

## CHILE

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. DEMANDA EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR FALTA DE SERVICIO CONTRA SERVICIO DE SALUD ÑUBLE, FUNDADA EN ERROR DE DIAGNÓSTICO QUE IMPIDIÓ TRATAMIENTO OPORTUNO DE PACIENTE QUE DEVINO EN SU FALLECIMIENTO, RECHAZADA. CASACIÓN DE FONDO INTERPUESTA NO ESTÁ EN POSIBILIDAD DE SER ACOGIDA, ATENDIDO QUE DENUNCIA DE INFRACCIÓN A NORMAS REGULADORAS DE PRUEBA NO SE VERIFICA COMO PARA QUE PUEDAN ALTERARSE HECHOS ESTABLECIDOS POR JUECES DEL FONDO. RECURRENTE PROPONE NUEVA PONDERACIÓN DE PRUEBA RENDIDA PARA PROCEDER A REVISIÓN DE HECHOS ASENTADOS POR JUECES DEL GRADO, SITUACIÓN QUE RESULTA AJENA A ARBITRIO DE DERECHO ESTRICTO DEDUCIDO. CASACIÓN DE FONDO IMPORTA REALIZACIÓN DE ESCRUTINIO DE CORRECTA APLICACIÓN DE LEY Y DERECHO, PERO RESPECTO DE HECHOS TAL Y COMO HAN SIDO FIJADOS POR JUECES DEL FONDO.-**

- ÚNICO MODO EN QUE PUEDEN SER REVISADOS HECHOS MEDIANTE CASACIÓN SUSTANTIVA ES MEDIANTE DENUNCIA EFECTIVA Y DEMOSTRACIÓN DE VULNERACIÓN DE NORMAS REGULADORAS DE PRUEBA, SITUACIÓN QUE EN RECURSO DEDUCIDO NO SE VERIFICA.
- SENTENCIA IMPUGNADA HA DESCARTADO INFRACCIÓN A LEX ARTIS MÉDICA EN ATENCIONES A VÍCTIMA, DE MODO QUE FALTA DE SERVICIO ALEGADA NO HA PODIDO SER DETERMINADA EN CONFORMIDAD A ELEMENTOS PROBATORIOS ACOMPAÑADOS A AUTOS. CASACIÓN APARECE CONSTRUIDA CONTRA HECHOS DEL PROCESO ESTABLECIDOS POR JUECES DEL FONDO, Y SE INTENTA VARIARLOS PROPONIENDO OTROS QUE A JUICIO DE RECURRENTE ESTARÍAN ACREDITADOS. FUNDAMENTO DE INFRACCIÓN A NORMAS REGULADORAS DE PRUEBA ESTÁ RADICADO EN INFORME MÉDICO DESFAVORABLE A PRETENSIONES DE ACTOR, Y EN CUYA VIRTUD FALTA DE SERVICIO INVOCADA NO PUEDE ESTABLECERSE POR FALTA DE PRUEBA. PROPÓSITO FINAL DE RECURRENTE ES QUE CORTE SUPREMA EFECTÚE NUEVA PONDERACIÓN DE PRUEBA

RENDIDA EN AUTOS, PARA QUE POR SU INTERMEDIO SE ESTABLEZCA CONCURRENCIA DE FALTA DE SERVICIO. LECTURA DE RECURSO DE CASACIÓN SUSTANTIVO DEJA DE MANIFIESTO QUE VERDADERO REPROCHE DE RECURRENTE CONSISTE EN ERRADA VALORACIÓN DE PRUEBA RENDIDA, PERO SEGÚN SU PROPIA ESTIMACIÓN. CASACIÓN FORMAL DEDUCIDA NO PUEDE SER ACOGIDA, PUES SENTENCIA IMPUGNADA NO ADOLECE DE FALTA DE RESOLUCIÓN DE ASUNTO CONTROVERTIDO Y NO SE HA OMITIDO DILIGENCIA O TRÁMITE ESENCIAL EN AGREGACIÓN DE MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER. SOLICITUD DE INFORME A INSTITUTO MÉDICO LEGAL FUE INCORPORADA A AUTOS EN VIRTUD DE AGREGACIÓN DE DOCUMENTOS COMO MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER, CUYA FINALIDAD FUE PROPORCIONAR INFORMACIÓN TÉCNICA PARA ADECUADA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIA. FALTA DE DECISIÓN DE ASUNTO CONTROVERTIDO DENUNCIADA NO PUEDE SER ACOGIDA, PUESTO QUE RESOLUCIÓN SOBRE TACHAS DE TESTIGOS NO CONSTITUYE OMISIÓN DE CARÁCTER SUSTANCIAL QUE TENGA INCIDENCIA EN ASPECTOS DECISORIOS DE SENTENCIA IMPUGNADA. **CORTE SUPREMA, TERCERA SALA, FALLO: 36.108-2017, FECHA: 11/12/2017.**

