el análisis de los restantes elementos de la responsabilidad civil (entre ellos, el nexo causal). Por ello, también este agravio habrá de desestimarse.

C) Revocación de la condena por daño extrapatrimonial a favor de los abuelos y el tío de la menor.

La Corte, por unanimidad, habrá de acoger el agravio.

Cabe recordar que la decisora de primera instancia había otorgado indemnización por daño extrapatrimonial a favor de los abuelos y el tío materno de la niña. Sobre el punto, sostuvo: “(...) *la prueba testimonial recogida en el proceso da cuenta de que el resto del núcleo familiar reclamante compuesto por los padres de la damnificada – AA y II, su hermana JJ, sus abuelos paternos KK y LL, su abuela materna NN en la persona de hijos en calidad de sucesores, y el tío materno MM, son una familia integrada con un buen relacionamiento entre sí, y en especial un fuerte lazo afectivo con HH lo que torna razonable la aflicción cuya indemnización pretenden*” (fs. 841).

La Magistrada citó la declaración de diversos testigos (Rapetti, Viera, Novo, Chiriff, Sánchez) que ratificaban dicho entendimiento (fs. 841, 842) y concluyó que correspondía indemnizar a todos los accionantes, en los montos que allí se indicaron (fs. 842). En concreto, en lo que atañe a los abuelos y al tío de HH, dispuso las siguientes indemnizaciones: “(...) d.- KK (abuelo paterno) \$ 75.000. e.- María del KK (abuela paterna) \$ 75.000. f.- AA y MM en calidad de sucesores de NN \$ 75.000. g.- MM (tío materno) \$ 30.000” (fs. 842).

Por su parte, el *ad quem* revocó la condena dispuesta en favor del tío y de los abuelos de HH, en los siguientes términos: “*Se acogerá sí el agravio por la condena a favor de los abuelos y tío de la menor. En situaciones familiares, resulta natural que padecieran aflicción, pero no se trata de convivientes con la niña, la recepción en vacaciones de su hermana en el interior del país, o en Montevideo los fines de*

semana, parecen obedecer a la solidaridad y auxilio familiares y vínculos afectivos propios de la relación de parentesco próximo, pero no todo daño extrapatrimonial deviene resarcible y en el caso de estos reclamantes no medió mayor ilustración, además de que no ha de olvidarse que la fuente de generación ratificada es significativamente menor que la postulada al demandar o en la sentencia apelada. Por lo tanto, se revocará la condena y se desestimará la demanda en relación con estos co-actores (tanto a título propio como por sucesión de otro abuelo prefallecido), concentrándose la indemnización en la familia inmediata” (fs. 1019 vto.).

La actora se agravió de tal revocación y sostuvo que quedó plenamente probada la vinculación afectiva estrecha, la preocupación, dedicación y seguimiento de la menor por parte de sus abuelos y de su tío. Señaló que todos los testigos allegados a la familia fueron contestes en que los abuelos y el tío han sido un apoyo fundamental desde el nacimiento de HH, cuyas complicaciones de salud generaron todo un cambio en la familia. Resulta absurdo que se haya desestimado el daño reparable contingentado a ello.

Así, la Corte entiende que asiste razón a la recurrente.

Para la mayoría, se ha verificado una hipótesis de absurdo en la valoración de la prueba y para el redactor, una de infracción a las reglas de la sana crítica (sana crítica como estándar jurídico).

De las declaraciones de múltiples testigos surge inequívocamente acreditada la estrecha vinculación entre los abuelos y el tío con HH, así como el daño moral sufrido por estos a raíz de los padecimientos de la menor.

Así, la testigo VV, quien mantiene un vínculo de amistad con los actores pues su hija, WW, es compañera de escuela de HH, declaró: *“Los abuelos maternos y paternos también han sido un apoyo fundamental, cuando a veces AA [madre de HH] se ha tenido que ir a Carmelo donde viven sus padres”* (fs. 509 vto.).

Preguntada acerca de la forma en que participaron los abuelos paternos, que viven en Montevideo, contestó: *“Ayudando, participando de la rutina diaria familiar, cuando AA y II estaban atendiendo lo inherente a HH”* (fs. 509 vto.).

La testigo XX, madre de un compañera de estudios, expresa que ha visto cómo los abuelos llevaban a HH a la escuela, a veces en silla de ruedas sin poder caminar (fs. 510 vto.). Agrega que *“Los abuelos siempre estuvieron apoyando, con JJ, y con HH también cuando comenzó la escuela le daban una mano llevándola”* (fs. 511).

En igual sentido, la testigo YY, amiga familiar, indica que *“los abuelos maternos y los abuelos paternos han sido abuelos muy presentes, que los han acompañado permanentemente, para cuidar a JJ, los han acompañado muchísimo”* (fs. 512). Interrogada concretamente acerca de la relación de JJ y HH con el tío materno, responde: *“Con MM, es una relación muy cercana, él vive en Carmelo y ellas han estado yendo y viniendo y son muy cercanas a sus hijos e incluso ellos estuvieron ayer en el cumpleaños de JJ y él ha estado ayudándolos con el tema de HH, a distraer a JJ y la madre de él también”* (fs. 512 vto., 513).

La testigo ZZ, madrina de HH, señala que los abuelos maternos, de Carmelo, *“se llevaban a JJ, muchas veces porque HH estaba con algún problema y se hacían cargo de ella, porque siempre tenían que salir de urgencia por alguna internación o por algún problema, los mismos, los abuelos de acá, los paternos que también ayudaban en llevarla, traerla”* (fs. 514). Preguntada respecto al tío materno, responde que él también ayudaba, *“porque la mamá de AA era una mujer entrada en años y su casa estaban pegadas, entonces se ayudaban”* (fs. 514).

Por último, la testigo CA, madrina de JJ, preguntada respecto a cómo afectó la situación a la familia de HH, abuelos maternos y paternos y tío, desde el nacimiento de ella, contesta: *“Dada las internaciones y problemas que tenía HH de salud, se repartieron los abuelos paternos y maternos para sacarla a pasear a JJ y sus*

actividades de estudio, ya que sus padres estaban todo el tiempo pendientes de HH (...)” (fs. 515 vto.). Y añade que el tío materno de HH “(...) *siempre estuvo presente*” (fs. 515 vto.).

De los testimonios que vienen de citarse, resulta absurda para la mayoría y desajustada a la sana crítica para el redactor la conclusión a la que arriba la Sala al afirmar que *“en el caso de estos reclamantes no medió mayor ilustración”* respecto del daño moral padecido.

