

Responsabilidad Medica Diagnostico Precoz Problemas De Audicion En Un Recien Nacido

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad médica. Diagnóstico precoz. Problemas de audición

en un recién nacido Se confirma la sentencia que rechazó la pretensión resarcitoria de los daños y perjuicios causados a un niño y a sus padres, por la atención médica suministrada por los demandados desde su nacimiento, para la detección de los problemas de audición que padece.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 20 días del mes de septiembre de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala ?E?, para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: ?V., S. C. Y OTRO C. HOSPITAL ITALIANO - PLAN DE SALUD Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS?, respecto de la sentencia corriente a fs. 1017/1029, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores RACIMO. GALMARINI. DUPUIS. El Señor Juez de Cámara Doctor RACIMO dijo: I.- El juez de primera instancia rechazó en la sentencia de fs. 1017/1029 la demanda promovida por S. C. V. y G. O. C., por sí y en representación de su hijo menor J. C., contra el Hospital Italiano - Plan de Salud, G. M. B. y M. S. P. Contra dicho pronunciamiento la parte actora interpuso recurso de apelación a fs. 1032 que fundó con la expresión de agravios de fs. 1056/1066 que fue respondida por la Lic. M. S. P. a fs.1080/1082 y por la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires a fs. 1083/1086. La Asesora de Menores e Incapaces de Cámara se adhirió a la posición sustentada por la demandante con la presentación de fs. 1097 al mantener el recurso interpuesto por la asesora de primera instancia a fs. 1031. La demandada Lic. M. S. P. apeló a fs. 1068 y presentó su memorial a fs. 1049/1051 que fue respondido por la demandante a fs. 1087/1088. Finalmente, la Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires interpuso recurso de apelación a fs. 1034 que fundó con la presentación de fs. 1053/1054, que fue contestada por la actora a fs. 1089/1090. La pretensión planteada en esta causa tenía por objeto lograr la reparación de los daños y perjuicios causados al niño J. C. y a sus padres por la incorrecta atención médica suministrada por los demandados desde su nacimiento ocurrido el 3 de octubre de 2006. La imputación concreta consistió en que no se desarrolló el protocolo exigido por el sistema normativo vigente desde entonces para la detección de los problemas de audición del niño con lo cual se provocó que se produjera una ausencia de tratamiento respecto de una persona que presentó la patología denominada ?hipoacusia neonatal?. Solicitaron los padres que se les reintegraran las sumas abonadas al equipo del Dr. L. J. C. a quien se vieron obligados a consultar por las deficiencias de la prestación médica del Hospital Italiano y que corresponde como cobertura integral según lo dispuesto por la ley 24.901. Peticionó también la parte actora una indemnización en carácter de daños y perjuicios y daño moral más una suma en concepto de daño punitivo con fundamento en la normativa correspondiente a la defensa del consumidor. El planteo fue desestimado al señalar el juez interviniente que no encontró ningún elemento con suficiente entidad que le permitiera atribuir a los demandados la responsabilidad que se les atribuye por la falta de diagnóstico y tratamiento precoz de la hipoacusia. En cuanto a las prestaciones reclamadas en la demanda entendió que no se había acreditado que la demandada se hubiera negado a brindar al niño la cobertura asistencial correspondiente ni que la actora hubiera requerido a su contraria una prestación médica que no pudiera ser brindada por dicha sociedad y que no obstante el plan cerrado de salud hiciera indispensable acudir a terceros. II.- Toda vez que los demandantes cuestionan que no se le haya impuesto responsabilidad alguna a los demandados por la deficiente atención que impidió el diagnóstico precoz del niño corresponde examinar en primer lugar sus agravios por razones de orden metodológico. La parte actora sostiene en su expresión de agravios que no se encuentra discutido en autos que J. C. presenta diagnóstico de Hipoacusia neurosensorial profunda bilateral y que el diagnóstico del niño ha sido tardío en tanto recién fue determinado en forma inmediata a los 2 años y 4 meses de edad por el Dr. C. quien fue consultado por los padres en forma privada. Cuestiona que se haya justificado en el fallo que la falta da diagnóstico de los profesionales del Hospital Italiano se produjo por la responsabilidad de los padres que habrían incurrido en abandono del tratamiento del hijo. El primer agravio concreto consiste en la omisión por parte del juez de ponderar la normativa vigente en nuestro país para la detección temprana de la hipoacusia que consiste en la ley 25.415 y en las Resoluciones del Ministerio de Salud Nro. 822/2001, 649/2003 y 46/2004. Manifiesta la parte recurrente que la normativa aplicable exige que la detección temprana de la hipoacusia se realice en los niños antes de los 3 meses de vida y se intervenga adecuadamente a los 6 meses. Señala que el magistrado reconoce que durante los 8 o 9 meses de vida se encontraba asentado en la historia clínica que los padres visitaron en forma permanente el hospital para realizar los estudios vinculados con la audición y que los estudios que debían concretarse no se ejecutaron porque los padres no dormían al niño. Plantean que se omitió analizar la historia clínica de J. según la cual después de no poder realizar los estudios pertinentes porque el niño no se dormía se lo derivó simplemente al Sector de