## PERU

**DIREITO SANITÁRIO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO.**  
SUMILLA: La empresa demandada no acreditó haber cumplido con el deber garantista de proporcionar los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar del causante cuando ocurrieron los hechos, por lo que constituye un accidente de trabajo. En ese sentido, corresponde a la demandante percibir el pago de la pensión de sobrevivencia que demanda. BASE NORMATIVA: Artículo II del título preliminar de la ley N° 29783- Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo . Decreto supremo N° 005-2012-TR. SÍNTESIS: El caso analizado trata de un trabajador que sufrió de un infarto cardiaco, cuando se encontraba desempeñando labores propias de la pesca dentro de una embarcación, sin que nunca antes haya presentado antecedentes de padecer dicha dolencia. De acuerdo al Decreto Supremo N°005-2012-TR, reglamento de la ley N° 29783, Ley de seguridad y salud en el trabajo, conteniendo la siguiente definición: “Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de ordenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad y aun fuera del lugar y horas de trabajo”. Es de saber que el causante se encontraba realizando sus labores en la embarcación pesquera cumpliendo las órdenes impartidas por su empleador; por lo que en merito al principio de prevención -Artículo I del Título Preliminar de la Ley 29783, la empresa demandada tiene el deber de garantizar, en el centro de trabajo,

el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores. El presente hecho que no ha sido demostrado por la codemandada, motivo por el cual incurre en responsabilidad, por tanto debe asumir las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia del accidente según el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 29783, razones por las que las causales invocadas devienen en Fundadas. **SEGUNDA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, CAS. LABORAL 3591-2016 DEL SANTA.**

## URUGUAI

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO. VISTOS:** Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: “Jaurena, Adnrea c/ Centro de Asistencia Agrupación Médica de Pando. CA.ME.PA. Daños y perjuicios”; IUE 52492/2015, venidos a conocimiento de este tribunal, en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia N° 7/2017, dictada el día 5 de abril de 2017, por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Pando de séptimo turno, Dra. Jennifer Castillo. **RESULTANDO:** 1 – Que por la sentencia impugnada, se desestima la demanda, sin especial condenación. 2 – Contra dicho dispositivo, la parte actora interpone recurso de apelación, formulando los agravios que surgen de su escrito de fs. 1407 y sigtes. Sustanciada la recursiva, la parte demandada evacua el traslado a fs. 1418 y sigtes., abogando por la desestimatoria de los agravios de la contraria. El juzgado a quo, franquea la alzada y recibidos los autos por este Tribunal, se pasa a estudio de las Sras. Ministras. **CONSIDERANDO:** 1 – El Tribunal, de conformidad con el número de voluntades requerido legalmente (art. 61 inc. 2º LOT) y en decisión anticipada (art. 200 del C.G.P.), confirmará la decisión impugnada, por cuanto los agravios no logran conmovier sus sólidos fundamentos, por las razones que se pasan a exponer. 2 – El caso: A fs. 296 y sigtes., comparece la actora promoviendo demanda de responsabilidad médica contra CA.ME.PA. Alega que el día 3 de octubre de 2011, es intervenida quirúrgicamente por el Dr. Olmedo, dependiente de la demandada. A los pocos días comienza a tener un cuadro de dolor y edema abdominal, para lo que se le recetan analgésicos. El día primero de noviembre de 2011, el cuadro evoluciona con fiebre alta y oscurecimiento de la orina, en razón de lo cual Olmedo, telefónicamente, le indica antibióticos. Es nuevamente intervenida en CA.ME.PA. el día 4 de noviembre de 2011, sin que ello remediara de ninguna forma su situación, no obstante fue dada de alta el 25/11, reingresando 3 días después. Ante la falta de especialistas necesarios para atenderla, los directores de CA.ME.PA. resuelven trasladarla al Sanatorio Americano, donde tampoco se le encontró solución a su condición, en razón de lo cual hicieron una consulta a una clínica de Buenos Aires, cuyo informe releva el corte de un conducto biliar, a raíz de mala praxis médica en la intervención realizada por Olmedo. Ello fue corroborado por el Dr. Valiñas del Sanatorio Americano. Se trata de un

error médico que acarrea incumplimiento de la obligación de seguridad asumida por la mutualista. A raíz de la mala praxis cometida por Olmedo, la actora sufre una condición médica delicada con pronóstico grave, en razón de lo cual fue jubilada anticipadamente por incapacidad total. Se trata de secuelas permanentes cuya evolución tiende al empeoramiento, con atrofia de hígado cuyas eventuales consecuencias son imprevisibles. Reclama daño moral por un monto total de US\$ 50.000, lucro cesante por su jubilación anticipada en 2015, estimando que se hubiera jubilado a los 60 años, \$ 4.369.992; pérdida de chance de eventuales y probables renovaciones de su contrato con la OPP por al menos dos períodos más, esto es hasta 2016: \$ 1.110.000, daño emergente por gastos médicos y de transporte, en los que se incluye el viaje a Buenos Aires para consultar en la clínica Austral, \$ 185.334. CA.ME.PA. contesta la demanda, alegando que las obligaciones asumidas por la mutualista y el médico son de medios. La actora comenzó a concurrir a CA.ME.PA., en razón de la condición que motivó su cirugía desde fines de agosto de 2011 y desde que dicha intervención se planteó por Olmedo el 19/09/11, la conducta de la demandada ha sido siempre diligente, tendiendo a realizar el acto médico a la brevedad. Durante dicha preparación, el Dr. Olmedo se entrevistó con la actora a la que le informó del procedimiento, objetivos y complicaciones, firmando la misma el consentimiento informado del que surgen las heridas en canales biliares, por lo que se trata de un riesgo asumido por la actora. La cirugía fue realizada sin complicaciones y evolucionó correctamente hasta que fuera dada de alta. Desde entonces no volvió a consultar hasta el 31/10/11 y el 03/11/11, día en que se realizó la segunda cirugía ante un diagnóstico primario de peritonitis. Reseña las anotaciones de la Historia Clínica, durante las internaciones, tanto en CA.ME.PA. como en el Sanatorio Americano, al cual la derivaron ante su insistencia de realizar otras consultas, no por falta de personal o equipamiento médico suficiente. Idéntica voluntad de diligencia y acompañamiento hacia la actora en su recuperación motivaron que CA.ME.PA. asumiera la cobertura de la consulta médica al Hospital Austral de Bs. As. El resultado dañino del acto médico no fue consecuencia de un actuar culpable del dependiente Dr. Olmedo, sino consecuencia de una variación de la anatomía normal de la actora (desembocadura anormal de los conductos biliares), lo cual resulta corroborado en el informe de resonancia magnética del 26/12/11. Se trataba de un riesgo debidamente informado por Olmedo y aceptado por la actora, debiendo considerarse que en el acto médico interviene un alto grado de álea. A su vez, la trombosis portal izquierda sufrida fue propiciada por una condición preexistente de la propia actora (síndrome antifosfolipídico). Controvierte los daños. 3 - Contra dicho dispositivo, la parte actora deduce recurso de apelación, formulando agravios en los términos explicitados en escrito obrante a fs. 1407 y sigtes., expresando en lo medular que: a) La actora cumplió con su carga de la prueba en tanto la causa de la lesión por el corte de la vía realizado por Olmedo es un hecho evidente y notorio que no requiere prueba. Pese a no conocer la anatomía de la actora hasta la intervención, debió aplicar la debida diligencia para no realizar el corte de la vía biliar, lo cual no hizo;