Tampoco se comparte el criterio de la no convivencia invocado por la Sala, pues aunque, de regla, la convivencia familiar puede hacer presumir la intensidad del vínculo afectivo, no es menos cierto que los lazos de cariño y amor familiar se construyen y mantienen también sin la cohabitación. En tal sentido, la Corte expresó: *“El grado de cercanía entre parientes no se mide, para apreciar la estrechez del vínculo, exclusivamente en base a si aquellos conviven en la misma casa o habitan en lugares diferentes, pues el afecto, aprecio y proximidad sentimental no depende (únicamente) del hecho de vivir (o no) bajo el mismo techo, sino también de otras circunstancias a las que correctamente hace referencia el Tribunal...”* (Sentencia No. 1.448/2019).

En la misma línea, el redactor ha sostenido: *“no es aceptable determinar montos diferentes para hijos (...) basada en la convivencia o no con el padre como se hace en la instancia anterior, porque ello, indudablemente, no incide en las consecuencias de la pérdida de la figura paterna y en la intensidad del vínculo afectivo (...) lo que se resarce es el perjuicio al afecto, concepto asociado a la angustia que se produce en personas, usualmente parientes cercanos, debido a la defunción de la víctima o lesiones sufridas por la misma, bastando que el daño sea directo y cierto...”* (TAC 2º, Sentencia No. 96/2011). En el mismo sentido: *“...la eventual falta de convivencia ulterior porque cada uno de ellos forme su respectivo hogar no detrae en manera alguna el afecto recíproco...”* (TAC 2º, Sentencia No. 46/2014).

En la especie, la vinculación estrecha entre los reclamantes y la niña está por demás acreditada por los testigos; y, probada la intensidad del vínculo, va de suyo la existencia de un especial sufrimiento o padecimiento de los actores, calificable como daño extrapatrimonial, a raíz de la penosa situación de su nieta/sobrina.

Sin perjuicio de compartir las consideraciones acerca del absurdo en la valoración de prueba que se verificó en el caso, la Dra. Martínez, como fundamento particular, destaca que respecto a los abuelos, el padecimiento de autos debe tenerse por acreditado “in re ipsa”, aun cuando la fuente de la generación ratificada en segunda instancia es significativamente menor que la postulada al demandar o en la sentencia de primer grado. Vale decir: aun cuando la fuente del dolor haya quedado meramente limitada al contagio de SIDA, resulta suficiente –por su gravedad– para confirmar la fuente de dolor en el ámbito de los abuelos. Tal coyuntura determina que la carga de la prueba se invierta, favoreciendo la postura de los actores. En suma, en el caso, cabe aplicar, en la valoración de la prueba, las máximas de la experiencia y el principio de normalidad, según lo establece la propia ley (art. 141 del C.G.P.).

Concluye, entonces, la Corte que corresponde anular, en el punto, la sentencia impugnada y, en su lugar, mantener la solución que fuera dispuesta al respecto en primera instancia.

D) Monto fijado en concepto de daño moral a favor de HH, sus padres y su hermana.

Señaló la recurrente al respecto que en este caso es claro que el perjuicio fue mayor al monto fijado por el Tribunal, ya que la enfermedad crónica y estigmatizante que padece se le diagnosticó en forma tardía, no recibió el tratamiento debido, lo que arruinó su infancia; la demora en el diagnóstico llegó a poner en riesgo su vida, ocasionándole patologías óseo-articulares que determinaron evidentes perjuicios

estéticos en su apariencia postural y notorias dificultades en la marcha, lo que tiene una particular significación para un adolescente de sexo femenino.

El agravio no puede prosperar.

La recurrente solamente consigna que el perjuicio sufrido es sensiblemente mayor al efectivamente condenado, pero no efectúa un desarrollo argumental que verdaderamente demuestre lo ínfimo de los montos concedidos, configurándose así, para el redactor, la única hipótesis habilitante del análisis en casación por alegada violación del principio de reparación integral del perjuicio (cf. LJU c. 15.451 -SCJ 9/2005-).

La Corporación en general ha señalado en diversas ocasiones que el monto a fijarse por concepto de daño moral es discrecional de los órganos de mérito, salvo que resulte arbitrario, lo que en el caso ni siquiera fue alegado por la recurrente.

En tal sentido, ha dicho la Corte que “(...) *no es posible, en principio, modificar en casación las cantidades fijadas por concepto de daño moral, porque su determinación supone el ejercicio del poder discrecional por parte del Juez de mérito, no pasible de generar un error de derecho (Cf. Sentencias Nos. 35/1993, 130/1995, entre otras). Pero ese poder discrecional de los órganos de mérito se podría revisar en casación si se comprobara una fijación de un monto indemnizatorio arbitrario, por lo ínfimo o lo desmesurado...*” (Sentencia No. 454/2014; en igual sentido: Sentencias Nos. 67/2015, 438/2016, 617/2017, 1.140/2019).

Dado que la actora se limita a discrepar con los montos fijados por la a quo y ratificados por la Sala, pero no alega ni mucho menos demuestra que se trate de cifras irrisorias o notoriamente escasas, no corresponde su revisión por la Corte.

E) Costos excluidos por la Sala en la condena por daño emergente pasado y futuro.

Se agravio también la actora por la eliminación, en la condena por daño emergente pasado y futuro, de todo costo no vinculado a la afectación del virus.

Indicó que la sentencia impugnada no hizo lugar a los costos que tengan relación con la patología derivada de la posición viciosa de los pies en equino baro, las amputaciones realizadas en los dedos de los pies y la anquilosis referida en el numeral 12 de la pericia.

Adujo que el rechazo de tales costos le causa agravio, en tanto se desprende de la pericia, que no fue impugnada por las partes, que ser portadora de VIH le causó la sepsis y falla multi-orgánica que motivó la internación en CTI y con ello las lesiones en sus miembros inferiores.

El agravio resulta de rechazo por cuanto la recurrente, nuevamente, se limita a discrepar con la valoración de la prueba efectuada por la Sala, sin cumplir con las exigencias del art. 273 del CGP. Omite señalar la existencia de absurdo o ilogicidad en el razonamiento y tampoco formula un juicio crítico contra las opiniones del Tribunal.

Sin perjuicio de ello, debe destacarse que de la lectura de la fundamentación de la sentencia en que se aborda el punto en examen, no se aprecia arbitrariedad o absurdo evidente (mayoría) ni vulneración de las reglas de la sana crítica (redactor) en la apreciación efectuada por el Tribunal en relación a la prueba diligenciada en autos.

En tal sentido, indicó la Sala: *“De la prueba técnica tampoco se extrae que el ser portadora de VIH causara la sepsis y falla multi-orgánica que motivó la internación en CTI en 2011 y con ello las lesiones en sus miembros inferiores, que también responden a una malformación preexistente”* (fs. 1018 vto.).