Lenguaje. La parte apelante refiere que se indicó la realización de los estudios PEA con sedación para corroborar resultados y que hubo dilaciones en el diagnóstico por cuando el Dr. J. M. indicó que debían volver a los 3 meses, razón por la cual la familia sin diagnóstico de hipoacusia decidió concurrir a ver al Dr. C. Se reseñan en el memorial la declaración del testigo C. G. W. que fue omitida en la sentencia y se expone que se perdió un tiempo irre recuperable por responsabilidad del hospital demandado sin que se haya demostrado culpa de los padres en el caso. Para desestimar la imputación de mala praxis profesional el juez de la causa examinó las constancias de la historia clínica acompañada por la actora. Reseñó, en primer lugar, las consultas pediátricas con el Dr. F. F. de las que resulta, según la interpretación dada en el fallo, que este facultativo mandó efectuar el 30 de noviembre de 2006 la repetición de otoemisiones, que el 28 de diciembre de 2006 indicó que estas otoemisiones estaban pendientes y el 1° de febrero de 2007 se mencionó la necesidad de realizar potenciales evocados auditivos. Refirió que el galeno asentó el 1° de marzo de 2007 que se habían ejecutado potenciales evocados acústicos y no pasó en dos oportunidades planificando un control en un mes y un recordatorio para ver los potenciales evocados no obstante lo cual en la siguiente consulta del 12 de abril indicó que los potenciales auditivos se encontraban pendientes y que se los harían en 10 días, pero en el control del 17 de mayo se encontraban pendientes. El juez de grado destaca que en oportunidad de prestar declaración testifical el Dr. F. dijo que ante el primer hallazgo le transmitió a la madre que debía repetir las otoemisiones y que después no volvió a ver más al niño. A continuación, se detallaron en orden cronológico las constancias obrantes en el informe audiológico de seguimiento donde se dio cuenta de la realización de un estudio OEA (otoemisiones) del 6 de noviembre de 2006 sin respuesta en ambos oídos y de los intentos frustrados en dos oportunidades para la realización de un PEA (potenciales evocados auditivos) que no se pudieron realizar porque el niño no pudo ser dormido. Posteriormente se realizó un timpanograma sin patología de oído medio y se confirmó en informe del 20 de junio de 2007 que había un problema auditivo en el oído izquierdo y que del informe surge que J. concurrió al Sector de Lenguaje con la Lic. M. A partir de estas constancias el juez de grado precisó que todos estos estudios fueron realizados en el lapso del primer año de vida (primeros 8 o 9 meses) y según el informe auditivo recién retomó la consulta en el sector el 17 de diciembre de 2008 cuando el menor contaba con dos años y dos meses de vida. Entendió que hasta ese momento ninguna conducta reproachable podía ser atribuida a la parte demandada toda vez que se había cumplido con el protocolo que debía seguirse: estudio de OEA, repetición del mismo, timpanografía, PEAT. Puntualiza que a partir de ese momento el menor fue atendido por la Dra. C., principalmente por broncoespasmos, sin que exista constancia de su atención médica en el servicio de Otorrinolaringología que no depende del departamento de pediatría. Se detiene el juez en examinar la crítica de los apelantes en cuanto cuestionan que no se haya dispuesto realizar antes el estudio de potenciales bajo sedación a fin de obtener un diagnóstico precoz de la patología que afectaba a J. Sobre este punto se señala que no surge de la historia clínica ni de otra prueba que los actores hubieran continuado asistiendo regularmente a consultar con el otorrinolaringólogo para determinar la conducta a seguir ni tampoco surge de autos las razones ciertas de esta discontinuidad. Concluye que no cuenta en la causa con elementos científicos serios que le permitan aseverar ni tampoco descartar que la repetición de los broncoespasmos durante ese largo período de tiempo impedía o desaconsejaba la realización de los estudios pendientes, principalmente bajo sedación, y por eso no se efectuaron nuevas consultas referidas a la hipoacusia. Me he detenido en resumir, dentro de lo posible, los fundamentos empleados por el juez porque su enunciación permite determinar el núcleo de la controversia bajo estudio. La actora plantea que inequívocamente ha existido una demora en el diagnóstico de la patología de J. La parte demandada sostiene, en cambio, que no puede serle atribuida responsabilidad alguna ya que los padres dejaron de llevar al niño al sector del hospital en donde debían serle realizados los estudios para llegar al diagnóstico antes del primer año de vida. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado -como señalé en mi voto en la c. 597.518 del 15-8-12- que quien reclama el resarcimiento de los perjuicios sufridos en los supuestos de responsabilidad civil por hechos de mala praxis debe acreditar la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción y tales perjuicios (Fallos: 315:2397 y 325:2721), de manera que -correlativamente-corresponde liberar al profesional cuando no se ha probado tal nexo en el caso respectivo (Fallos: 321:473) o eventualmente la negligencia en el desarrollo de las técnicas habituales en el arte de curar (ver también mi voto en ?S. de R., R. N c. C., R. y otro? del 16-10-12 pub. en DJ 08/05/2013, 87). Y en el ámbito de la determinación del factor de atribución subjetivo será necesario atenerse a las previsiones del artículo 512 del Código Civil, que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Pero ello no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente conduzca a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre o su curación. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello, a salvo -claro está- supuestos excepcionales, en que se ha aceptado la responsabilidad frente a un mal resultado (ver, por ejemplo, fallo de esta Sala con voto del Dr. Dupuis, publicado en L.L. del 21-2-86, n° 84.609 y en E.D. del 3-4-86, n° 39.281). Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen enteramente del profesional, sino que a veces se

ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar (conf. doct. fallo de esta Sala ya citado). Es cierto que el galeno debe actuar con el mayor cuidado y que, como se ha señalado, no es posible olvidar que el compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, cabe analizarlo, teniendo en cuenta las directivas del artículo 902 del Código Civil y sin pasar por alto que, como lo destacó la Sala "A", con voto del Dr. Vocos, "cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad" (conf. L.L. 1977-D-92). Es que nuestro derecho no distingue entre culpa grave y culpa leve, tal como lo hace el artículo 2236 del Código Italiano de 1942. La culpa del médico, sea grave o leve, origina responsabilidad, pues sea que rijan los artículos 1109 y 1112 o el 512, esa distinción está excluida del Código Civil (conf. Rezzónico, "Obligaciones", T II, pg. 1526; Goldschmidt, L.L. 59, pág. 277; Colombo, "Culpa Aquiliana", n° 95, b; etc). En este sentido ha remarcado el Dr. Dupuis en su voto en esta Sala en la c. 598.897 del 12-9-12 -en criterio que he compartido en la c. 598.109 del 16-10-12- que en materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico (Salvat, "Hechos ilícitos", núm.2988; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", n° 1380; Halperín I., "La responsabilidad civil de los médicos por faltas cometidas en el desempeño de su profesión?", L.L.-I-217; Galli, "Obligaciones de resultado y obligaciones de medios", "Revista jurídica de Buenos Aires" t. 1958-1; Alsina Atienza, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico", J.A. 1958-III-587, n° 19; Belluscio, "Obligaciones de Medio y de Resultado. Responsabilidad de los Sanatorios", L.L. 1979-C-19; sala C, junio 12-1964, L.L. 115-1224; ídem, abril 16-1976, L.L. 1976-C-67; sala A, abril 15-1971, L.L. 144-91; esta sala, diciembre 19-1979; voto del Dr. Dupuis en E.D.126-448; etc). Ello es así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del art. 377 del Código Procesal y lo ha señalado con acierto Morello, al analizar la que se dio en llamar la "carga probatoria dinámica" o el deber de "cooperación" que deben asumir los profesionales cuando son enjuiciados, que hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, lo haga ("La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva en: "Las responsabilidades profesionales", pág. 15, Ed. Platense. La Plata 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad de los médicos" en la obra citada, pág. 398; ídem, revista La Ley del 22 de septiembre de 1995, pág. 10). El primer segmento temporal a examinar se relaciona con el lapso correspondiente a los primeros 8 o 9 meses de vida del niño. Sobre este punto precisó la perita médica otorrinolaringóloga Dra. M. A. H. que se realizaron durante el primer mes de vida los estudios audiológicos correspondientes a través de OEA cuyo resultado disvalioso determinó la necesidad de su reiteración y la indicación de completar con PEAT. Agregó la experta que los mismos fueron solicitados y que no se llevaron a cabo porque J. no pudo conciliar el sueño. Se le realizó también Timpanometría que determinó la ausencia de patología en oído medio. El punto importante a tener en cuenta es que la perita precisa que todos estos controles fueron llevados a cabo durante los primeros 8 meses de vida del pequeño. A partir de este momento es que se evidencia el vacío probatorio que llevó al a quo a desestimar la demanda. En efecto, la perita médica manifestó que la madre le comentó durante la entrevista que había concurrido en forma mensual a efectuar los controles auditivos que no podían ser realizados por la falta de conciliación del sueño por el hijo por lo cual regresaron a su domicilio. La experta indicó que sin embargo en autos en la Historia Clínica adjuntada por el Htal. Italiano desde mayo de 2007 hasta octubre de 2008 no hay constancia de consultas por el problema auditivos, sí ha concurrido a controles por problemas respiratorios.? Después de este lapso, la perita señala que es recién cuando el niño tiene 2 años de edad que se registran nuevas consultas donde se hace referencia a retraso en el desarrollo del habla, se indica evaluación por el equipo de lenguaje mientras se realiza la rutina de estudios con OEA, Audiometría de campo libre, PEAT, que al no poder efectivizarse con el sueño fisiológico, se indica bajo sedación. La perita concluye que es cierto que de haber continuado con los estudios audiométricos objetivos durante el primer año de vida de J. la hipoacusia se hubiese detectado antes. Esto podría haberse equipado en forma binaural y hubiese contribuido al desarrollo del habla casi normal sin retraso. Y precisa que el motivo por el cual no se realizaron estos controles es algo que no puede determinar por falta de documentación en autos, ya que no hay registro de consultas ni de estudios realizados, durante ese periodo.? De lo expuesto es posible señalar, en esta etapa inicial del pronunciamiento, que el niño no fue sometido a los estudios correspondientes que eventualmente habrían permitido la determinación precisa de su dolencia. Ahora bien, el punto a dilucidar se centra en verificar qué ocurrió después de los exámenes realizados al niño hasta los 8 meses de vida (mayo de 2007) hasta el momento en que se retoman las consultas según el dictamen pericial (octubre de 2008). No basta la constatación de esa ausencia de diagnóstico para considerar de modo automático -como se pretende en la demanda según el sistema normativo allí referido- que los demandados resultan responsables del insuficiente diagnóstico respecto de la capacidad auditiva del niño. Los actores explican en la demanda que concurrieron el 20 de junio de 2007 a evaluación en cabina con la Lic. B. quien efectuó un test de Ling en la cual se observó en particular en el oído izquierdo valores muy desfasados en relación al oído derecho para concluir que evidentemente hay