b) El propio Dr. Olmedo declara no haberse percatado de la lesión ni de las variaciones del perículo hepático durante la operación, lo cual resulta imperito, debido a que como cirujano debió tener en consideración las posibles variaciones anatómicas del paciente. Las valoraciones del perito Dr. Canessa respecto a confusión o error humano no son aceptables para un cirujano con experiencia que tiene la obligación de tener sólidos conocimientos anatómicos. Acreditada dicha culpa, la responsabilidad de CA.ME.PA., es objetiva; c) Incumplió a su vez la obligación de seguridad de la IAMC, ésta sí de resultado y consistente en no agregar una nueva dolencia al paciente. Ante el incumplimiento de la misma sólo podrá librarse de responsabilidad probando una causa extraña no imputable y la anatomía anómala de la actora no sirve como tal; d) El nexa causal entre los daños sufridos y el actuar imperito de Olmedo resulta acreditado; e) La a quo, realiza una incorrecta valoración de la prueba pericial, en tanto el informe del Dr. Taruselli no morigeró en lo más mínimo la culpa de Olmedo, sino que reseña que una vez ocurrida la lesión, la misma es de difícil diagnóstico. Por otra parte, el Dr. Canessa parece no tomar en cuenta que la lesión ocurrió y que algo la causó y ello fue la inadvertencia del cirujano, confesada por éste. Ambos peritos parecen imputar la culpa de dicha lesión a la propia anatomía de la actora, mientras que es el cirujano el que debe asumir el riesgo de levantar el peritoneo para observar directamente las vías biliares del paciente. La a quo en razón de valorar la prueba conforme a la sana crítica debió eschazar las conclusiones de dichos informes.

4 – El análisis de la prueba relevante para la resolución del caso.

4.1 - En primer término se analizará la prueba pericial, de importancia fundamental en los juicios en los que se decide la atribución de responsabilidad por culpa de los facultativos. Devis Echandía define a la pericia como “una actividad procesal desarrollada en virtud del encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos o científicos mediante el cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento, respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes” (Devis Echandía. Teoría general de la prueba pericial. T. 2, pag. 287). En autos se realizaron dos pericias, con las garantías del debido proceso, que naturalmente han de ser valoradas, como toda prueba pero con los límites previstos en el art. 184 del C.G.P., a saber, la del Dr. Taruselli de fs. 1193 y sigtes. y 1252 y la del Dr. Canessa, a fs. 1235 y sigtes. y 1255. Afirma el primero de los peritos que la estenosis biliar pudo ser por ligadura con hilo o quemadura con bisturí y que no hay consenso a nivel mundial y muchas veces queda a juicio del cirujano actuante si corresponde levantar el peritoneo, para realizar la observación de la anatomía, porque ello puede ser riesgoso por el sangrado. El Dr. Taruselli, en su informe analiza la Historia Clínica y formula las aclaraciones pertinentes. No obstante, es la pericia del Dr. Canessa, la que formula conclusiones. Afirma que durante la intervención quirúrgica practicada con fecha 4 de octubre de 2011, se produjo una lesión de la vía biliar. Se realiza un estudio de imagen del árbol biliar realizado en el postoperatorio (el 26.12.2011), del