“En cuanto a las circunstancias que han de considerarse a los efectos de cuantificar el daño, atento al prolijo detalle que efectuó la Sra. Jueza a quo (fs. 838/842) corresponde hacer la salvedad de que la parte actora reclamó la indemnización por los daños derivados de: a) la infección con el virus VIH en el decurso de la atención médica durante sus primeros años de vida; b) la demora en el diagnóstico de la enfermedad inoculada; y solamente la primera causa es ratificada enalzada. En el último de los supuestos reclamó exclusivamente la responsabilidad del DD,

imputando a la omisión de la Mutualista la causación del shock séptico y sus derivaciones (fs. 96 vto. y 98 vto.) pero ello no fue comprobado en el grado, que absuelve al DD. Las conclusiones periciales no avalan con certeza suficiente la incidencia del VIH en la causación de la sepsis que determinó la internación ni en las secuelas (cf. compulsas de puntos 12 y 13 fs. 676/677). Por ende, se reitera que dicho factor y sus consecuencias (amputaciones, pie equino, anquilosis de dedos de los pies) no habrán de ser considerados en la determinación de la existencia ni quantum indemnizatorio de ninguna especie de daño” (fs. 1019).

Por lo demás, cabe remitir a la lectura del fundado informe pericial, especialmente de los puntos 12 y 13 de la pericia (fs. 676/677), así como a las aclaraciones de los peritos en audiencia (fs. 703), que otorgan debido sustento probatorio a las conclusiones de la Sala.

En definitiva, cabe concluir que tampoco en este punto la valoración probatoria ensayada por el Tribunal vulnera las normas sobre apreciación de la prueba y lejos está de ingresar en las hipótesis de arbitrariedad o absurdo evidente.

F) Reducción del lapso de la asistencia psicológica de HH.

La recurrente se agravó también por la reducción a treinta y seis meses del lapso por el cual se condenó a los demandados al pago de la asistencia psicológica de HH. Dijo que dicha reducción se dispuso sin ningún fundamento y que disponer una reducción de doce meses por considerarlo tan solo “más adecuado” resulta arbitrario y no se condice con la necesidad de asistencia psicológica que requerirá HH, de acuerdo a lo que se desprende de la prueba rendida en autos.

El agravio no es de recibo.

Para fundar la referida reducción, la Sala expresó: “*Se recibirá sí el agravio relativo al lapso establecido, que parece superar levemente la necesidad que emerge comprobada de los propios hechos, experiencia común y también de algunas de las afirmaciones de los peritos en su informe; estimándose más adecuado el tiempo de*

36 meses fijado en el antecedente del Tribunal en sentencia n° 192/2012 in fine” (fs. 1020).

Sin bien el órgano de mérito no consignó pormenorizadamente la motivación que el caso exigía, la exposición hecha no revela, como pretende la impugnante, un proceder arbitrario del Tribunal. La motivación es sucinta pero suficiente para justificar la decisión.

G) Rechazo del lucro cesante futuro.

El último agravio de la actora dice relación con el rechazo del lucro cesante futuro.

Al respecto señaló que el Tribunal se equivoca al desestimar los perjuicios derivados de la sepsis, pues fue la sepsis la que provocó la incapacidad funcional, que fue estimada en el informe pericial en 24%.

Asimismo, sostuvo que no puede negarse la reparación bajo el fundamento de que no se trata de lucro cesante sino de pérdida de chance. Citó la opinión del Prof. Gamarra e indicó que el menor que es lesionado cuando todavía no ingresó al mercado laboral y, por tanto, carece de ingresos al tiempo del accidente, sin duda es víctima de un daño patrimonial en caso de incapacidad (total o parcial), porque se verá reducida (o abolida) su ganancia futura.

Por último, señaló que si el Tribunal no compartía la calificación del daño patrimonial como lucro cesante y estimaba –como lo hizo- que se trata de una pérdida de chance, debió considerar el criterio teleológico de interpretación de la norma procesal constituido por la efectividad de los derechos sustanciales.

Indicó al respecto que en la demanda se sostuvo que “existe un daño patrimonial (lucro cesante) que debe resarcirse aún cuando la víctima carece de ingresos. (...) Hay menoscabo a la capacidad laboral que todavía no ejerce, pero que tendrá que utilizar en la edad útil (...)”. La parte demandada tuvo todas las posibilidades de controvertir y ofrecer prueba sobre este extremo, por lo que se respetó debidamente el derecho de contradicción y prueba.

Por ende, concluyó que en una interpretación lógico-sistemática de la demanda, correspondía acoger el rubro reclamado, lo que no implicaría vulnerar lo establecido en el art. 198 del C.G.P.

Entiende la Corte que, más allá de la correcta calificación del rubro, esto es, si se trata de una hipótesis de lucro cesante futuro, como sostiene la actora, o de un caso de pérdida de chance, como entendió el Tribunal, en cualquier de ambos supuestos corresponde desestimar el motivo de sucumbencia alegado.

En relación al origen del déficit funcional que aqueja a la niña HH, la Sala expresó: *“(...) el amparo del lucro cesante impetrado resulta improcedente ya que la condena a indemnizar cualquier daño requiere cuando menos un mínimo de certeza de su existencia, que no se verifica en el caso. Ha de verse que en el informe pericial se expresa que la infección con VIH no constituye de por sí una secuela sino una enfermedad crónica (punto 11) y habiéndose descartado los perjuicios derivados de la sepsis (puntos 12 y 13) no puede atribuirse incapacidad alguna imputable a los condenados”* (fs. 1021).

Dado que se consideró correcta la valoración probatoria efectuada por la Sala en relación a la imposibilidad de determinar la existencia de nexo causal entre la infección con VIH y la sepsis con falla multi orgánica, de la que se derivaron múltiples secuelas que generaron, a la postre, la incapacidad laboral parcial de HH, se impone partir, entonces, de las conclusiones a las que arribara el Tribunal en relación a dichos puntos.

Es que la incapacidad (definida por la OMS como la limitación funcional que va a imposibilitar parcial o totalmente el ejercicio de las actividades necesarias del ser humano) en reunión celebrada en el año 1978 por la Sociedad Francesa, se la caracterizó concretamente como la repercusión funcional de la lesión o secuela (véase: CRIADO DEL RÍO, Valoración Médico Legal del Daño a la Persona por Responsabilidad Civil, Mapfre Medicina, Madrid, 1994, p.156) y si in folios no se pudo establecer mediante peritación que el daño corporal respondiera al VIH, como

antes se consignó, no es posible relevar repercusión funcional por la causa médica alegada.

Por tanto, atento a que no resultó acreditado que la incapacidad laboral parcial de HH haya tenido por causa el hecho de ser portadora de VIH, no cabe sino rechazar el lucro cesante futuro por ella solicitado.

En suma, de acuerdo a la plataforma fáctica establecida por la Sala, que en el caso no resultó revisada en casación por no haberse infringido las reglas de la valoración de la prueba ni haberse verificado una hipótesis de absurdo evidente, no puede entenderse acreditado el nexo causal entre la conducta ilícita imputable a los demandados y el daño (lucro cesante futuro) reclamado por la actora.