un problema auditivo en este oído? Se refiere que J. es derivado al Sector de Lenguaje, con la Lic. C. M.?. Aquí la actora refiere un conjunto de actividades. Señala que J. comienza a concurrir a ese sector con la Lic. M., que no se encuentra asentado en la historia clínica que la Lic. B. cita de nuevo a J. para luego de un mes, que el estudio no se pudo realizar porque el niño estaba resfriado, como no tienen turnos, citan a J. para luego de dos meses. Le dan un sobreturno. Como J. presentó broncoespasmos, no se presentan, debido a que en dicho estado el estudio no podía realizarse, según lo informado por los profesionales. Se lo cita para PEA y OEA (6 de enero de 2009) cuando J. tenía 2 años y tres meses. Una dificultad importante se advierte en este segmento temporal. El informe audiológico acompañado por la actora se corresponde por la consulta realizada a B. el 20-06-07. Consta allí que "Concurre a Sector de lenguaje: Lic. C. M.?" sin que pueda verificarse si esto importó una derivación con atención permanente. Más importante es que en este informe se dice que "El paciente retoma la consulta el 17 de Diciembre de 2008 (2º 2 m). Cabina con Lic. M.: (17/12/08). Se adjunta trazado. Se lo cita para PEA y OEA (6 de enero de /09). Cabina con (G B.): 14/Enero de 2009. No se pudieron realizar los estudios objetivos porque el niño no se pudo dormir." El caso es que no hay constancia en este informe audiológico respecto de la concurrencia de los padres del menor desde el mes de junio de 2007 al mes de octubre de 2008. La parte actora refiere concurrencia y supuesta atención durante ese lapso por otros profesionales a la vez que describe que no se pudieron realizar los estudios por problemas del niño. Lo cierto es que nada de esto se encuentra reflejado en el mencionado informe, a no ser la concurrencia al Sector de Lenguaje de la Lic. M.. A pesar de las manifestaciones efectuadas por la actora en la expresión de agravios, no surge del peritaje que haya habido un incorrecto tratamiento por esa supuesta derivación al Sector Lenguaje que fue mencionada por la experta al elaborar su dictamen (ver fs. 437). Lo importante para la perita es que no hay consultas por el problema auditivo y que tal fue el motivo que impidió el diagnóstico precoz. Queda, pues, configurada la cuestión desde una perspectiva relacionada con la carga probatoria impuesta por el art. 377 del Código Procesal. Y en este punto me encuentro en la misma posición que la expuesta por el juez de grado. No hay constancias en el peritaje de las cuales se pueda inferir que existió una incorrecta ejecución del protocolo impuesto por el sistema normativo citado. Las supuestas concurrencias de la madre a consulta solo se sostienen en las manifestaciones efectuadas en la demanda que han sido repetidas casi literalmente en la expresión de agravios. No hay absolutamente ningún elemento de prueba que evidencie que el niño fue llevado por los padres al sector donde debían realizarse los exámenes después de mayo/junio de 2007. Debo señalar, además, que la referencia a la concurrencia al sector de lenguaje no está siquiera comprobada durante ese lapso más que en la mención aislada de junio de 2007. Se aludió en la demanda y se reitera en la expresión de agravios esta derivación sin que conste realmente la concurrencia durante ese lapso del niño a ese sector. Lo único que consta en el informe de seguimiento es que retomó la consulta el 17 de diciembre de 2008 cuando tenía 2 años y dos meses de edad en una etapa ya tardía a estar a las consideraciones de la perita médica. Se desconoce la razón por la cual se produjo esa suspensión en la atención del menor cuando todavía no había llegado al año de edad. Debería suponerse que la madre concurrió con el niño -como esta le manifestó a la perita médica- y que ello no se hizo constar en la historia clínica -como se afirmó en la demanda y se repite en el memorial- con lo cual se integraría este vacío mediante inferencias únicamente sustentadas en estas manifestaciones de los progenitores. No hubo atención durante ese lapso, pero la ausencia de realización de diagnóstico necesario -según lo expone la perita médica- no puede imputarse al personal del Hospital Italiano. Desde luego que tampoco esto quiere decir que tal ausencia de datos en la historia clínica en particular y en la prueba en general se haya debido a negligencia de los progenitores. Solo cabe decir que no hay prueba que evidencie que hubo negligencia de la demandada en el tratamiento del menor. Corresponde considerar también que en este tipo de procesos la prueba más importante es la pericial médica y aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, éste para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas o inferibles de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477 del CPCCN- (conf., Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, p. 720; CNCiv. Sala F, mayo 11/1995, "Batan de Herrera María Sara c/ Aguirres Esteban Ramón s/ daños y perjuicios", L. 164.398 y antecedentes allí citados y esta Sala, voto del Dr. Galmarini, en c. G., E. N. c. Estado Nacional Mayor General del Ejército y otros? del 6-9-18). La comparación de los dichos de los padres en la demanda y las constancias obrantes en el informe del Sector de Audiología pone en evidencia que hubo un lapso durante el cual la niña no fue sometida a los exámenes necesarios para la elaboración del diagnóstico precoz respecto de los problemas de audición. Señala la parte actora en el escrito de inicio que "no se encuentra asentado en la historia clínica que la Lic. B. cita de nuevo a J. para luego de un mes?". Como esta profesional lo examinó el 20 de junio de 2007 debería estimarse que esta convocatoria fue para alrededor de fines de julio de 2007. Continuaron afirmando en la demanda que "el estudio no se pudo realizar porque J. estaba resfriado. Como no tienen turnos, citan a J. para luego de dos meses?". La ubicación temporal se sitúa ya alrededor de fines de septiembre de 2007. "Le dan un sobreturno. Como J. presentó broncoespasmos, no se presentan, debido a que en dicho estado el estudio no podía realizarse, según lo informado por los profesionales". Aquí cesan las