que surge que: “Probablemente corresponde a una lesión postquirúrgica en una variante anatómica (quizás en un ducto que drenaba en la vesícula u otra variante)”. El perito Canessa sostiene que ello avala la presencia de una variación anatómica no advertida durante la cirugía. Dicha variación anatómica de la vía biliar aumenta la probabilidad de lesionarla, e incluso “puede considerarse una forma inevitable de error humano” ya que “ésta en una circunstancia aleatoria e imprevisible”. Este médico -cirujano general, Profesor Grado 5 de la UDELAR, al que no se le formuló ninguna pregunta en audiencia-, en su pericia afirmó que asumiendo que se produjo una lesión de la vía biliar (fs. 1238) “no se infiere una conducta imperita, imprudencia o negligente”. Claro que esta valoración realizada por el perito no corresponde a su conocimiento porque se trata de una conclusión jurídica, pero lo que sí importa es que la lesión de los conductos biliares es un riesgo específico de la colecistectomía, lo que fue informado además a la paciente, tal como se desprende del consentimiento informado de fs. 333. 4.2 – Se diligencia asimismo prueba testimonial: Así el Dr. Valiñas –médico cirujano- quien conoce a la paciente, en mérito a una interconsulta de CA.ME.PA., con quien no tiene vinculación (fs. 1213), relata que una vez seguida por el equipo de CA.ME.PA., en tanto la evolución postoperatoria no era la esperable, es derivada a dicha interconsulta. Se constata fuga biliar, pero se descarta que dicha fuga sea por lesión en la vía biliar principal. Ello se realizó en dos oportunidades (en la IAMC y en el Sanatorio Americano a través de sendos CER). Descartada dicha lesión, se presume entonces que podía tener una lesión en un canículo biliar accesorio, que muchas veces no son detectados en la valoración preoperatoria inicial y son generalmente variantes anatómicas de la vía biliar principal. Se planteó así que se estaba ante una variante anatómica de canalículos segmentarios en situación extrahepáticos. La lesión de estos canalículos no se puede constatar porque están desconectados de la vía biliar principal. El tratamiento en agudo es solamente el drenaje durante la internación. Durante este tratamiento, la paciente hace una complicación no frecuente, trombosis de la vena porta izquierda. Las razones de la trombosis son inherentes a un factor protrombótico que fue descartado, entonces la causa se produce porque la colesión del bilioma estuvo en contacto con el árbol portal. No respondió al tratamiento y quedó con una trombosis secuelar, observándose atrofia de los lóbulos hepáticos que fueron accidentalmente seccionados. Se le recomienda para darle tranquilidad una consulta en Bs. As. con el Dr. Oscar Andreani, que es el Jefe de Cirugía Hepática y de transplante hepático director del Hospital Austral de Bs. As., quien coincidió con los planteos realizados en el Uruguay y no cambiar nada. Sostiene este testigo calificado que al principio de la enfermedad y del tratamiento, existían fuertes limitantes para el trabajo o su vida de relación, pero que en la actualidad, esta lesión no tiene elementos limitantes para trabajar o para relacionarse. Relata que la técnica utilizada es la convencional. Las vías biliares aparecen con la colangiografía intraoperatoria. No se hacen habitualmente porque existe riesgo de lesión de la vía biliar. Indica que actualmente la controla sistemáticamente. La última vez, hace 4 o 6 semanas y que no ha tenido elementos de falla

hepática aguda, aunque si tuvo alteraciones que variaron y oscilaron en cuanto al movimiento de las enzimas hepáticas y marcadores de lesión u obstrucción, los cuales se fueron normalizando. Declara también el Dr. Hugo Isaurralde (fs. 1219) -hematólogo de CA.ME.PA. Expresa que la trombosis se le produjo porque tenía un anticuerpo Anti beta 2 bilico proteína 1 y un proceso infeccioso puede favorecer la aparición de la trombosis. Respecto de esta complicación afirma el perito que la trombosis se puede haber producido por los procesos infecciosos que presentó la paciente y no por el acto quirúrgico porque la vena está lejos de la vesícula (fs. 1202). El tratamiento es con un anticoagulante durante 6 meses a un año. Ella lo recibió un año aprox. Se evalúa con un dopler que muestra el flujo sanguíneo por la vena porta y su calibre son normales. Finalmente, declara el Dr. Luis Dibarbouré (fs. 1222) –médico-, quien realizó a la paciente una resonancia magnética por una patología en vía biliar. Recuerda que tiene una trombosis en la vena porta o en una de sus ramas, pero cuando refiere a las causas de ésta, también hace referencia a cálculos, estrechez inflamatoria, enfermedades congénitas y lesiones quirúrgicas. 5 – En suma, no existen elementos probatorios relevantes, para que el decisor pueda apartarse de las conclusiones periciales, porque ciertamente dicha separación no puede sino fundarse en otra prueba. Como se sostuviera, la lesión de la vía biliar secundaria, era un riesgo de la operación. El tema del riesgo ínsito (álea) en la prestación quirúrgica en situaciones como la analizada ha sido calificado por prestigiosa doctrina como obligación de medios (Cfm. Gamarra. Responsabilidad civil médica” Tomo 1, pags. 17 y sigtes. y Dora Szafir en Error quirúrgico ..., Cuadernos ADCU N° 11, pag. 92). Así ha sostenido este Tribunal en integración anterior en sentencia 114/2010, posición con la que participa la actual integración, citando a Gamarra que “Riesgo es la posibilidad de que acontezca un daño. El riesgo médico es descrito como el factor de inseguridad inminente en el acto médico, según los datos de la ciencia vigente, puede ser cuantificado estadísticamente y en el mejor de los casos disminuido por el progreso, pero no eliminado por completo. La existencia de riesgo inherente a la actividad médica incide sobre la calificación de la obligación asistencial como obligación de medios. Por esta soldadura entre la prestación de una actividad riesgosa o aleatoria y la naturaleza de la obligación del deudor de la misma, es que va a explicarse una de las reglas más importantes de la responsabilidad médica: los riesgos deben ser soportados por el paciente (agregamos, si son informados, eligiendo el paciente en forma libre, su asunción), ya que siendo de medios la obligación, sólo en caso de culpa probada responderá el médico. No obstante, puntualiza el maestro que el médico no deba responder por el riesgo no significa que no deba tenerlo presente y valorar cuidadosamente su incidencia en la acción terapéutica que decide llevar a cabo y en esta oportunidad puede incurrir en culpa cuando viola la regla de la proporcionalidad”. En consecuencia, si no existe consenso de los especialistas respecto al levantamiento del peritoneo para observar la anatomía, por el peligro de sangrado que existe a partir de esta forma de actuar, es claro que no se puede hablar de una obligación de hacerlo y en consecuencia de un incumplimiento,