V.- Recurso de casación inter-puesto por el BB.

La Corte en mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Tosi, Martínez y el redactor, habrán de desestimar el recurso de casación interpuesto por el co-demandado BB.

A) Sobre la causa de la infección del VIH.

Sin mayores aclaraciones y sin profundizar, el recurrente sostuvo en su embate (capítulo II.B) que no quedó acreditada con grado de certeza absoluta el origen de la infección con VIH. Al respecto, expresó que el Tribunal, invocando la sana crítica, arriba a una conclusión que, en teoría, con un grado de certeza técnica absoluta podría ser viable.

El agravio se rechazará de plano, en razón de no cumplir con las exigencias impuestas por el art. 273 del C.G.P. Resulta claramente insuficiente, en tanto la impugnante no menciona concretamente cuál sería la regla de Derecho infringida, ni denuncia la existencia de arbitrariedad en la valoración probatoria del Tribunal, lo

que exime de otros desarrollos, sin perjuicio de consignar que tampoco menciona prueba técnica alguna que avale su postulado.

B) Acerca de la alegada inexistencia de vínculo contractual entre el BB y la menor HH.

Expresó el recurrente que el art. 1342 del Código Civil fue erróneamente aplicado al caso concreto, dada la inexistencia contractual (sic) entre el BB y el damnificado, quien tenía vínculo con su institución de asistencia médica (DD).

Indicó que la sentencia confunde la financiación de un acto médico de medicina altamente especializada con la prestación de asistencia a un paciente, hecho este último que jamás se le puede imputar al BB, dado que no es una Institución de Asistencia Médica (IAMC) ni un Instituto de Medicina Altamente Especializado (IMAE), por lo que, en definitiva, el BB no interviene en la realización de ninguno de los actos médicos, ni tiene vínculo contractual alguno con los pacientes de las IAMC o los IMAE.

Sobre el extremo, la Corte en mayoría rechazará el agravio por compartir el abordaje y encuadre jurídicos efectuados por la Sala en su fundada sentencia.

Cabe recordar que en doctrina se han sostenido diversas posiciones acerca de la relación existente entre el paciente, las instituciones de asistencia médica colectiva (IAMC), los institutos de medicina altamente especializada (IMAE) y el BB.

El Tribunal realiza un prolijo análisis de tales opiniones y remite a un pronunciamiento anterior de la misma Sala (No. 192/2012), en el que a su vez se cita una fundada Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1º (No. 174/2011).

En la Sentencia referida No. 192/2012 se indicó respecto a la temática en examen: *“Entiende el Tribunal que a partir de la Ley N° 16.243 los pacientes revisten la calidad de acreedores contractuales del BB y a través de éste, se convierten en acreedores extracontractuales de los IMAE como auxiliares de aquél (en el caso,*

IMAE-EE). El punto ha sido tratado por los Profs. Jorge Gamarra ('Responsabilidad Civil Médica', Ed. FCU, Montevideo, mayo de 2001, Tomo 2, pág. 180) y Jaime Berdaguer ('Situación de los IMAE respecto a las IAMC y respecto a los entes públicos', en ADCU, Tomo XXXII, págs. 885/893, especialmente págs. 890/892) comentándose la obligación legal que los IMAE asumen frente a los pacientes derivados del BB, provenientes de Mutualistas (IAMC). Sobre el opinable tema, la Sala comparte la postura seguida por la Homóloga de 1er. Turno en sentencia n° 174/2011, donde consignó: 'Sin desconocer que se trata de un punto debatido, el Tribunal adhiere a la posición que interpreta la relación entre el paciente, las instituciones de asistencia médica colectiva, los institutos de medicina altamente especializada y el BB siguiendo los lineamientos de los Dres. Vera y Ceretta ('Estudio del contrato de asistencia médica privada colectiva. Contenido obligatorio. Naturaleza. Caracteres' en A.D.C.U. tomo XXIX p.703). De ese modo, se postula una relación entre el paciente y el BB, que está legalmente obligado a prestar la asistencia que prevé la reglamentación respectiva y, para hacerlo, se sirve de ciertos institutos de medicina altamente especializada, que han de verse como sus auxiliares en los términos del Código Civil art. 1555. Vale decir que la Sala no comparte la tesis de la demanda, que entiende que quien está obligada a la prestación es la institución de asistencia médica y que se sirve para ello de institutos especializados, que serían auxiliares suyos, según tesis sostenida por las Prof. Szafir y Venturini y por el Magistrado Alonso de Marco (Szafir, D.- Venturini, B. Responsabilidad civil de los médicos y de los centros asistenciales, p. 62; Alonso de Marco, 'La responsabilidad civil médica y los IMAES' en L.J.U. tomo 116, p. 93). Tampoco se comparte la idea de que el obligado directo es el instituto de medicina altamente especializado (Abellá, H. 'Institutos de medicina altamente especializada (decreto-ley 14.897) analizados en función de la responsabilidad civil que eventualmente puedan generar' en A.D.C.U. tomo XVIII p.311; Gamarra, J. En Responsabilidad Civil Médica tomo 2, p. 166-180). Tales interpretaciones no tienen en cuenta que quien contrata y paga los servicios que esos institutos prestan a los pacientes que los eligen, no es la mutualista sino el BB, al cual aquellos aportan una suma mensual junto con su cuota mutual. En todo caso, el Prof. Jaime Berdaguer ha sostenido que son igualmente deudores el BB como el respectivo IMAE que pueden ser condenados en forma solidaria (Berdaguer, J. 'Situación de los IMAE respecto de las IAMC (instituciones de asistencia médica colectiva) y respecto de

los entes públicos' en A.D.C.U. tomo XXXII p. 885). En ese contexto, cabe concluir que hay prestaciones de salud a cargo de las instituciones médicas colectivas pero hay otras que son de cargo del sistema BB y, si se trata de uno de estos últimos supuestos, la obligación recae sobre dicha persona pública no estatal y ésta debe responder en régimen de responsabilidad contractual por la conducta de los institutos especializados de los que se sirve como auxiliares. Por lo que el paciente –o sus sucesores- tendrían acción para exigir responsabilidad contractual al BB y, eventualmente, para demandar al instituto que intervino –en el caso, XY.- en régimen de responsabilidad aquiliana. Obviamente, si quien acciona no es el paciente sino un allegado y lo hace por daño propio, siempre se juzgará según las reglas de la responsabilidad extracontractual”.