referencias de los demandantes respecto al diagnóstico del niño en este periodo. Solo indican a continuación en el siguiente párrafo que "Se lo cita para PEA y OEA (6 de enero de 2009) J. ya tenía 2 años y 3 meses." (las negritas y el subrayado son del original de fs. 204 vta. del mencionado escrito). El relato de la madre ante la perita médica es similar, en rasgos generales, en lo relativo a la secuencia posterior a la atención de junio de 2007. La progenitora describió la concurrencia al primer mes de vida para OEA que se repitió a los 15 días explicando que no pudieron después llevarse a cabo los potenciales evocados auditivos porque el menor no se dormía. Agregó que concurría una vez por mes a realizar los controles durante un periodo de 6 meses. No está claro si la referencia es a controles en el sector de audiolología o ante el pediatra. El punto es que a partir de entonces se señala que a la 6ª vez le dieron un sobretorno y no se lo pudieron realizar tampoco y que a la 7ª vez que concurre no se lo pudieron realizar por presentar moco. "Vuelve a solicitar turno y ya el pequeño contaba con un año y 8 meses, vuelven a intentar realizárselo, pero no pueden ya que el pequeño no concilia el sueño, por lo cual lo envían a neurología?" (ver fs. 435). La comparación entre el relato de la madre ante la perita y el efectuado en la demanda lleva a similares conclusiones en el ámbito de lo temporal. Los exámenes no pudieron realizarse por falta de sueño y por broncoespasmos (situaciones que se sitúan en la 6ª y 7ª "vez" en el relato ante la perita) y después existe un lapso de alrededor de un año sin que los progenitores hayan vuelto a solicitar turno ante el sector de audiolología. Se presentan aquí tres posibles causas de reproche. La primera -y la principal- es el diagnóstico tardío del niño. El problema es que hasta los 9 meses el niño fue correctamente atendido y después no se pudo continuar con el tratamiento porque no concurría más al sector del hospital donde se hacían los estudios que era conocido por los padres ya que habían concurrido varias veces con anterioridad. La crítica a la conducta del hospital supone que su personal médico pudo haber constatado la situación del niño. La ausencia del paciente, por motivos no suficientemente explicados en la demanda o en la expresión de agravios, impedía continuar la secuencia del diagnóstico que hasta entonces se había desarrollado sin dificultades. La segunda posible causa del reproche parece esbozarse en la demanda y fue tratada por el juez de grado con consideraciones atendibles. El niño concurrió al sector de audiolología y no se pudieron realizar los exámenes necesarios porque J. no se dormía. La imposibilidad de efectuar estos estudios se habría reiterado -según la demanda sin constancia en historia clínica- porque el menor estaba resfriado. Si se quiere, es posible agregar que otra reiteración de esta situación -algo diferente, es cierto- por la no concurrencia por presentar broncoespasmos que habrían impedido la realización del examen según lo supuestamente informado por los profesionales a los progenitores. El reproche a los profesionales podría haberse originado por la tardanza en la ejecución de estos estudios ante la eventual posibilidad de superar estas dificultades mediante un procedimiento (sedación). El caso es que, como bien se señala en la sentencia, no existe constancia alguna en la causa que permita considerar que en esa oportunidad se podía recurrir a ese método. Nada se le preguntó a la perita en los puntos de pericia propuestos en la demanda (ver fs. 238) a pesar de que los padres conocían acerca de esta situación y de las excusas que supuestamente habían opuesto los profesionales en aquel momento para no realizar los estudios necesarios para un diagnóstico integral en lo auditivo. Tampoco medió pedido de aclaraciones al respecto en la impugnación efectuada a fs. 447/453 por los actores en cuanto al peritaje médico. El tercer cuestionamiento a la conducta de los profesionales que se enfatiza en la expresión de agravios se relaciona con el comportamiento adoptado después de la intervención de la Lic. B.. Sobre este punto se indica que J. fue derivado al Sector de Lenguaje del nosocomio con lo cual se insinúa también un déficit en el tratamiento médico. Así se habría optado por derivar al niño a ese sector soslayando la continuación de los estudios que habrían permitido el diagnóstico precoz de la enfermedad. La concurrencia del niño al Sector de Lenguaje solo se expone en los relatos suministrados por los progenitores. No hay otras referencias en la historia clínica ni consideraciones al respecto en el dictamen pericial. El escrito de inicio es particularmente lacónico al respecto. Se señala que J. comienza concurrir a Sector del lenguaje con la Lic. C. M. (ver fs. 204 vta.) y se indica a continuación una concurrencia frustrada en su ejecución para los estudios previstos porque el niño estaba resfriado y un turno no concretado porque presentó broncoespasmos. En el Informe Audiológico de Seguimiento se dice a continuación de la consulta del 20 de junio de 2007 que "Concurre a Sector de lenguaje: Lic. M.?" (ver fs. 32) sin que en la historia clínica o en el peritaje médico se hayan hecho mayores precisiones en torno al desarrollo del tratamiento en este sector. Más allá de la eventual concurrencia del niño a este sector del hospital, lo cierto es que tampoco del peritaje médico puede inferirse que ese tratamiento haya sido incorrecto ante la falta de estudios en el sector de audiolología. No se discute en el peritaje que el diagnóstico debió realizarse en ese lapso, pero nada se dice respecto a que la concurrencia al Sector de Lenguaje supusiera una conducta cuestionable incompatible con los tratamientos médicos necesarios. Se pretende atribuir a la demandada una conducta susceptible de reproche ante la falta de diagnóstico de la hipoacusia aguda sin haberse superado, en este cuestionamiento de la sentencia, dos obstáculos relevantes. El niño no fue llevado al sector de audiolología hasta el mes de enero de 2009. La última intervención del nosocomio en el periodo crucial en este sector es del 20 de junio de 2007 según el "Informe Audiológico de Seguimiento" (ver fs. 31/32). De estar a la demanda (y al relato similar efectuado por la madre a la perita), habría sido alrededor de tres meses después ante circunstancias no asentadas en la historia clínica (ver fs. 204 vta.). Al no haber sido llevado el niño para el control no es posible imputar al nosocomio