porque ello se ocasiona cuando no existen dudas respecto a la conducta adecuada a seguir por el médico, es decir, cuando no existen discusiones científicas al respecto. Entonces, según enseña Gamarra, “riesgo médico es la eventualidad insuprimible, ya que no puede ser completamente eliminada de un resultado desfavorable para el paciente como consecuencia de un diagnóstico, tratamiento o intervención... Existirá siempre por las limitaciones e imperfecciones de la medicina, por el álea inevitable que es inherente al acto médico y la incidencia de múltiples y a veces imponderables factores”. Por último y como ya se comentara, el principio fundamental en la materia dispone que el riesgo no recaerá sobre el médico, es soportado por el paciente, excepto cuando se incumple con el deber de informarlo (Gamarra. Ob. cit., T. 1 pag. 153). 6 – El médico dependiente de la IAMC demandada no incurrió en mala praxis, sino que el resultado de la operación era una posible complicación inherente al tipo de intervención y a la anatomía de la actora y aunque no pueda valorarse como una conducta culpable de ésta –la actora–, es evidente que su situación anatómica aumentó el riesgo informado. Es de resaltar, porque no compartiéndose con la actora que estamos en presencia de hechos notorios ni evidentes, que los hechos fueron asumidos directamente por el médico actuante, sin explicaciones con la intención de exculparse, aunque ha de aclararse que tampoco se trata de una confesión porque el médico no es parte en este proceso, lo que no es común que suceda y tampoco es común que la IAMC admita en el proceso la ocurrencia del hecho y fuera de él, haya dirigido su comportamiento a favor de la solución de la salud de la actora, realizando interconsultas dentro y fuera del país, de manera que no puede menos que confirmarse la sentencia de primer grado. 7 - No existe mérito para especiales sanciones procesales (art. 688 del Código Civil y 261 del C.G.P. Por tales fundamentos el Tribunal, FALLA: Confírmase la sentencia de primer grado. Sin especial condenación. Honorarios fictos 4 BPC. Notifíquese personalmente. Oportunamente devuélvase. **TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE TERCER TURNO, SENTENCIA N° SEF-0007-000193/2017 DFA-0007-000540/2017, MINISTRA REDACTORA: DRA. LORELEY OPERTTI, FECHA: 18/12/2017.**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO.** Se ampara pretensión, condenándose al Fondo Nacional de Recursos a cubrir los costos de cirugía para colocación de implante coclear en adulto. Se descarta que haya caducado el plazo para deducir la acción de amparo y también se descarta que existan otros medios eficaces para satisfacer la pretensión. Se concluye, como se hizo en Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones Civil de 7º- Turno el 24 de setiembre de 2013 (aunque en un caso de amparo por medicamentos), que no puede esperarse “a los tiempos procesales de los juicios ordinarios o de los recursos o procedimientos administrativos naturales, algo tan evidente conforme a normas de experiencia (Art. 141 Código General del Proceso) que hasta sería ponderable “in re ipsa”. Por último, con el diagnóstico médico del accionante... y teniendo en

cuenta el avizable como elevado costo del medicamento prescripto, no se puede desconocer el peligro en la demora, desde que sin la cobertura reclamada existe la seria posibilidad de que se agrave el delicado estado de salud del paciente, a cuyo cuidado debería dirigirse la acción de la Justicia.” (en Base de Jurisprudencia Nacional, [www.portal.poderjudicial.gub.uy](http://www.portal.poderjudicial.gub.uy)). **JUZGADO LDO.CIVIL 19° T°, SENTENCIA NRO. 65/2017 IUE 2-53947/2017, FECHA: 13/12/2017.**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. [...]**  
**RESULTANDO:** I) Surge de autos, que el Sr. AA promovió acción de amparo contra el Estado - Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud Pública y contra el Fondo Nacional de Recursos (fs. 116/128 vto.). Sostuvo que es portador de carcinoma renal no clasificable, con áreas equivalentes a células claras y granulares y focos fusocelulares “sarcomatoides”. Señaló que, si bien se encontraba con excelente estado general, la oncóloga tratante le planteó rotar el tratamiento en base a Everolimus por ser un candidato ideal. El 5/9/2016 presentó la petición ante el Ministerio de Salud Pública para que se le proveyera, pedimento que resultó desestimado por resolución que se le notificó el 31/10/2016. El 14/11/2016 presentó la solicitud ante el Fondo Nacional de Recursos para que se le proveyera el medicamento y la misma le fue denegada. II) Por sentencia definitiva N° 74/2016 de fecha 9/12/2016 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2° Turno (fs. 389/396), se amparó parcialmente la demanda incoada condenando al Fondo Nacional de Recursos a suministrar al actor el medicamento Everolimus debiendo realizar las coordinaciones que correspondieran en el plazo de 24 horas. III) Contra dicho pronunciamiento se alzó el representante del Fondo Nacional de Recursos e interpuso recurso de apelación invocando como reglas de Derecho en su apoyo los arts. 7 de la Ley 16.343, Decreto reglamentario N° 358/993 y art. 313 de la Ley 17.930 (fs. 399/403 vto.). IV) En ocasión de evacuar el traslado del recurso y adherir a la apelación, el Sr. AA opuso la excepción de inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley 16.343, Decreto reglamentario N° 358/993, art. 313 de la Ley 17.930 y del art. 7 inciso 2° de la Ley 18.335 -conforme se explicitará infra- en base a los siguientes fundamentos. Indicó que los arts. 7 de la Ley 16.343 y 313 de la Ley 17.930 se efectúan en violación a la obligación constitucional contenida en el art. 44 inciso 2° de la Carta. Lo mismo ocurre con el art. 7 inc. 2° de la Ley 18.335 en cuanto establece que los medicamentos cuya obligación de proporcionar pesa sobre el Estado sean aquellos que el propio Ministerio de Salud Pública incluya en el FTM. Alegó que, tras el análisis de las normas impugnadas se advierte su carácter regresivo, con el único objetivo de limitar un derecho humano fundamental protegido. Limitación que, por otra parte, solamente responde a razones meramente económicas como lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 396/2016. En el caso de autos, se trata de un ciudadano que ha acreditado que el medicamento solicitado es la alternativa correcta para combatir la enfermedad y, por otra parte, que carece de recursos económicos suficientes para solventarlo con su peculio. En suma,