Los Sres. Ministros Dres. Tosi, Martínez y el redactor adhieren a la opinión que sustenta el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno y que, en doctrina, han desarrollado los Dres. Vera y Ceretta (Vera Izeta, José Luis y Ceretta Castelo, Héctor D., “Estudio del contrato de asistencia médica privada colectiva. Contenido obligacional. Naturaleza. Caracteres”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XXIX, p. 581/601). De acuerdo con este criterio, en materia de medicina altamente especializada el obligado principal es el BB, quien, para cumplir con las prestaciones legalmente impuestas a su cargo, se vale de los IMAE. Entonces, el paciente es acreedor contractual del BB y extracontractual del IMAE, que actúa como “auxiliar” del BB.

En la especie, entonces, el BB estaba obligado contractualmente frente a la paciente HH en el marco de las intervenciones quirúrgicas que se le practicaron a esta en sus primeros meses de vida en el ÑÑ, instituto que, a dicha fecha, ya tenía la categoría de IMAE.

Entre las obligaciones que gravaban al BB, como deudor contractual, cabe incluir, sin atisbo de duda, la obligación de mantener indemne al paciente (cfme. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 1.077/2019, entre muchas otras).

Oportunamente, se analizará si ha existido en el caso incumplimiento de dicha obligación y si cabe responsabilizar al BB por tal incumplimiento.

C) Respecto al agravio según el cual no sería posible responsabilizar al BB en tanto quien sería su auxiliar (el ÑÑ) fue absuelto por haber actuado sin culpa.

Adujo el recurrente que en el caso no puede ser aplicado el art. 1555 C.C., dado que el ÑÑ, quien sería su auxiliar según la postura que asume el Tribunal, fue absuelto (por ausencia de culpa), extremo sobre el que se ha configurado la cosa juzgada.

Sostuvo que no surge probado que el ÑÑ incurriera en mala praxis médica o haya actuado en forma culposa. De la prueba diligenciada surge que quienes intervinieron en la realización de la cirugía cardíaca (que luego el BB se limitó exclusivamente a pagar), actuaron con toda la diligencia de un buen padre de familia (art. 1324 C.C.), ya que, ante una emergencia médica, se logró salvar la vida de la niña.

Manifestó, entonces, que resulta inaplicable el art. 1555 C.C., dado que no resulta de autos incumplimiento de las obligaciones que surgen de la tarea asistencial que el BB financia. Dado que la transfusión es un hecho distinto, que tiene como titular del servicio al Banco de Sangre, no debería ser responsabilizado el financiador de la cirugía con dicha obligación principal o de resultado.

Corresponde aclarar que la Sala no condenó al BB en el entendido de que su auxiliar, el ÑÑ, haya actuado con culpa, sino por *“incumplimiento de la obligación contractual de resultado ante la paciente, y como garante objetivo de los hechos de su auxiliar ÑÑ y vínculos de éste con la guardiana de la sangre [CB.] y EE”* (fs. 1016 vto.).

En tal sentido, al analizar la responsabilidad del BB, expresó la Sala: *“(...) inicialmente, el BB se encuentra legitimado pasivamente para el accionamiento de la damnificada directa en el marco de la responsabilidad contractual, siendo también teóricamente pasible de responsabilidad el respectivo IMAE auxiliar (art. 1555 del Código Civil) -en el caso, el ÑÑ– según surge a fs. 155 y sigs. -en régimen de responsabilidad extracontractual-. Cabe destacar que aunque el ÑÑ fue demandado, fue absuelto en primera instancia y sobre ello no medió apelación de la parte actora (sorprendentemente) ni de ningún otro litigante; de modo que su figura únicamente se menciona en el grado a título teórico, y particularmente, al examinar la responsabilidad del banco de sangre que convocó”* (fs. 1010 vto./1011).

“El BB responderá ante la paciente tanto por el incumplimiento (ilícito contractual) derivado de su conducta (hecho propio contractual art. 1342 del Código Civil) como por el hecho de su auxiliar ÑÑ que redunde en igual resultado (art. 1555 ejusdem, responsabilidad objetiva por hecho ajeno y de naturaleza contractual; Cf. Gamarra, J. ‘Resp. Civil Médica’, Tomo 2, Ed. FCU, Montevideo, mayo de 2001, págs. 134 y sigs., 158)” (fs. 1011).

“La particularidad del caso radica en la multiplicidad de vinculaciones existentes entre los co-demandados, surgiendo de obrados que, a su vez, el ÑÑ no cuenta con un Banco de Sangre propio o servicio de Hemoterapia (fs. 43 y 480/489) sino que en virtud de la contratación con el EE (fs. 231 y sigs) solicitó los volúmenes a esa entidad, que se encargaba de proveer los mismos en virtud del acuerdo de partes (fs. 43 vto). Según se extrae del documento reseñado, el ÑÑ se encargaba de la operación, por lo cual no puede atribuírsele la guarda de la sangre y solo es responsable por el acto médico ejecutado por sus dependientes. Contrariamente a lo relevado por la Sra. Juez a quo, emerge de autos que el EE (co-demandado por vía extracontractual por todos los actores) no era el titular de la atención de los servicios de hemoterapia del hospital, sino que directamente ello era competencia de CB (cf. fs. 325 y sigs.) quien arrendó la locación e instrumentos al hospital para encargarse de todo lo inherente a los servicios de tal índole del nosocomio (cláusula segunda) siendo a la fecha de los eventos el titular habilitado del servicio (Informe

del CC a fs. 474/489). (...) Tal circunstancia determina que la guarda sea imputable a CB (quien no fuera demandada ni citada en autos)” (fs. 1011 vto.)

“(...) pese a no existir certeza absoluta desde el punto de vista científico, en el plano jurídico, descartada con seguridad la posibilidad de contagio sexual o materno-filial, siendo menos relevante la del manejo de jeringas infectadas (sobre el cual nada se probó) res ipsa loquitur mediante resulta viable concluir, con un grado de certeza razonable, que la menor recibió el virus de VIH en sus primeros meses de vida, a través de las transfusiones efectuadas a causa de las operaciones realizadas en el ÑÑ, de alguno de los 7 donantes no descartados con posterioridad.

Esa conclusión permite tener por configurado el factor de atribución de responsabilidad que hubiera podido atribuirse a CB o sus sucesoras, en calidad de guardián de la mayor cantidad de sangre no despistada que fue transfundida; máxime si se tiene en presente que no emerge de autos prueba que permita desvirtuar la presunción de culpabilidad (¿y nexos?) que le gravaba.

A su vez, tal conclusión habilita a exonerar, en este aspecto, al CC como proveedor directo.

Ahora bien, toma cuerpo entonces la responsabilidad del BB por incumplimiento de la obligación contractual de resultado, no alcanzado merced a la responsabilidad de su auxiliar el ÑÑ por hecho ajeno, proveniente de la guardiana CB.” (fs. 1013 y vto.).