un déficit en el tratamiento respecto de un paciente ausente. Y en cuanto a los tramos en que concurrió y no se pudieron realizar los estudios, no cabe imputar a los profesionales negligencia en tanto no surge del peritaje que podrían haberse ejecutado en las situaciones en que se encontraba el menor (estado de vigilia o, en otro caso y según los padres, broncoespasmos) mediante un procedimiento alternativo (sedación) que permitiera seguir con el camino para el necesario diagnóstico precoz de la enfermedad auditiva. Existe una tercera versión, indirecta y surgida de la madre, sobre la cuestión de la concurrencia del niño a los estudios. La licenciada en psicología M. M. efectuó el relato de los dichos de S. V.. Dijo que "al momento de efectuarle la otoemisión acústica, el examen quedó incompleto, este se intentó nuevamente pero con igual resultado, el niño no se dormía y relata que le indicaban que continúe intentándolo así no lo derivaban a neurología para dormirlo, sobreentendiéndose, manifiesta la señora V., el riesgo que conlleva cualquier anestesia o sedación. Y agrega que no entiende el motivo por el cual no lo derivaron, al ver que el niño no se dormía, si no existía riesgo alguno. A los 6 meses del niño padeció un broncoespasmo y por diferentes cuestiones, entre ellas la demora de los turnos, al año y medio de J. realizaron un nuevo estudio...?" (ver fs.696). La transcripción efectuada por la Lic. M. continúa, aunque entiendo innecesaria su incorporación a mi voto puesto que se relaciona con la atención recibida ante la demandada después del mencionado periodo crucial. He señalado en un tema relacionado con diagnóstico precoz de una enfermedad que en estos casos el daño se presenta por la peor situación en que la negligencia profesional colocó al paciente para enfrentar su dolencia con mejores posibilidades de éxito que sería indemnizable a título de pérdida de chances de curación (Aníbal N. Piaggio, "Azar y certeza en el Derecho de Daños", ED, 152-817). La cuestión de la omisión del estudio debe considerarse en este contexto puesto que ello puede configurar una culpa del personal de la clínica que está en relación causal con un daño que no es en sí la invalidez sino las chances ciertas de prolongar una vida útil o de la disminución de las posibilidades de sanar de acuerdo con las particularidades de cada caso (Aída Kemelmajer de Carlucci, "Reparación de la "chance" de curación y relación de causalidad adecuada", Revista de Derecho de Daños 2003-2, punto V, pág. 261; Alberto J. Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", Buenos Aires, 3ª ed., 2006, págs. 267-269 y Ricardo L. Lorenzetti, "Responsabilidad civil de los médicos", Buenos Aires, 1997, t. II, pág. 125 y también esta Sala en c. 435.764 del 10-3-06). En estos casos se puede decir que el médico no "puso" la enfermedad sino simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta (Roberto A. Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad civil médica, error en el diagnóstico patológico, valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones", LL, 1999- F, 21 y también los votos del Dr. PosseSaguier en CNCiv, Sala F, 14-6-00 en LL, 2001-C, 429 y como integrante de la Sala A, 26-3-09 en LL, 2009- D, 595). Dicho esto, corresponde poner de resalto que esa falta de concurrencia del niño al Sector de Audiología impide tener por configurado, de modo inequívoco, un defecto en la elaboración de un diagnóstico precoz del paciente. No es un caso en el que se haya dado de alta al paciente mediante una decisión reprochable desde el punto de vista médico (ver CNCiv., Sala L, en autos ?L., R. A. c. OB. S. B.A y otros s/ daños y perjuicios-resp. prof. médicos y aux.? del 23-4-18 pub. en La Ley Online AR/JUR/13923/2018) sino que se trataba de un niño cuyo tratamiento fue cortado por motivos que no cabe atribuir al sanatorio y que fue retomado -tal es la expresión en el informe audiológico- a fines del año 2008 (ver fs. 32). Tampoco existió un error de diagnóstico inexcusable (ver CNCiv, Sala K, 22-6-17 en autos ?L., M. E. c. B.A.D. J. y otros s/daños y perjuicios -resp. prof. médicos y aux.?, RCyS 2018-I,79). La perita médica no llegó a semejante conclusión y de su dictamen se infiere que el protocolo de control auditivo del niño se había satisfecho hasta que cesó la concurrencia en una situación que se presentó a partir de los 9 meses de vida. Cuando se trata de un caso de diagnóstico precoz deben considerarse, entre otras cosas, si la patología podía detectarse con cierto grado de probabilidad en una etapa temporal determinada, si la conducta del médico fue la adecuada, si existían justificaciones científicas para la adopción de un camino alternativo y si dentro de ese contexto el dictamen del perito evidencia que en el caso concreto existió una conducta -por omisión o comisión- que haya tenido repercusión sobre el futuro tratamiento de la enfermedad (ver esta Sala, mi voto en ?S., I. H. c. Obra Social del Pers. de Entidades Deportivas y Civiles y otros? del 16-12-11, pub. en RCy S 2012-II, 166). Ahora bien, la situación bajo examen es distinta a la descripta. Los estudios se mandaron realizar y no se concluyeron por el estado del paciente. No ha habido omisión relevante del hospital porque falta en el peritaje referencia alguna a que un método alternativo (sedación) habría permitido superar estas dificultades. No hubo negativa expresa del personal médico a continuar con el tratamiento precoz porque el caso es que el niño no fue llevado por sus padres al sector de audiología. La referencia que se hace en el memorial a la conducta del Dr. M. carece de la importancia que se le quiere atribuir en tanto habría sido desplegada en el mes de enero de 2009. La cuestión en lo temporal, más allá del cuidado que se debe al niño, para la determinación de la responsabilidad giraba en torno al periodo transcurrido entre junio de 2007 y octubre de 2008 a estar a las consideraciones expuestas por la perita interviniente que, en cuanto a este aspecto, no fueron cuestionadas por las partes. La cuestión del diagnóstico pertenece a este lapso anterior. La intervención del Dr. C. -quien determinó prontamente el padecimiento del menor- puede haber resultado conveniente para superar las dificultades. No obstante, el núcleo del planteo de la parte demandante se situaba en un periodo anterior ya que según la perita médica era en ese lapso que pudo haber tenido algún efecto el diagnóstico precoz.