solicitó la declaración de inconstitucionalidad e inaplicación al caso concreto de las normas objeto de impugnación. [...] CONSIDERANDO: I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad desestimaré la inconstitucionalidad deducida respecto del artículo 7 de la Ley 16.343, Decreto N° 358/993, y por mayoría conformada por las Dras. Elena Martínez y Bernadette Minvielle, así como el redactor, desestimaré el excepcionamiento de inconstitucionalidad impetrado respecto del artículo 313 de la Ley N° 17.930. II.- El primer punto a despejar es el relativo a las normas objeto del planteamiento del excepcionante. Sin desconocer lo opinable del asunto, de la voluntad impugnativa exteriorizada por el justiciable se desprende, sin hesitaciones, que son dos las normas legales tachadas por inconstitucionales. Pese a que, al alegar de bien probado, sostuvo que también se impugna el art. 7 inciso 2° de la Ley 18.335, lo cierto es que la voluntad del excepcionante ha sido delimitada a las normas referenciadas, no pudiendo el órgano jurisdiccional ampliar el objeto de cognición en apartamiento del principio dispositivo. [...] III.- Aclarado el punto anterior, en cuanto a la pretensión de inconstitucionalidad del Decreto N° 358/993, la Corporación considera que debe ser desestimada en tanto resulta inadmisibile. IV.- En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley N° 16.343 (en la redacción dada por el art. 304 de la Ley N° 17.930), se desestimaré en tanto el excepcionante no cuenta con un interés directo, personal y legítimo para impugnar la norma. [...] Dicha norma establece: “Los Ministerios de Salud Pública y de Economía y Finanzas, previo informe de la Comisión Honoraria Administradora del Fondo Nacional de Recursos, podrán convenir con los institutos de medicina altamente especializada, el precio de la asistencia prestada. En caso de discordia se estará a lo que determine el Poder Ejecutivo, actuando en acuerdo con los Ministros de Salud Pública y de Economía y Finanzas”. La norma impugnada simplemente prevé que dos órganos jerarquizados del Poder Ejecutivo (MSP y MEF) puedan convenir con los IMAE el precio de la asistencia prestada. Es decir, se atribuye legalmente una facultad a determinados órganos públicos para acordar con dichos institutos. Asimismo, se prevé un mecanismo de solución de desavenencias mediante decisión administrativa dictada por el jerarca máximo del sistema orgánico Poder Ejecutivo. Dicho esto, resulta claro que los destinatarios o sujetos que se encuentran en el supuesto normativo no son los usuarios o quienes reciban la prestación de salud, sino los órganos públicos por ella identificados a quienes se les atribuyen facultades así como los IMAE con quienes se arbitrará el costo del servicio que prestan. Una cosa es prestar asistencia y otra, bien distinta, ser usuario y/o beneficiario de la actividad que se presta u ofrece. Los usuarios y titulares del derecho a la salud no están directamente alcanzados por la norma general y, por ello, no se erigen como destinatarios del obrar legislativo. [...] V.- En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 16.343 (en la redacción dada por el art. 313 de la Ley N° 17.930), para las Sras. Ministras, Dras. Elena Martínez y Bernadette Minvielle, así como para el redactor, corresponde su rechazo, en tanto no vulnera el art. 44 de la Constitución, único fundamento desarrollado en el excepcionamiento deducido, aunque en las