“Como ya se señaló, el ÑÑ no respondería en este juicio por hecho propio en el régimen extracontractual (por hecho de las cosas) puesto que no era el guardián. Tampoco respondería en un eventual supuesto de responsabilidad extracontractual por hecho del dependiente, en tanto que, aún cuando pudiera estimarse que, en mérito a su vinculación contractual, el EE es dependiente de aquél, el régimen de responsabilidad extracontractual no lo permite, porque el ÑÑ mal podría incurrir en

culpa o presumirse la misma siendo que no era guardián ni contratante de la sociedad comercial guardiana, lo que enervaría el supuesto de hecho que dispararía la responsabilidad objetiva del empleador.

En relación con la exclusión del BB, como ya se desprende de anteriores desarrollos, habrá de revocarse la sentencia apelada y condenársele por incumplimiento de la obligación contractual de resultado ante la paciente, y como garante objetivo de los hechos de su auxiliar ÑÑ y vínculos de éste con la guardiana de la sangre y EE, en el marco de responsabilidad extracontractual con respecto a los demás actores que resulten beneficiados de condena.

Cabe destacar que al evacuar el traslado de demanda, el BB no alegó la eximente de causa extraña no imputable y resultó acreditado que la obligación de resultado fue incumplida durante el periodo en que la paciente estuvo bajo la asistencia contratada con el BB; todo lo cual conduce a su responsabilidad” (fs. 1016 y vto.).

De las precedentes transcripciones, extensas pero necesarias para comprender el fundamento por el cual la Sala estima que el BB es responsable, emerge que el Tribunal condenó al BB como garante por la responsabilidad en la que incurrió su auxiliar ÑÑ (art. 1555 C.C.), pero no por entender que éste actuó con culpa en su obrar, sino porque consideró que el ÑÑ debería (hipotéticamente) responder, también como garante, por el hecho de las personas de las cuales se sirvió, en concreto, el EE y CB., que era la guardiana de la sangre contaminada, que fue transmitida a HH.

Se trataría, entonces, de una especie de “responsabilidad en cadena”, pese a que la Sala no haya utilizado tal terminología: el BB responde por el hecho de su auxiliar (ÑÑ); a su vez, el ÑÑ responde por el hecho de sus auxiliares (EE y/o CB.); entonces, el BB responde en definitiva por el hecho de estos últimos.

D) Planteo del BB relativo a que el EE no tiene calidad de auxiliar, por no existir entre ellos un vínculo contractual.

Sostuvo, por otro lado, el recurrente que se equivoca el ad quem cuando interpreta que el EE es auxiliar del BB, así como también cuando imputa responsabilidad a este último por un resultado defectuoso en el desempeño de una actividad realizada en las instalaciones del EE y, por tanto, absolutamente ajena al BB.

Reiteró que el BB únicamente se limita a financiar el acto realizado por el IMAE elegido por el paciente, no teniendo a su cargo la provisión, control, suministro ni manejo de los volúmenes de sangre que eventualmente sean requeridos.

Insistió en que el ÑÑ tenía un contrato con el EE y éste a su vez con el banco de sangre. En ninguno de estos contratos el BB era parte ni tenía conocimiento de los mismos, justamente por el carácter de exclusivo financiador de la asistencia médica y no prestador de servicios asistenciales.

Como se dijo, el Tribunal responsabiliza al BB a partir de una especie de “responsabilidad en cadena” (terminología no empleada por la Sala). La concatenación argumental del ad quem sería la siguiente: i) el BB responde por el hecho del auxiliar del cual se vale para cumplir su obligación (art. 1555 C.C.), en el caso, el ÑÑ; ii) a su vez, el ÑÑ responde por el hecho de los auxiliares que proveen la sangre para las transfusiones (art. 1555 C.C.), en la especie, el EE y/o CB.; iii) en consecuencia, el BB debe responder, por vía indirecta, por el hecho de los auxiliares de su auxiliar.

El impugnante discrepa con este criterio, por cuanto entiende que el EE no es auxiliar del BB, dado que no existe relación contractual entre ellos, por lo que concluye que no puede responsabilizarse al BB por el hecho o culpa del EE.

No le asiste razón al recurrente.

En relación al concepto de “auxiliar”, previsto en el art. 1555 del Código Civil, enseña Gamarra: *“La noción de auxiliar es amplia; en la categoría cabe cualquier tercero cuya cooperación sea requerida por el deudor en el cumplimiento de la obligación”* (Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVII, FCU, Montevideo, 1999, p. 228). Y añade: *“Son auxiliares los empleados, obreros, dependientes, porteros, sirvientes, aprendices. Pero no se requiere necesariamente una relación de dependencia o subordinación, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad extracontractual (art. 1324); también son auxiliares los empresarios autónomos, los subcontratistas (...).El concepto amplio de auxiliares comprende tanto al sustituto (encargado del cumplimiento total de la prestación en forma independiente o autónoma) y al ayudante (o auxiliar en sentido estricto), que*

coopera de diferentes maneras, sin reemplazar al deudor” (Gamarra, Jorge, ibídem, p. 229).

En la misma línea, Szafir y Venturini señalan: *“El auxiliar es cualquier tercero cuya cooperación sea requerida o de cuya actividad se sirva de cualquier manera el deudor, a efectos de obtener el cumplimiento de la prestación, y así satisfacer el interés del acreedor” (Szafir, Dora y Venturini, ibídem, p. 59).*

De acuerdo con este concepto amplio de “auxiliar”, los Ministros que conforman la mayoría en este punto, Dres. Martínez, Tosi y el redactor, entienden que el EE puede ser considerado, en el caso, como un auxiliar del BB, desde que este se sirvió de la actividad de aquel (transfusión de sangre) en el marco del cumplimiento de su prestación (intervenciones quirúrgicas de la paciente, ejecutadas a través del ÑÑ).

En otros términos, el EE (o CB., que a los efectos del caso es lo mismo, porque no es dable oponer al paciente las relaciones contractuales que pudieran existir para proveer el servicio de transfusión de sangre, como bien lo señala la Sala al analizar la responsabilidad del EE), cooperó con el deudor BB en el cumplimiento de la prestación. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el art. 1555 del Código Civil, el BB, en su carácter de deudor, debe responder frente al acreedor por el hecho o culpa de su auxiliar (EE).

E) Agravio por desestimar la causa extraña no imputable (hecho del tercero, irresistible e imprevisible) que excluiría la responsabilidad del BB.

Por otra parte, señaló el recurrente que en el hipotético caso de ser imputado con ese grado de responsabilidad (contractual), el hecho revestiría las notas de irresistible e imprevisible y encuadraría en las eximentes de responsabilidad contractual adjudicada, máxime si el ÑÑ, quien recibe la financiación del BB por el acto médico que realiza, fue absuelto en primera instancia.

Apuntó que la eximente de responsabilidad aquí mencionada no fue invocada al contestar la demanda pues, al sostener la ausencia de vinculación contractual entre

el BB y la actora, no correspondía alegar la eximente de responsabilidad contractual.