La cuestión se resume, pues, en los siguientes términos. El niño fue llevado hasta los 9 meses de vida por sus progenitores para que se realizaran los informes auditivos exigidos por ordenamiento jurídico nacional. Ningún reproche encontró la perita médica respecto a la actividad de los profesionales hasta la conclusión de ese período. La falta de diagnóstico precoz se ubicó en el periodo siguiente que la perita atribuyó a la ausencia de concurrencia del niño al Sector de Audiología del Hospital Italiano. No han explicado los progenitores los motivos de esta ausencia del niño a dicho sector hasta que este llegó a los dos años de edad cuando ya no podía arribarse a un diagnóstico precoz eficiente para disminuir las consecuencias del padecimiento auditivo. La perita médica no ha indicado -aun admitiendo a modo de hipótesis posteriores concurrencias del niño no registradas en el historial clínica del nosocomio- que hubiera sido posible realizar los exámenes pendientes mediante un procedimiento distinto al seguido por los profesionales intervinientes. Todo ello revela que aunque se admita la relación causal entre la ausencia de diagnóstico y el menoscabo sufrido por la pérdida de chance de curación que se dio hipotéticamente en el primer año de vida no se sigue de ello que se haya demostrado que haya existido una conducta del personal del hospital demandado y de P. y B. incurso en el supuesto del art. 512 del Código Civil. Por las razones expuestas estimo que corresponde desestimar los agravios de la actora y confirmar la sentencia en lo relacionado con la responsabilidad endilgada a los demandados.

III.- Gastos Los actores cuestionan también a la sentencia recurrida al haberse desestimado distintos reclamos relacionados con el tratamiento del niño que debieron ser asumidos por los padres por el deficiente cumplimiento del plan de salud contratado con el Hospital Italiano.

a.- Tecnosalud S.A. Cuestionan los progenitores que se haya desestimado en el fallo el reintegro de los gastos efectuados a la empresa Tecnosalud por un procesador del habla, varias pastillas deshumidificadoras, Barbyworn Accesory Pack y un protector de micrófono. Sostienen que los peritos contador e informático constataron que las facturas presentadas no fueron abonadas por el Hospital Italiano, precisaron que lo adquirido es necesario para el implante coclear, que la sociedad demandada abonó el implante coclear Nucleus -parte interna- y no la parte externa del mismo. Señalan que no se acompañaron los originales porque fueron entregados al nosocomio y que corresponde admitir la prueba informativa contestada por Tecnosalud S.A. La explicación dada por los actores respecto a que los originales de los documentos se encuentran en poder de la sociedad demandada resulta verosímil teniendo en cuenta la relación contractual existente con la actora que continúa en la actualidad. El segundo argumento expuesto en la sentencia para el rechazo de este reintegro se basa en que las contestaciones obrantes a fs. 610/622 tienen un sello que dice ?TECNOSALUD S.A.?, con la firma y sello de la letrada y una inscripción manuscrita ?es copia fiel de su original? o ?es copia fiel de lo visto? con una letra similar a la de la mayoría de las inscripciones también puestas en las fotocopias que se adjuntan a los oficios que debían diligenciarse a otras personas. Estimo que en este caso el planteo de la actora se sostiene en el método adoptado por el juez de la causa para aceptar los pagos realizados al Dr. C.. En efecto, se indicó en la sentencia (ver fs. 1027) que bastaba la firma y sello puesto al pie de las fotocopias acompañadas y recibos adjuntos a fs. 653/657 a lo que se sumaba la falta de impugnación de la contraria al respecto resultando verosímil la erogación realizada a dicho galeno en virtud de la operación realizada. La actora acompañó -en lo que hace a los pagos bajo estudio- fotocopias sosteniendo ante esta Alzada que basta para admitir el pago el mismo procedimiento empleado por la intervención del Dr. C.. No obstante, existen varias dificultades al respecto. La primera de ellas se relaciona con la ausencia de acreditación mediante la prueba pericial médica acerca de la necesidad de efectuar estas erogaciones fuera del plan médico previsto. La cuestión reviste importancia porque, como señaló el juez de grado, la sociedad demandada manifestó que había cubierto todas las prestaciones previstas por la ley 24.901 y 25.414. La perita médica no se ha expedido sobre este punto con lo cual habría que tener por cierto que esas prestaciones concretas eran necesarias a los fines del mejor tratamiento del niño. Se desconoce, así, por ejemplo, si como dice el apelante un implante coclear sin procesador del habla no funciona (ver fs. 1063). El segundo punto a considerar se refiere a los planteos expuestos en relación a que resultaba imprescindible la complementación del acto médico de implante coclear realizado en el Hospital Italiano con la conjunción de los elementos individualizados en las copias adjuntas con el oficio dirigido a Tecnosalud S.A. No es posible, ante la falta de conocimientos médicos del suscripto, tener por cierto lo dicho en la expresión de agravios en cuanto a que resultaba imprescindible la adquisición y colocación de esos elementos. El tercer punto relevante a considerar es que la fotocopia de fs. 611 correspondiente a una erogación de u\$s 22.900 tiene inserta la locución ?es copia fiel del original? o similar obrante en los restantes documentos. La cuestión fue expresamente puntualizada por el juez de grado en la sentencia recurrida sin que se hayan dado explicaciones al respecto en el memorial presentado ante esta Alzada.