respectivas fundamentaciones se observan matices diferenciales V.1.- Para la Dra. Martínez, corresponde analizar la alegada transgresión del derecho a la salud consagrado por el artículo 44 de la Constitución y desestimar la pretensión de inconstitucionalidad de la norma impugnada por los argumentos que se desarrollarán a continuación. Corresponde ingresar al mérito de la cuestión debatida en esta causa y que dice relación con la consagración constitucional del derecho a la salud, su contenido y alcance. Para ello, se partirá de la opinión de Horacio Cassinelli Muñoz en Estudio Constitucional comparado, 1989, Organización Panamericana de la Salud, p. 458 y ss., publicado en la compilación de estudios del autor realizada por Carlos Sacchi y publicada por La Ley Uruguay, p. 849 y ss. Sostiene el referido autor: “Si bien el texto constitucional contiene disposiciones como las anteriormente señaladas, no menciona explícitamente un ‘derecho a la salud’. Ello es congruente con la premisa jusfilosófica en que se ubica el constituyente uruguayo, de que los derechos inherentes a la personalidad humana preexisten a su consagración constitucional y son por ende independientes de su mención en la Constitución. [...] Para dilucidar el contenido y la extensión de la pretensión positiva, a la que se refirió en párrafos anteriores, lo primero a tener en cuenta es que ello no significa que algún sujeto tenga un derecho a la salud en sentido literal, puesto que ello es algo que no puede perseguirse, dado que todos los seres humanos mueren. Pero, además, siendo la salud un derecho objetivo relativo, admite numerosos grados en los que participa el individuo, la sociedad y el Estado. En consecuencia, el Ordenamiento Jurídico define la extensión de este derecho, en cada caso, en relación con lo que el sujeto obligado puede dar. Con respecto a su extensión, el derecho no obliga al Estado a evitar la muerte, ni a lograr el completo bienestar, sino a brindar prestaciones de salud integrales, igualitarias, humanitarias. El Estado no tiene la obligación de curar, ni la de lograr la salud, sino la de dar prestaciones médicas. Enseña Lorenzetti que las prestaciones de salud constituyen un recurso escaso, de manera tal que no es actualmente posible que todos los individuos tengan acceso a todas las prestaciones que desean en lo atinente a la salud. Finalmente, refiere la citada Ministra que el artículo 44 de la Constitución establece, en su inciso tercero, “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”. La demanda debe contener los elementos suficientes, tanto en materia de alegación, como de prueba, para que el decisor pueda evaluar cabalmente si se cumple o no con el requisito constitucional relativo a la carencia de recursos suficientes. Aun cuando la carencia de recursos deba relacionarse con la posibilidad de acceder a un medicamento o a un tratamiento determinado, no basta con una alegación genérica para cumplir con lo que la Constitución requiere. [...] V.2.- La Dra. Minvielle entiende que la norma cuestionada no colide con el art. 44 inc. 2º de la Constitución de la República, como postula el excepcionante. La disposición atacada es una norma que se limita a atribuir competencia a un determinado órgano (la Comisión Honoraria Administradora del Fondo Nacional de Recursos), para la inclusión de las afecciones, técnicas y medicamentos que

estarán cubiertos por el referido organismo paraestatal. Además establece que, para tomar decisiones en ese terreno, deberá consultar a la Comisión Técnica Asesora. Ciertamente, no logra advertir en qué colide dicho precepto con el art. 44 inc. 2º de la Carta. [...] No es así. El derecho a la salud no es un derecho absoluto, que no admita limitación o restricción alguna en su protección. Pero, además, la norma impugnada es meramente atributiva de competencia a la Comisión Honoraria Administradora del FNR en cuanto a la determinación de los medicamentos que estarán cubiertos. La cobertura no se debe al ejercicio una prerrogativa discrecional, inconsulta y arbitraria. Por el contrario, a la decisión administrativa le precede la intervención de un órgano técnico consultivo, especializado, integrado por un representante del FNR, uno de la Facultad de Medicina de la UDELAR y un tercer miembro designado por la Comisión Honoraria administradora del FNR a propuesta del cuerpo médico nacional. Tal regulación garantiza la pluralidad y contrastación de enfoques entre profesional en la materia (aspectos técnico-asistenciales). [...] Partiendo de estas bases, la Corporación en Sentencia N° 696/2014, indicó: “En efecto, la Salud Pública es un cometido esencial inherente del Estado, y en casos como el de autos la legislación sobre tabaquismo resulta un bien jurídico superior que participa de la noción de orden público (art. 44 de la Constitución), por lo que resulta natural que se cometiera al M.S.P. dicha reglamentación, pues de acuerdo a la Ley Orgánica de Salud Pública No. 9.202, le compete al mismo adoptar todas las medidas que estime necesarias para mantener la Salud colectiva, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para este fin primordial...”. Dicho esto, el Juez debe analizar la norma impugnada, así como toda la legislación en la materia, incluso decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo y Ministerio de Salud Pública, para desentrañar el espíritu de la Ley. Como guía interpretativa cabe destacar la sanción de los artículos 461 y 462 de la Ley 19.355, normas por las que se reglamentó en vía legal el procedimiento que debe seguir el MSP para la aprobación y registro de especialidades farmacéuticas en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. Por su parte mediante Ordenanza del MSP N° 882 del 9 de diciembre de 2015, en atención a las urgencias que se involucran las peticiones de solicitudes de suministro de medicamentos que no estén comprendidos en el Plan Integral de Atención a la Salud, se aprobó un procedimiento abreviado a tales efectos. [...] **FALLA: DECLÁRASE INADMISIBLE EL EXCEPCIONAMIENTO INTERPUESTO RESPECTO DEL DECRETO N° 358/993. ASIMISMO, DESESTÍMASE EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTRODUCIDO RESPECTO DEL ART. 7 DE LA LEY N° 16.343 Y DEL ART. 313 DE LA LEY 17.930, CON COSTAS A CARGO DEL EXCEPCIONANTE. OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE. DR. JORGE CHEDIK. DR. FELIPE HOUNIE DISCORDES PARCIALMENTE:** Por cuanto entendemos, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 5 inc. 1 de la ley 16.343, en la redacción dada por el art. 313 de la ley 17.930. 1) La legitimación del excepcionante para impugnar el art. 5 inc. 1 de la ley 16.343. El inc. 1 del art. 5 de la ley 16.343 establece que será la Comisión Honoraria Administradora la