Adujo que el daño no proviene del incumplimiento del BB o de su dependiente o auxiliar de cumplimiento, sino de la conducta del banco de sangre que provee la misma, la transfusión, la controla, lo que es considerado por la doctrina y jurisprudencia como un hecho diferente al acto médico (la cirugía en estos autos), hecho que se posiciona fuera de la prestación asistencial que se le reprochó oportunamente al ÑÑ y al BB por su financiación.

Tampoco este agravio puede ser recibido.

En base al análisis realizado en el apartado anterior, conforme con el cual cabe considerar que el EE fue un auxiliar de cumplimiento de la prestación asumida por el BB, es claro que éste no puede invocar que el hecho o culpa de su auxiliar constituye una hipótesis de causa extraña no imputable.

Tal como enseña Gamarra, la norma en estudio (art. 1555 del Código Civil) se descompone en: a) la previsión de un supuesto de hecho: el deudor recurre a auxiliares o sustitutos para realizar la prestación debida; b) una disposición o consecuencia jurídica: el incumplimiento debido a hecho o culpa del auxiliar o sustituto es imputable al deudor. Y añade: *“(...) el deudor puede exonerarse de responsabilidad alegando la imposibilidad de la prestación (art. 1549), pero no se exime cuando el incumplimiento está causado por la culpa del colaborador que llamó en su ayuda (art. 1555). Aunque no haya culpa de su parte (esto es, aunque nada pueda reprochársele al deudor, ni en la elección ni en la vigilancia del auxiliar) igual responde si la culpa de éste determina el incumplimiento”* (Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVII, Montevideo, FCU, 1976, p. 229/230).

A su vez, debe aclararse, conforme interpreta el propio Gamarra y lo suscriben también Szafir y Venturini, que el deudor responde no solamente en casos de obrar con culpa del auxiliar, sino también cuando éste incurre en hecho inculpable que genera responsabilidad, como ser el caso de las obligaciones de resultado (véase al respecto: Gamarra, Jorge, *ibídem*, p. 236, 237; Szafir, Dora y Venturini, Beatriz, *ibídem*, p. 60, 61; Sentencia del TAC 1º No. 163/2018).

Y bien. En la especie, ha quedado firme la conclusión a la que arribaran los órganos de mérito respecto a la existencia de hecho ilícito por parte del EE, en la transfusión de la sangre contaminada a HH.

En efecto, el referido co-demandado no impugnó la sentencia del Tribunal, que ratificara a su respecto la condena impuesta en primera instancia.

A su vez, tampoco el BB ha sostenido en su recurso que en el caso no haya existido hecho ilícito del EE con incidencia causal en la transfusión de la sangre contaminada.

De este modo, tomando como base la existencia de un hecho ilícito del EE generador de responsabilidad y, teniendo en cuenta lo expresado acerca de su calidad de auxiliar del BB en el marco de la prestación a su cargo, cabe responsabilizar a este último por el hecho ilícito de aquel (art. 1555 C.C.).

F) Respecto a la condena en forma solidaria.

El último planteo del recurrente que debe ser analizado es el relativo a la forma en que deben responder los dos sujetos condenados (BB y EE).

Sobre el punto, expresó que el EE no tiene relación alguna con el BB, por lo que el ad quem incurre en error *in iudicando*, al imponer una condena solidaria a dos condenados que carecen de vinculación entre ellos.

Dijo que carece de fundamentación la condena en forma solidaria establecida por el Tribunal, condena que está fuera de toda lógica y contexto normativo, no siendo de aplicación los preceptos del art. 1331 del Código Civil.

Tampoco en este punto le asiste razón en el planteo.

En hipótesis de responsabilidad por hecho del auxiliar, corresponde condenar en forma solidaria al deudor principal y a su auxiliar.

El punto también ha sido abordado en una reciente sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno en estos términos: *“Como sostienen los Profesores Carnelli y Simón, corresponde distinguir la situación de la responsabilidad contractual del empleador por el daño causado por su auxiliar (art.*

1555 Civil) y la responsabilidad extracontractual del empleador por el daño causado por su dependiente (art. 1324 C.C. inc. 1 y 5 y 1326 C.C.). La responsabilidad del empleador resulta ser garante del auxiliar y del dependiente. En ambas situaciones –responsabilidad contractual o extracontractual– existe coincidencia en que se está en presencia de dos responsables a indemnizar a la víctima: a) el responsable directo: el auxiliar o el dependiente por el hecho dañoso que causó; b) el responsable indirecto: el empleador, que no causó el daño, pero al que la ley lo erige como garantía del primero (...) consecuentemente la víctima tiene ante sí a dos responsables solidarios: el empleador por ser garante y el auxiliar o dependiente por haber causado el perjuicio. De ello resulta que cualquiera de ellos es responsable a indemnizar, a quien padece el daño, la totalidad de su valor. La víctima, -o sus causahabientes, como en el caso- entonces, puede (pueden) accionar, demandando indemnización, contra uno, contra el otro o contra ambos simultáneamente. Esa solidaridad legal en la responsabilidad resulta, según Gamarra, de la pluralidad de sujetos que responden (el empleador por ser garante y el auxiliar o dependiente causante del daño), de la unidad de causa genérica, es decir, se origina la responsabilidad en el mismo daño, de su mismo contenido y de su conexión funcional porque persigue el mismo efecto cual es reparar el daño que padece la víctima. (A.D.C.U. tomo 40, Luis María Simón y Santiago Carnelli, ‘Consecuencias procesales de la responsabilidad solidaria del empleador con su auxiliar y con su dependiente y del guardián con el tenedor ‘no guardián’, pág. 989/998)” (Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7mo. Turno No. 23/2019).

También en recientes pronunciamientos el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno participan de la opinión según la cual responden solidariamente el deudor y el auxiliar al que aquel recurre para el cumplimiento de la obligación (Cfme. Sentencia del TAC 2º No. 70/2019 y del TAC 1º No. 163/2018).

Compartiendo la posición doctrinaria y jurisprudencial que viene de referirse, la Corte en mayoría considera que corresponde desestimar el planteo del impugnante.

La responsabilidad del BB como deudor principal y del EE como auxiliar es de carácter solidario.