b.- Gastos relacionados con la Clínica de los Virreyes y el Dr. L. La apelante se agravia de la desestimación del pedido de reintegro de un pago efectuado a Clínica de los Virreyes y aduce que no existen dudas respecto que las prestaciones complementarias fueron realizadas en cuanto consistieron en la internación y anestesia para la realización de implante coclear. El agravio -por lo menos en la forma en que ha sido planteado- no se hace cargo del fundamento empleado en la sentencia para desestimar este reintegro. Se precisó en la sentencia (ver fs. 1027) que respecto de la copia de una factura con presupuesto la clínica no pudo expedirse por los motivos indicados a fs. 541. Según ese nosocomio no se acompañó ?documentación alguna? con el oficio remitido a pedido de la

parte demandante. La queja se sostiene en la supuesta necesidad de realizar esos gastos para complementar el tratamiento del Hospital Italiano. Más allá de que esta conclusión no surge del peritaje médico, estimo que resulta imposible admitir el reintegro de pagos cuya documentación no fue anexada al oficio remitido a la Clínica de los Virreyes. La situación es distinta en este aspecto en lo que hace al pago efectuado al Dr. L. por honorarios de anestesia para implante coclear bilateral por la suma de \$ 2.000. El mencionado facultativo respondió el oficio a fs. 537 manifestando que la copia coincide con la factura obrante en su poder. c. Cobertura con el equipo médico del Dr. C. La parte demandante critica que no se haya admitido en el fallo su reclamo en el sentido que el Hospital Italiano debe dar una cobertura integral en los términos de la ley 24.901 al tratamiento que se está llevando a cabo con el equipo del Dr. C. en el cual están incluidas las consultas con ese profesional. En realidad, la crítica se centra en un único párrafo de la sentencia donde se desestimó el pedido con fundamento adicional en que los actores no habían demostrado haber requerido a la contraria una prestación médica dentro de ese marco legal. En realidad, la argumentación del juez de grado era más extensa (ver fs. 1028 vta./1029) con una lectura detallada de las constancias de la historia clínica y de las numerosas prestaciones médicas suministradas por la sociedad demandada. Estas deficiencias de la expresión de agravios de la demandante en este segmento de sus críticas me llevan a propiciar que se las desestime por no haberse cumplido el requisito del art. 265 del Código Procesal. IV.- La demandada Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires cuestiona que en la sentencia se le haya mandado abonar a los actores la suma de \$ 17.050,20 por gastos vinculados con prestaciones médicas. Señala que no está obligada a dar cobertura a prestaciones unilateralmente decididas por los demandantes al margen de las estipulaciones contractuales del Plan de Salud del nosocomio. Encuentro un obstáculo importante frente a este planteo de la demandada. El juez de grado alude la reticencia de la demandada relativa a la normativa del Plan de Salud al cual había adherido la actora cuya existencia no puede ponerse en duda (ver fs. 1025 vta.). Por lo expuesto, estimo que resulta improcedente a todas luces plantear el incumplimiento de las normas de un Plan de Salud cuyos requisitos previos para el desarrollo de ciertas prestaciones no ha sido acompañado por la recurrente. No existe en la expresión de agravios crítica alguna a estas consideraciones de la sentencia que se han empleado como criterio para la determinación de los reintegros de gastos con lo cual el planteo no cumple con los recaudos del art. 265 del Código Procesal. V.- La Lic. M. S. P. expone en su expresión de agravios que en la sentencia no se ha expedido el juez acerca de la declaración de falta de legitimación pasiva que había planteado en primera instancia. Aclara que en el supuesto de que se revirtiera lo decidido en esta Alzada se la expondría a afrontar una condena por un hecho por el cual no debería responder al no ser un sujeto obligado. La recurrente se remite ¿por cuestiones de brevedad? a lo invocado en la contestación de la demanda y manifiesta que resulta improcedente que se le impongan las costas en un pleito en el que se entendió que no hay responsabilidad civil para los demandados. De la lectura de la parte dispositiva de la sentencia resulta que se declaró abstracta la excepción de falta de legitimación opuesta por la codemandada recurrente con costas por su orden y que se rechazó la demanda por daños interpuestos deducida contra la Lic. P. con costas a la parte actora. El planteo de la demandada resulta carente de fundamentación al remitirse a lo expuesto en la contestación de la demanda sin mayores consideraciones respecto a las justificaciones dadas para plantear la mentada defensa. No se han expresado en el memorial bajo examen las razones que justificaban que hubiera mediado un tratamiento distinto sobre esta excepción que se optó por diferir en su oportunidad (ver fs. 308) para el momento del dictado de la sentencia. En concreto, la apelante ha soslayado aclarar las razones que habrían permitido concluir que la excepción de falta de legitimación pasiva debía ser tratada de modo independiente a la consideración del resto de sus defensas planteadas en la contestación de la demanda. La remisión a dichos anteriores de la recurrente no es método adecuado para evidenciar el invocado defectuoso razonamiento seguido por el juez de grado con lo cual propicio que se desestimen, por este defecto, los planteos efectuados por la recurrente. Por las razones expuestas propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide imponiendo las costas a los vencidos (actores, Lic. P. y Hospital Italiano) en cuanto a los recursos respectivos en tanto no encuentro mérito para apartarme del principio consagrado por el art. 68 del Código Procesal. Los Señores Jueces de Cámara Doctores Galmarini y Dupuis por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. JUAN CARLOS G. DUPUIS. FERNANDO M. RACIMO. JOSÉ LUIS GALMARINI. Este Acuerdo obra en las páginas N° 722 a N° 731 del Libro de Acuerdos de la Sala 7ª de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, septiembre de 2018.- Y VISTOS: En virtud a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede y oída la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, se confirma la sentencia de fs. 1017/1029. Costas de Alzada a los recurrentes vencidos. Regulados que sean los honorarios en primera instancia, se fijarán los correspondientes a esta Alzada. Notifíquese y devuélvase. Fecha de firma: 20/09/2018 Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JOSE LUIS GALMARINI, JUEZ DE CAMARA 035451E