que determinará las afecciones, las técnicas y los medicamentos que estarán cubiertos por el Fondo Nacional de Recursos. De esta manera, la norma deja librada a la autoridad administrativa la inclusión de determinadas afecciones, técnicas y medicamentos en la cobertura del Fondo Nacional de Recursos, lo cual afecta directamente el interés del excepcionante. Se trata de una norma vigente y que regula actualmente su situación, por lo que tiene un interés directo, personal y legítimo para cuestionar su regularidad constitucional. 2) El mérito de la inconstitucionalidad del art. 5 inc. 1 de la ley 16.343: Si bien el art. 7 de la ley 18.335 es un precepto de contenido diverso que el impugnado en estos autos, los fundamentos desarrollados por la Corte para acoger la inconstitucionalidad de esa norma resultan trasladables al presente caso, que refiere al art. 5 de la citada ley. Véase que tanto una norma como la otra establecen una “ventana” para la limitación de un derecho que, por su naturaleza instrumental con el derecho a la vida, no admite la menor restricción (sentencia N° 396/2016 de la Corte). El art. 5 inc. 1 de la ley 16.343, al prever que será la Comisión Honoraria Administradora la que determinará cuáles son las afecciones y los medicamentos que estarán cubiertos por el Fondo Nacional de Recursos, limita en forma contraria a la Carta el derecho a la salud consagrado en el art. 44 inc. 2 de la Constitución, sin que existan razones de interés general para ello. Y, en tal sentido, resultan trasladables al caso los fundamentos expuestos al respecto por la Corte en la sentencia N° 396/2016. 3) El hecho de declarar la inconstitucionalidad del art. 5.1 de la ley 16.343, en la redacción dada por el art. 313 de la ley 17.930, torna innecesario ingresar al estudio del inciso segundo del mismo artículo, por tratarse de una norma accesoria a la primera. Al caer el primer inciso, el excepcionante carece de interés en que se declare la inconstitucionalidad del segundo, por cuanto este no será ya de aplicación en el caso. **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, NRO: 2.025/2017, MINISTRO REDACTOR: DR. JORGE CHEDIAK, FECHA: 20/12/2017.**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. PERDA DE CHANCE.** Se confirma parcialmente sentencia definitiva que ampara demanda de responsabilidad médica impetrada contra ASSE por los padres de un joven de 19 años fallecido a causa de un cuadro infeccioso respiratorio con sepsis (falla multiorgánica). La responsabilidad médica de ASSE por falla en el servicio es una hipótesis de responsabilidad contractual. Existen tres pericias vertidas en autos, una producida en expediente penal que es prueba trasladada y dos producidas en el propio expediente, con conclusiones disímiles entre ellas. No obstante, la segunda pericia que entiende que los dependientes de ASSE actuaron correctamente en todo momento no valora las circunstancias que rodearon al otorgamiento del alta luego de la primera reconsulta con internación, siendo dicha alta prematura en tanto no se repitieron exámenes antes de otorgarla y no se consideró el contexto del fallecido que por su vulnerabilidad dificultaba una reconsulta. De tal forma dicha alta no se ve justificada como una decisión mejor a mantenerlo internado. Se revoca únicamente en cuanto

a la pérdida de chance de supervivencia, la cual se abate al 50 %. **TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE TERCER TURNO, SENTENCIA N° SEF-0007-000191/2017 DFA-0007-000538/2017, MINISTRA REDACTORA: DRA. LORELEY OPERTTI, FECHA: 18/12/2017.**

**DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. CONSTITUCIONAL. ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE.** La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad desestimó la inconstitucionalidad deducida respecto del artículo 1° de la Ley No. 18.211, y por mayoría conformada por los Dres. Martínez, Minvielle y Turell desestimó el excepcionamiento de inconstitucionalidad impetrado respecto del artículo 7 inc. 2° de la Ley No. 18.335, asentándose en el fallo un cambio jurisprudencial. A juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle y Turell el inc. 2° del art. 7 de la Ley No. 18.335, no vulnera el artículo 44 de la Constitución. Consideró la Dra. Martínez que no es el Poder Judicial, llamado por la Constitución a cubrir las necesidades de prestaciones de salud de la población. Si así lo hiciera, desconocería el principio de separación de poderes sobre el que se apoya el estado de Derecho. Entiende la Dra. Minvielle que el derecho a la salud – que incluye el acceso a medicamentos de alto costo- resulta garantizado constitucionalmente, aunque aparece deficientemente regulado. No entiende, que se trate de un derecho subjetivo perfecto, a pedir siempre y en todos los casos cualquier medicamento necesario para paliar o curar alguna dolencia y, por ende, no participa de la idea de que se trate de un derecho ilimitable ( y menos aún ilimitable por razones presupuestales). (D) Sres. Dres. Ministros Chediak y Hounie porque entendieron que correspondía declarar inconstitucional el art. 7 inc. 2 de la ley 18.335. **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, NRO: 1.981/2017, MINISTRO REDACTOR: DR. EDUARDO JULIO TURELL ARAQUISTAIN, FECHA: 20/12/2017.**

**DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. PERÍCIA.** La Corporación, por unanimidad de sus miembros naturales, desestimó los recursos de casación interpuestos en un proceso de reclamo por daños y perjuicios contra el ASSE, por el fallecimiento de una paciente en el Hospital de Tacuarembó. El Tribunal confirmó el fallo de la Sede Letrada que había condenado al pago de determinadas sumas a la madre y a la tía de la paciente. Con respecto al agravio de la parte demandada, dirigido contra la providencia que dispuso la responsabilidad de ASSE en proporcionar tres peritos para la realización de una pericia que la demandada había solicitado, fue desestimado por la Corporación, con fundamento en que la ahora recurrente consintió la decisión. En cuanto al recurso de la actora y en relación al rechazo en conceder lucro cesante futuro a los familiares reclamantes, señala la Corte que la condición de la fallecida como sostén de la familia fue alegada al apelar sin haber sido reclamado en la demanda. **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, NRO: 1.990/2017, MINISTRO REDACTOR: DR. JORGE OMAR CHEDIK GONZALEZ, FECHA: 20/12/2017.**