VI.- La correcta conducta procesal de las partes determina que las costas y los costos del presente grado se distribuyan en el orden causado (art. 688 del C.C. y arts. 56.1 y 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y, en atención a lo establecido en los artículos 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

POR UNANIMIDAD, AMPÁRASE EN PARTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA ÚNICAMENTE EN CUANTO DESESTIMÓ LA DEMANDA RESPECTO A LOS ABUELOS Y TÍO DE LA MENOR ACTORA. EN SU LUGAR, MANTIÉNESE EN EL PUNTO LA CONDENA DISPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA. ASIMISMO, EN MAYORÍA, DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL CO-DEMANDADO BB.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

FÍJANSE LOS HONORARIOS FICTOS EN 20 B.P.C.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DRA. ELENA MARTÍNEZ

MINISTRA DE LA SUPREMA

DR. LUIS TOSI BOERI

MINISTRO DE LA SUPREMA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE

MINISTRO DE LA SUPREMA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

PRFSIDENTE DE LA SUPREMA

DR. EDUARDO TURELL

MINISTRO DE LA SUPREMA

LOS SRES. MINISTROS DRES. BERNADETTE MINVIELLE Y EDUARDO TURELL DISCORDAN PARCIALMENTE: POR CUANTO ACOGEMOS EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL BB Y, EN SU MÉRITO, ANULAMOS LA CONDENA DISPUESTA EN SEGUNDA INSTANCIA A SU RESPECTO.

En primer lugar, corresponde señalar que la Comisión Honoraria Administradora de dicha entidad paraestatal por imperativo legal (Ley No. 16.343 y Decreto Reglamentario No. 358/93) tiene por cometido administrar el fondo creado por ingresos provenientes de la cuota parte que cobran las mutualistas en la cuota social, de lo que vierte el Estado, y de un gravamen sobre el producido de juegos de azar, a fin de cubrir determinados actos médicos altamente especializados a los que, de otra manera, el grueso de la población no tendría acceso.

El BB no es un prestador de servicios asistenciales, sino administrador de ingresos destinados a cubrir actos médicos desarrollados por las instituciones de medicina altamente especializadas.

La función a cargo de la Comisión Honoraria Administradora encarta en la definición de administración, “en general, acción y efecto de cuidar de un bien o realizar la gerencia de un patrimonio, público o privado, con el fin de asegurar la normal productividad de los mismos” (COUTURE, Eduardo J.: “Vocabulario jurídico”, Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 332).

Véase que, según la normativa que la regula, la Comisión Honoraria Administradora fijará el monto y forma de actualización de los aportes (art. 3 inc. 4 de la Ley No. 16.343) determinará las afecciones y técnicas que estarán cubiertas por el BB y para la inclusión de nuevas afecciones e introducción de otras técnicas se requerirá

el asesoramiento de la Comisión Técnica Asesora que se crea por el artículo 10 de la Ley, y es a ella quien corresponde autorizar los gastos necesarios a los efectos de llevar a cabo los objetos del BB (art. 5 **eiusdem**).

Por tal motivo, es a la Comisión Honoraria a quien corresponde informar sobre los costos de las intervenciones a efectos de que pueda convenirse sobre ellos entre los CC y CD con los Institutos de Medicina Altamente Especializada (art. 7 de la Ley No. 16.343 en la redacción dada por el art. 304 de la Ley No. 17.930).

Por lo tanto, es a dicha Comisión a quien corresponde previa habilitación por parte del CC, autorizar los actos -de entenderlo conveniente la creación de Institutos de Medicina Altamente Especializada- aportando la cobertura establecida previamente de las intervenciones por éstos realizados dentro del sistema.

Del mismo modo y, por razones fundadas, podrá disponer la suspensión o el retiro de la cobertura financiera que el BB otorga, para el caso que algún Instituto de Medicina Altamente Especializada incumpliera con las obligaciones contraídas con ese BB” (art. 7 del Decreto No. 358/93 reglamentario de la Ley No. 16.343).

Las instituciones que se relacionen financieramente con el BB deberán poseer sistemas de información contable adecuados a las respectivas disposiciones vigentes y suministrar toda la documentación que requiera la Comisión Administradora (art. 8 de la Ley No. 16.343).

A riesgo de ser reiterativos, obsérvese que fijará el monto y forma de actualización de los aportes, determina las afecciones y técnicas que están cubiertas por el BB, autoriza los gastos necesarios a los efectos de llevar a cabo los objetos del BB, informa sobre costos de intervenciones, y controla financieramente a las instituciones que se relacionan con ella, lo que constituye claramente una actividad administrativa de gestión de recursos.

También debe categorizarse dentro de la actividad administrativa la suspensión o el retiro de la cobertura financiera que el BB otorga, desde que es propio de dicha actividad controlar el cumplimiento de las obligaciones que el instituto asume.

Paralelamente no se encuentra dentro de la normativa en análisis respecto del BB, y fuera de la cobertura de costos, alguna imposición a prestar servicio de asistencia.

Por lo tanto, es claro que el BB no guarda relación de parte material con la efectividad de derechos y obligaciones que se controvierten en autos (Cf. Sentencia No. 102/2004 del T.A.C. 4º).

En igual sentido, el TAC 3º -con integración de uno de nosotros- sobre la temática, señaló que los IMAE deben considerarse “auxiliares” de las mutualistas, en la medida de que se trata de instituciones a cuyo respecto el prestador de asistencia se sirve conforme a la ley o a un eventual contrato para cumplir con su obligación de fuente contractual o legal (ver ampliamente la Sentencia No. 223/2000 del TAC 3º).

Si el deudor principal era la IAMC, mal puede responsabilizarse al BB quien no era el sujeto obligado a la prestación médica.

Como señalara ALONSO DE MARCO, el inciso 3º del art. 2º de la Ley No. 16.343, que rige la asistencia médica altamente especializada, incorpora una norma sin antecedentes en el Decreto-Ley No. 14.897 que, a mi juicio, decide esta cuestión, al disponer que: “Las Instituciones de Asistencia Médica Colectiva definidas en el art. 6º del Decreto ley 15.181, de 21 de agosto de 1981, deberán asegurar la cobertura de la totalidad de sus afiliados con relación a las afecciones y técnicas incluidas en el BB a través de los mecanismos previstos en la presente ley”.

El pago de los afiliados de una sobrecuota específicamente destinada a la cobertura de asistencia médica altamente especializada –circunstancia que aparenta fundar la desvinculación de la institución de asistencia médica colectiva del tema- resulta ser, en este contexto, sólo un recurso contable dirigido a identificar la contribución a hacerse por la sociedad médica al BB para cubrir la asistencia a sus afiliados.

Por otra parte, la forma indirecta o por derivación de su sociedad médica mediante la cual un afiliado a ésta accede a la prestación médica altamente especializada comprueba el criterio afirmativo de la responsabilidad de la sociedad médica (ALONSO DE MARCO, Raúl: “La responsabilidad civil médica y los institutos de medicina altamente especializada”, Revista Jurídica “La Justicia Uruguaya”, Tomo 116, págs. 99 y 100).

En definitiva, como señaláramos, el BB está legalmente obligado a dar cobertura económica pero no a prestar asistencia en sí misma, por lo que a nuestro juicio no puede extenderse el ámbito de responsabilidad a la actuación médica.

En función de lo expuesto, acogemos el recurso de casación interpuesto por el BB y, en consecuencia, anulamos la condena de segunda instancia a su respecto.

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE

SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA