CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PERIFÉRICA I - AV. BOLOGNESI N° 801,
Relator:GUZMAN QUIÑONES Miliana Rosalynn (FAU20159981216)
Fecha: 20/07/2017 10:09:37,Razón: RESOLUCION JUDICIAL,D.Judicial: DEL SANTA / SANTA,FIRMA DIGITAL
PODER JUDICIAL DEL PERÚ

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA
PRIMERA SALA CIVIL

EXPEDIENTE : 02025-2010-0-2501-JR-CI-04
DEMANDADOS : ESSALUD HOSPITAL III DE CHIMBOTE
CARLOS IRRIBARREN ANGULO
YENNY JESUS GUTIERREZ GONZALES
DORIS ROMINA SANDOVAL COLCHADO
DEMANDANTE [redacted]
MATERIA : INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

RESOLUCIÓN NÚMERO: NOVENTA.
Chimbote, veintiocho de junio
Del año dos mil diecisiete.

ASUNTO:

Viene en grado de apelación la sentencia contenida en la resolución N°77 de fecha 01 de setiembre del 2016 que declara: 1) Infundadas las observaciones y aprueba el Dictamen Pericial emitido en autos; 2) Declara fundada en parte la demanda sobre Indemnización por daños y perjuicios interpuesta por [redacted] contra Essalud - Hospital III de Chimbote; y en consecuencia, ordena que la entidad demandada, pague la suma de S/.100,000.00 (Cien mil con 00/100 Soles), por concepto de daño a la persona (daño moral y al proyecto de vida), más intereses legales desde la fecha de ocurrencia del daño; e infundada respecto del lucro cesante alegado, así como infundada la demanda respecto de Carlos Rafael Irribarren Angulo, Yenny Jesús Gutiérrez Gonzales, Doris Rominna Sandoval Colchado y Universidad San Pedro; sin costas, ni costos.

FUNDAMENTOS DE LOS APELANTES:

Essalud Hospital III Chimbote, tiene como sustento de su recurso apelación, los siguientes fundamentos:

a) Que, existe un error de derecho, pues se está aplicando el artículo 1969 del CC, cuando debió aplicar el artículo 1970 del CC, ya que en el presente caso se pretende la indemnización por una supuesta negligencia médica, que la ley lo regula como responsabilidad por riesgo.
b) Que consta que el Dr. Irribarren, luego de la sutura hizo el tacto rectal, comprobando que no había ninguna solución de continuidad entre el conducto vaginal y rectal; por lo que se dio de alta al no presentar ninguna molestia, es más, la co-demandada Sandoval en la atención médica de control posterior del alumbramiento no detectó la fistula ano vaginal la que se presentó 9 días después, por lo que no se descarta que esta se pudo deber a otras causas ajenas a la práctica médica..
c) Que el juez no ha actuado ninguna prueba de oficio conforme lo dispone el artículo 194 del CPC, ni la parte accionante ha presentado ninguna prueba, no basta alegar ni indicar que hay un daño moral, hay que probarlo conforme lo dispone el artículo 188 del CPC.

d) Que no es cierto que exista falta de personal médico suficiente en el Hospital III Chimbote, ya que por el nivel de complejidad de este centro médico, en la guardia de día solo hay un médico ginecológico y por eso contaba con el apoyo de médico residente en ginecología, quien no solo contaba con plaza y sueldo, sino que estando en su residencia, podía realizar tanto el corte como la sutura.

La demandante [redacted], tiene como sustento de su recurso de apelación, lo siguiente:

a) Que no se le informó que la codemandada Jenny Jesus Gutierrez Gonzales no tenía la especialización de ginecología y que no se obtuvo la autorización para que una estudiante de segunda especialización atendiera su parto.

b) Que si bien es cierto, se ha acreditado que el codemandado Carlos Irribarren Angulo el día de los hechos dañosos como médico ginecólogo obstetra, estuvo programado para el servicio de emergencia y además para la atención de partos en sala, orden dispuesta por la administración de hospital, que no está acorde con el buen servicio y es más como médico no posee el don de la ubicuidad (estar en dos o más sitios a la misma vez) eso no lo exime de su responsabilidad que al momento de evaluarla debió informarle quien iba a atender su parto.

c) Que la conducta del codemandado Carlos Irribarren es antijurídica por cuanto con su conducta omisiva ha vulnerado el sistema jurídico porque al momento de evaluarla no le informó los derechos de todo paciente según lo establecido en los artículos 2, 4, 15.1 y 15.2 de la Ley 26842, sobre el nexo causal, existe por cuanto al omitir la información anuló su derecho a elegir a otro médico y contra su voluntad viciada fue atendida por la estudiante de segunda especialización, inexperta, que provocó daños; el daño está acreditado como es la fistula recto vaginal, factor de atribución es de culpa en grado de negligencia por permitir que una estudiante realice la atención de parto sin su supervisión.

d) Que el hecho producido por la codemandada Jenny Gutierrez es antijurídico, ha vulnerado el sistema jurídico que le prohíbe como estudiante de segunda especialización realizar actos médicos sin supervisión de un médico docente, que el daño está acreditado por su impericia que provocó la fistula recto vaginal, por el nexo causal existe relación con el hecho antijurídico y el daño causado y el factor atribución es a título de culpa entendiéndose ésta última que por estar probado, que a sabiendas que no estaba preparada para realizar episiotomías, ni cistorrafías lo hizo.

e) Que la codemandada Doris Romina Sandoval al no disponer exámenes adicionales al simple examen físico a efecto de detectar en forma temprana la fistula recto vaginal y no regresar el 31 diciembre del mismo año, la expuso potencialmente a una septicemia generalizada de carácter irreversible.

f) Que si bien es cierto con los exámenes complementarios no impedía el desarrollo franco de la fistula pero hubiera impedido el proceso infeccioso de las vías urinarias que presentó el 31 de diciembre de 2008, al estar prevenida pudo tener más cuidado en el aseo de sus partes.

g) Que mediante resolución N°55 de fecha 01 de setiembre del 2014 se admite el certificado médico que da cuenta que aún preexiste la lesión recto vaginal, que con el certificado del examen de fistulograma y la placa Rx se determina que a la fecha 14.09.2016 la lesión fistula recto vaginal persiste.

h) Que al momento de la lesión tenía 29 años de edad, había ya alumbrado a su segundo hijo, ahora tiene 37 años de edad sin que la lesión recto vaginal haya sido reparada por los codemandados.

i) Que su proyecto de vida como procrear ha sido dañado, hacerlo en dichas condiciones de salud, es poner en peligro su vida y la de su fruto, la fistula recto vaginal le impide desarrollarse en el plano sexual.

FUNDAMENTOS DE LA SALA:

Sobre el Derecho a la Pluralidad de Instancia:

1.- Respecto al Derecho a la Pluralidad de Instancia el Tribunal Constitucional[1] ha expuesto, que el derecho al debido proceso se encuentra, expresamente reconocido en inciso 3 del artículo 139 de la Constitución del Estado, y está integrado por un conjunto de garantías mínimas e indispensables, que deben estar presentes en todo proceso sea cual fuere su naturaleza, para que éste sea considerado como debido o regular. Entre otros atributos garantistas se reconoce a la pluralidad de instancia y el derecho a la defensa. Sobre el derecho a la pluralidad de la instancia el Tribunal Constitucional ha sostenido que éste tiene por objeto garantizar que todo justiciable "tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal"[2].

Extensión del recurso de apelación:

2.- A diferencia de los jueces de primera instancia *"… el tribunal de segunda instancia conoce y decide aquellas cuestiones a las que ha limitado la apelación el recurrente. No tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; siendo así, solamente puede ser revisado lo apelado, esto es, los agravios referidos por quien impugna, por tanto la labor del colegiado se limita a resolver solamente lo que es materia de expresión de aquellos"*[3].

En atención a lo expuesto, se advierte que mediante la sentencia recurrida, se declaró: 1) Infundadas las observaciones formuladas en Audiencia, y se aprobó el Dictamen Pericial emitido

---

[1] Sentencia expedida por el tribunal constitucional en el expediente n° 1901-2010-pa/tc, de fecha 18 de octubre del 2010. fundamentos 2),3) y4).

[2] expediente n.° 03261-2005-AA/TC.

[3] sentencia recaída en el Exp. N° 2541-2006 expedida por la primera sala civil con sub especialidad comercial de la corte superior de lima.

en autos; asimismo: 2) Se declaró fundada en parte la demanda interpuesta y se ordenó que la entidad demandada, pague a la accionante la suma de S/.100,000.00 (Cien mil con 00/100 Soles), por concepto de daño a la persona (daño moral y al proyecto de vida), más intereses legales desde la fecha de ocurrencia del daño; y se declaró infundada respecto al lucro cesante alegado, así como infundada la demanda respecto a las personas Carlos Rafael Irribarren Angulo, Yenny Jesús Gutiérrez Gonzales, Doris Rominna Sandoval Colchado y Universidad San Pedro; sin costas ni costos [ver folios 1364], siendo que de acuerdo al escrito de apelación de la demandante [redacted] los agravios están referidos exclusivamente al extremo que rechaza su pretensión respecto a la responsabilidad de los médicos intervinientes, así como al monto indemnizatorio [ver folios 1432 a 1443]; mientras que los agravios de la entidad demandada Essalud están dirigidos a desvincular su responsabilidad en los hechos ocurridos; razón por la cual este colegiado en virtud de los límites de extensión de la instancia revisora deberá pronunciarse solo por lo alegado por las partes recurrentes, habiendo quedado consentidos los extremos no apelados de la sentencia venida en grado.

De la Responsabilidad Civil:

3.- Es de indicar que, la responsabilidad es una institución jurídica del derecho civil que busca la reparación de la víctima y que es recogida por nuestro ordenamiento jurídico a través de los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, para el caso de la responsabilidad contractual, dentro del tratamiento sobre inejecución de obligaciones, y 1969 y siguientes en caso de responsabilidad extracontractual, y para su configuración se requiere la concurrencia de los cuatro requisitos o presupuestos fundamentales: a) conducta antijurídica, b) factor de atribución (dolo o culpa), c) daño cierto y d) relación o nexo de causalidad. Lizardo Taboada puntualiza que, "un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil es el aspecto objetivo del daño, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual; en ambos casos, el aspecto fundamental de la responsabilidad civil es el que se haya causado un daño, que deberá ser indemnizado"[4].

Del caso concreto:

4.- La controversia en el presente proceso se centra en determinar si los demandados Essalud - Hospital III de Chimbote, Carlos Rafael Irribarren Angulo en su condición de médico ginecológico, Yenny Jesús Gutiérrez Gonzales en su condición de estudiante de segunda especialidad en ginecología

[4] Lizardo Taboada Córdova: "elementos de la responsabilidad civil", editora grijley, segunda edición, lima, 2005, pp. 59).

(residentado médico), y Doris Rominna Sandoval Colchado en su condición de médico post operatorio, están obligados a indemnizar a la demandante [redacted] con la suma de S/.850.000.00 soles por concepto de daño moral y daño al proyecto de vida por la causa del evento dañoso consistente en una fistula rectovaginal que se habría originado debido a la atención deficiente realizada a la demandante el 21 de diciembre del 2008 en su trabajado de parto.

5.- Con relación a la pretensión incoada el juez de instancia mediante la sentencia que es materia de apelación, resuelve declarar fundada en parte la demanda ordenando a Essalud Hospital III de Chimbote que indemnice a la parte demandante por los conceptos de daño moral y daño al proyecto de vida, e infundada respecto al concepto de lucro cesante y de Carlos Rafael Irribarren Angulo, Yenny Jesús Gutiérrez Gonzales, Doris Rominna Sandoval Colchado y Universidad San Pedro.

Sobre los agravios de Essalud.-

6.- Estando a lo resuelto, tal como se ha indicado la tesis de la entidad demandada Essalud; está destinada a desvincular su responsabilidad en el evento dañoso, alegando que existe un error de derecho, pues se está aplicando el artículo 1969 del CC, cuando debió aplicar el artículo 1970 del CC, indicando que en el presente caso se pretende la indemnización por una supuesta negligencia médica, que la ley lo regula como responsabilidad por riesgo; asimismo sostiene que consta que el Dr. Irribarren, luego de la sutura hizo el tacto rectal, comprobando que no había ninguna solución de continuidad entre el conducto vaginal y rectal; por lo que se dio de alta al no presentar ninguna molestia, señalando además que la codemandada Doris Sandoval en la atención médica de control posterior del alumbramiento no detectó la fistula ano vaginal la que se presentó 9 días después, refiriendo que no se descarta que esta se pudo deber a otras causas ajenas a la práctica médica; así como también aduce que el juez no ha actuado ninguna prueba de oficio conforme lo dispone el artículo 194 del CPC, ni la parte accionante ha presentado ninguna prueba, precisando que no basta alegar ni indicar que hay un daño moral, hay que probarlo conforme lo dispone el artículo 188 del CPC[5], y finalmente sostiene que no es cierto que exista falta de personal médico suficiente en el Hospital III Chimbote, ya que por el nivel de complejidad de este centro médico, en la guardia de día solo hay un médico ginecológico y por eso contaba con el apoyo de médico residente en ginecología, quien no solo contaba con plaza y sueldo, sino que estando en su residencia, podía realizar tanto el corte como la sutura.

Sobre la naturaleza de la responsabilidad de los prestadores de Salud.-

7.- En cuanto al primer argumento de apelación de Essalud referido a que existe un error de derecho, pues se está aplicando el artículo 1969 del CC, cuando debió aplicar el artículo 1970 del CC, y que en el presente caso se pretende la indemnización por una supuesta negligencia médica, que la ley lo regula

[5] Este argumento de apelación será absuelto junto con el extremo de apelación de la demandante respecto a la determinación del daño moral.

como responsabilidad por riesgo; sobre el particular, conviene precisar la naturaleza de la responsabilidad civil de los prestadores de salud, que tal como ha quedado establecido nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza extracontractual[6]

Sobre el factor de atribución.-

8.- Ahora, sobre el factor de atribución de responsabilidad civil, se tienen dos sistemas, la subjetiva y la objetiva, en cuanto a la primera se construye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución subjetivo, obviamente culpa en el sentido amplio que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir el ánimo deliberado de causar daño a la víctima, por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo.

Así por el lado del factor subjetivo, se tiene al artículo 1969 del Código Civil[7] que ha establecido presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal que la víctima no está obligada a demostrar la culpa del autor, sino que corresponderá al autor del daño demostrar su ausencia de culpa[8].

9.- Respecto, al sistema objetivo, como ya se ha indicado el mismo está construido sobre la base de la noción de riesgo creado que constituye el factor objetivo de atribución de responsabilidad consagrado en el artículo 1970 del Código Civil[9], simplificando y haciendo más sencillo establecer el supuesto de responsabilidad civil extracontractual para favorecer la situación de las víctimas, sin hacer referencia alguna a la culpa o ausencia de culpa del autor, por lo que no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño

---

[6] Es opinión casi unánime en la doctrina comparada que el vínculo que une al prestador de salud con el paciente es de naturaleza contractual. En efecto, se señala que para la provisión del servicio de salud tuvo que haber un acuerdo de declaraciones de voluntad, destinado a crear una relación jurídica patrimonial, entre quien presta servicios de salud y quien lo requiere. Es decir, que se celebró un contrato.En el Perú, ese contrato asume la forma de uno de prestación de servicios, regulado en los Arts. 1755 y ss. del C.C., en sus modalidades de locación de servicios, por lo general, y de contrato de obra, en casos excepcionales. Sin embargo, hay una serie de supuestos donde la figura del contrato simplemente no se da. Pensemos en la atención que nos brindan los médicos del seguro social. ¿Celebramos un contrato con ellos?. ¿Les pagamos una retribución?. ¿O es que más bien hemos celebrado contrato con la entidad pública, con ESSALUD? Los que estamos afiliados al sistema público de seguridad social en salud sabemos bien que jamás celebramos contrato alguno y que si se aporta a este seguro un monto extraído de nuestra remuneración, es porque la ley, y no el contrato, lo ha señalado así.Lo mismo podemos decir de la llamada "atención médico-quirúrgica de emergencia", reconocida por el Art. 3 de la Ley General de Salud. En ella se establece la obligación de los establecimientos de salud de prestar atención médico-quirúrgica de emergencia a quien la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o salud. Esa obligación, como podrá verse, nace de la ley y no del contrato. En consecuencia, no debemos limitar la naturaleza del vínculo prestador de salud-paciente a una relación contractual, sino que dicha naturaleza debe ser establecida en relación al caso concreto. Al respecto las Cas. N° 684-95 y 1312-96 la Corte Suprema señala que el vínculo existente entre ESSALUD y los asegurados no es de naturaleza contractual pues se trata de un "contrato genérico" mediante el cual el Estado, por mandato de la ley, vincula a toda persona que mantenga relación laboral con empleador del sector público a las prestaciones de ESSALUD.

[7] Artículo 1969 del Código Civil.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. **El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.**

[8] Con esta inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, lo que se logra es favorecer a las víctimas, por cuanto se les libera de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor, pues el mismo se presume culpable, correspondiéndole en todo caso a él probar su ausencia de culpa, a fin de poder liberarse de responsabilidad civil. Lizardo Taboada Córdova: "elementos de la responsabilidad civil", editora grijley, segunda edición, lima, 2005, pp. 114.

[9] Artículo 1970 del Código Civil.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común y que por ello mismo merecen la calificación de riesgosos[10].

10.- Por lo que los conceptos de culpa y riesgo, aun bajo las cláusulas generales normativas contenidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, deben ser redefinidos de la siguiente forma: a) culpa, significará carencia de medidas de prevención, dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado este a cargo de las dos partes; b) riesgo o peligrosidad, significará carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados[11].

Sobre los factores de atribución de responsabilidad a los prestadores de salud.-

11.- No obstante conviene precisar respecto a los factores de atribución en la responsabilidad civil de los prestadores de salud, el determinar qué clase de responsabilidad es si la obligación indemnizatoria debe ser asumida por los agentes dañadores en razón de factores subjetivos, como la culpabilidad, o más bien de factores objetivos, como el riesgo. En otras palabras: ¿la responsabilidad civil de los prestadores de salud es objetiva o subjetiva?. No parece haber dudas en la doctrina y jurisprudencia comparadas de que la responsabilidad civil de los prestadores de salud será siempre subjetiva; es decir, que el prestador de salud responderá de los daños únicamente cuando los causó mediante el ejercicio doloso o culposo de su actividad. Así las pocas dudas que podría haber al respecto quedaron zanjadas con la promulgación de la Ley General de Salud, en cuyo artículo 36 se precisó que los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de sus actividades. Sin embargo, cabe hacer una excepción respecto a la responsabilidad que corresponde a los establecimientos de salud, llámese hospitales, clínicas y postas médicas. En estos casos, su responsabilidad es objetiva, pues el artículo 48 de la mencionada Ley General de Salud establece para ellos una responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que cause el personal bajo su dependencia. Esta no es más que una aplicación concreta del principio general de la responsabilidad vicaria, recogido en el artículo 1981 del C.C., y significa que los establecimientos de salud son responsables por el solo hecho de mantener un vínculo de dependencia con el autor directo del daño, lo cual constituye un factor objetivo de atribución, pues no interesa para estos efectos el análisis de la culpa.

12.- Siendo así resulta oportuno traer a colación lo resuelto en la Casación N°1135-95-Lima respecto a la aplicación del artículo 1970 del Código Civil alegado por la parte recurrente el cual resultaría de aplicación a su condición: *(…) el mencionado artículo establece que aquel que mediante un bien riesgoso o*

---

[10] Lizardo Taboada Córdova: "elementos de la responsabilidad civil", editora grijley, segunda edición, lima, 2005, pp. 117.
[11] Fernández Cruz, Gastón. De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo?, (Panorama del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil Peruano).En: Themis No 50. Lima- Perú. 2005. p. 270.

peligroso por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a repararlo, estableciéndose así el supuesto de la responsabilidad por el riesgo, entendiéndose que ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa o dolo en el agente, pudiéndose afirmar que existe una especie de culpa virtual por el hecho de la utilización de la actividad riesgosa; que en el presente caso la operación practicada por el médico es considerada como actividad riesgosa (…).

13.- Conviene precisar que el sistema objetivo de responsabilidad no entiende ni pretende que en los casos de daño causados a través de bienes o actividades riesgosos, no exista culpa del autor, pues ello sería absurdo e irreal, lo único que se pretende es hacer una abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor de modo tal que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, asimismo resulta oportuno destacar que ambos sistemas de responsabilidad civil no son contradictorios, ni contrapuestos entre sí, sino por el contrario son complementarios, siendo perfectamente coherente su aplicación al caso concreto, razón por la cual debe desestimarse este argumento de apelación referido a este extremo.

14.- Con relación al alegato consistente en que el Dr. Irribarren, luego de la sutura hizo el tacto rectal, comprobó que no había ninguna solución de continuidad entre el conducto vaginal y rectal; por lo que se dio de alta al no presentar ninguna molestia, y que la codemandada Doris Sandoval en la atención médica de control posterior del alumbramiento no detectó la fistula ano vaginal la que se presentó 9 días después, y que no se descarta que esta se pudo deber a otras causas ajenas a la práctica médica; así como que no es cierto que exista falta de personal médico suficiente en el Hospital III Chimbote, ya que por el nivel de complejidad de este centro médico, en la guardia de día solo hay un médico ginecológico y por eso contaba con el apoyo de médico residente en ginecología, quien no solo contaba con plaza y sueldo, sino que estando en su residencia, podía realizar tanto el corte como la sutura; sobre el particular, tal como se ha venido señalando los argumentos de apelación de la demandada Essalud están dirigidos a desvincular su responsabilidad en los hechos ocurridos.

Sobre la responsabilidad de Essalud.-

15.- Así se tiene que, mediante el Informe Pericial[12], evacuado por los peritos designados en autos, doctores Raymundo Gutiérrez León y Óscar David Barrenechea Varas, el cual en rubro comentarios consignaron: (…) de acuerdo a la Guía de práctica clínica de parto vaginal en cesareada anterior[13], se cumplieron con todos los requisitos para que una gestante cesareada intente tener un parto vaginal, **excepto el que debió ser atendida por el Médico Gineco-obstetra de turno**. Sin embargo, de la

[12] El cual fue objeto de observación únicamente por parte de la demandante [redacted] [ver folios 943] y que no ha sido objeto de cuestionamiento a través de su escrito de apelación; de igual forma la demandada Essalud no ha fundamentado en su escrito de apelación cuestionamiento en contra de dicha documental, ni ha hecho mención alguna al respecto, por lo que se debe tener por aprobado al haber quedado consentidos los extremos no apelados.
[13] La Guía de Práctica Clínica de Parto Vaginal en Cesareada Anterior corre a folios 839 a 848.

ampliación de la manifestación de los demandados, este requisito no se pudo cumplir, por cuanto **solo se cuenta con un médico gineco-obstetra de guardia, durante el día**, el que tiene que atender también pacientes en el área de emergencia, por lo que el demandado Dr. Irribarren autorizó a la médico residente Yenny Gutiérrez a que atendiera el parto (…) [ver folios 906], Y en el apartado conclusiones señalaron: (…) La paciente [redacted] llegó al Hospital de ESSALUD en trabajo de parto, el cual concluyó con el nacimiento de un bebe de 3,620 gramos y la expulsión de la placenta, sin complicaciones, se realizó una episiotomía amplia, la adecuada para una paciente con el antecedente de haber tenido un parto anterior por cesárea (…) la episiorrafia finalmente es realizada por el médico asistente de turno Dr. Carlos Irribarren Angulo, quien no pudo estar en todo momento o a dedicación exclusiva en la atención de la paciente durante la sutura de la episiotomía, pues era requerido también por otros pacientes en el servicio de emergencia (…) Es decir existe un déficit de médicos en la especialidad de ginecología y obstetricia por lo que la institución de Essalud debe programar a través de su órgano competente como es el departamento de ginecoobstetricia, 2 médicos de guardia durante las 24 horas del día para que uno de ellos esté en la sala de dilatación y de partos y el otro médico especialista en el área de emergencia corrigiendo así este defecto y así poder dar cumplimiento a lo estipulado en su protocolo de atención, evitando estos vacíos en la atención de las pacientes (…) [ver folios 907 a 908].

16.- Cabe resaltar que según se advierte del Acta de Continuación de Audiencia de Pruebas de fecha 24 de julio del 2014, el abogado de ESSALUD, preguntó a los peritos médicos bajo qué criterios han consignado en su Informe Médico Pericial que su representada es en parte responsable de los daños sufridos por la demandante, respondiendo el perito médico Gutiérrez León Raymundo que: *(…) en todos los hospitales de Lima existen dos médicos de turno, conforme lo establece la ley de la materia, sin embargo, en los hospitales de provincia, específicamente en los de Chimbote, solo se designa un médico de turno, lo cual dificulta sus labores (…).* A lo que el Juez de instancia formuló la siguiente pregunta: *¿Es posible que de haber contado con dos médicos de turno, no se hubiera producido la fistula?* a lo que se respondió: *Posiblemente, además, puede ser también que si el Dr. Irribarren hubiera hecho el corte desde el principio, se hubiera evitado el presente proceso* [ver folios1028].

17.- Estando a lo reseñado, corresponde remitirnos a lo establecido por la Ley General de Salud, Ley N° 26842, que aborda de manera frontal el tema en su artículo 48° según el cual *"el establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.* ***Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se***

ofrece". Así como también, del Título Preliminar se aprecia: *La protección de la salud es de interés público, por tanto, es de responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla* (artículo II); *Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad* (artículo VI) (El resaltado es nuestro).

18.- No resulta novedoso y controvertido que en los centros médicos estatales o del seguro social, la falta de personal capacitado y especializado, la infraestructura adecuada, material idóneo y equipo médico en general optimo, para el tratamiento del paciente puede ser el causante de eventos adversos[14], en ese sentido, no cabe duda que los establecimientos de salud, en tanto deudores del servicio sanitario, pueden resultar responsables no solo por los hechos atribuibles al personal de ese servicio, sino también al mal funcionamiento del sistema y a la insuficiencia organizativa, en tanto garantizan al cliente – paciente- por los riesgos que acarrea todo mal funcionamiento de la estructura organizativa o del sistema en sí mismo[15]. Por lo que si postulamos la tesis que esboza la recurrente, respecto a la aplicación del artículo 1970 a su caso particular, referida a la responsabilidad civil objetiva, la cual tal como se ha dejado sentado en el fundamento trece de la presente sentencia, complementa al de la responsabilidad subjetiva, y que permite en determinados supuestos, indemnizar a una víctima por un daño médico, con prescindencia de la probanza de la falta de diligencia o negligencia del personal profesional, sino solamente probar que el daño ocurrió en el ámbito de las instalaciones o infraestructura (fijas y móviles) del centro médico, en este caso de el Hospital III de Chimbote – Essalud, se puede concluir que la entidad demandada no ha acreditado que exista fractura causal que la exima de responsabilidad, dado que por el dispositivo legal citado resulta siendo responsable de los daños causados a la víctima, en este caso, por no haber brindado un servicio adecuado consistente en el abastecimiento de mayor personal especialista para atender el número de pacientes que recibe, razón suficiente para que se desestime su recurso de apelación y se confirme la venida en grado en este extremo.

---

[14] Por ejemplo se estima que unos 800 casos de cardiopatías congénitas - malformaciones del corazón presentes desde el nacimiento- no son atendidos oportunamente, debido a la falta de recursos y personal entrenado, según reveló en el 2009 el Jefe del Departamento de Cardiopediatría del Instituto Nacional del Corazón (Incor) de Essalud, Manuel Adrianzén y quien aseveró *"por más esfuerzo que hagamos no podemos atenderlos a todos, puesto que la lista de espera viene creciendo de manera geométrica", "La situación de los menores de edad es dramática. Al año en el Incor solo se intervienen 200 casos por cirugía y otros 100 por cardiología intervencionista; y este esfuerzo no es suficiente. Queda claro que tenemos que incrementar en tres o cuatro veces nuestra capacidad para atender la actual demanda"*. Se estima que anualmente deberían ser atendidos entre 1.000 y 1.200 niños solo en Essalud. Es decir, quedan a la deriva unos 800 pequeños, lo cual explicaría el porqué la lista de espera crece de manera incontrolable. Esta situación es todavía más difícil en el Ministerio de Salud, que triplica estos números. El Comercio. Unos 800 casos de cardiopatías congénitas no son atendidos. En: http://proyectosalud-idlads.blogspot.com/2009/10/unos-800-casos-de-cardiopatias.html.

[15] WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio. cit., p. 65

Sobre los agravios de la demandante [redacted] -

19.- Por otro lado, la demandante [redacted] a través de su recurso de apelación alega que no se le informó que la codemandada Jenny Jesus Gutierrez Gonzales no tenía la especialización de ginecología y que no se obtuvo la autorización para que una estudiante de segunda especialización atendiera su parto, asimismo refiere que la conducta del codemandado Carlos Irribarren es antijurídica por cuanto con su conducta omisiva ha vulnerado el sistema jurídico porque al momento de evaluarla no le informó los derechos de todo paciente según lo establecido en los artículos 2, 4, 15.1 y 15.2 de la Ley 26842, sobre el nexo causal, existe por cuanto al omitir la información anuló su derecho a elegir a otro médico y contra su voluntad viciada fue atendida por la estudiante de segunda especialización, inexperta, que provocó daños; que el daño está acreditado como es la fistula recto vaginal, que el factor de atribución es de culpa en grado de negligencia por permitir que una estudiante realice la atención de parto sin su supervisión, así como también indica que el hecho producido por la codemandada Jenny Gutierrez es antijurídico, pues ha vulnerado el sistema jurídico que le prohíbe como estudiante de segunda especialización realizar actos médicos sin supervisión del un médico docente, que el daño está acreditado que por su impericia se provocó la fistula recto vaginal, por el nexo causal existe relación con el hecho antijurídico y el daño causado y el factor atribución es a título de culpa entendiéndose ésta última que por estar probado que a sabiendas que no estaba preparada para realizar episiotomías, ni cistorrafías lo hizo, con respecto a la codemandada Doris Romina Sandoval señala que al no disponer exámenes adicionales al simple examen físico a efecto de detectar en forma temprana la fistula recto vaginal y no regresar el 31 diciembre del mismo año, la expuso potencialmente a una septicemia generalizada de carácter irreversible y que su proyecto de vida como procrear ha sido dañado, hacerlo en dichas condiciones de salud, es poner en peligro su vida y la de su fruto, la fistula recto vaginal le impide desarrollarse en el plano sexual.

20.- Con relación al argumento de apelación consistente en que no se le informó que la codemandada Jenny Jesus Gutierrez Gonzales no tenía la especialización de ginecología y que no se obtuvo la autorización para que una estudiante de segunda especialización atendiera su parto, agregando que la conducta del codemandado Carlos Irribarren Angulo es antijurídica por cuanto que con su conducta omisiva ha vulnerado el sistema jurídico porque al momento de evaluarla no le informó los derechos de todo paciente según lo establecido en los artículos 2, 4, 15.1 y 15.2 de la Ley 26842, sobre el nexo causal, existe por cuanto al omitir la información anuló su derecho a elegir a otro médico y contra su voluntad viciada fue atendida por la estudiante de segunda especialización, inexperta, que provocó daños; que el daño está acreditado como es la fistula recto vaginal, que el factor de atribución es de culpa en grado de negligencia por permitir que una estudiante realice la atención de parto sin su supervisión.

Sobre el consentimiento libre e informado como derecho del paciente.-

21.- Al respecto la Ley General de Salud – Ley 26842 establece:

Artículo 2.- *"Toda persona tiene derecho a exigir que los bienes destinados a la atención de su salud correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización. Así mismo, tiene derecho a exigir que los servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares; de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales".*

Artículo 4.- *"Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.* ***Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia****.*

Artículo 15.- *Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:*

15.1 Acceso a los servicios de salud

(…) b) A elegir libremente al médico o el establecimiento de salud, ***según disponibilidad y estructura de éste, con excepción de los servicios de emergencia.***

15.2 Acceso a la información

(…) a) A ser informada adecuada y oportunamente de los derechos que tiene en su calidad de paciente y de cómo ejercerlos, tomando en consideración su idioma, cultura y circunstancias particulares. b) A conocer el nombre del médico responsable de su tratamiento, así como el de las personas a cargo de la realización de los procedimientos clínicos. En caso de que se encuentre disconforme con la atención, el usuario debe informar del hecho al superior jerárquico (…).

Artículo 40.- *Los establecimientos de salud y los servicios médicos de apoyo tienen el deber de informar al paciente y sus familiares sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio, así como los aspectos esenciales vinculados con el acto médico.*

Ningún establecimiento de salud o servicio médico de apoyo podrá efectuar acciones que correspondan a actos que no hayan sido previamente autorizados por el paciente o por la persona llamada legalmente a hacerlo, si correspondiere, o estuviere impedido de hacerlo, de conformidad con lo que establece el reglamento de la presente ley.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo precedente la atención de emergencia destinada a enfrentar la situación que pone en peligro inminente la vida o la salud del paciente*. (Lo resaltado es nuestro).*

22.- Estando al dispositivo señalado, del documento denominado Notas de Evolución de la Historia Clínica de la recurrente, se ha consignado que la paciente [redacted] el 21 de diciembre del 2008 a horas 11: 20 am, **a través del servicio de emergencia**, la gestante 40 fa[16] ingresa al servicio por presentar contracciones uterinas frecuentes, pérdida de tapón mucoso, evaluada por ginecólogo, indica

[16] Fase activa.

Hematocrito 6v y c hospitalización [ver folios 11], así como también de la **historia clínica de emergencia** se registró a las 11:27am del mismos día, como síntomas principales de la paciente: contracciones internas frecuentes, pérdida de tapón mucoso [ver folios 07], a las 13:00 horas del mismo día, se colocó como hospital de referencia: **Emergencia**, dolor tipo contracción uterina, **acude a emergencia**, parto por cesaria pódalico, multigesta de 40 semanas [ver folios 12] (el resaltado es nuestro).

23.- Por lo que, si bien la tesis que esboza la recurrente está dirigida a desvirtuar la condición de emergencia que presentó al ingresar al hospital, lo cierto es que de acuerdo a los registros de la historia clínica (instrumento oficial que contiene los aspectos relacionados con la atención directa del paciente) se consignó una situación diferente, más aún si se tiene en cuenta que de la impresión diagnostica en la fase gestación de 39 semanas se consignó supervisión de embarazo de alto riesgo [ver folios 455], razón por la cual, el consentimiento y la elección que aduce la recurrente se ve exceptuado por esta circunstancia, máxime, si tal como ha quedado plenamente establecido en el fundamento dieciocho que los centros de salud pública carecen de personal para abastecerse en la prestación de los pacientes que atiende, ya que no es el caso del paciente que acude a un médico privado de su elección, sino mas bien nos encontramos en el supuesto que el paciente acude a un establecimiento donde será atendido por el médico de turno, y esto se debe a la solidaridad del servicio prestado por los centros del Estado donde si bien existe una aportación por este derecho, este no tiene relación directa con el costo real de la necesidad del servicio requerido, razón por la cual es muy común que el paciente no elige qué médico lo atenderá, por lo que en absoluto se anuló su derecho a elegir a otro médico como mal alega la recurrente, puesto que fue atendida por el único medico que se encontraba de turno, no existiendo posibilidad de optar por otra persona, motivo por el cual debe desestimarse este argumento de apelación.

Sobre la responsabilidad de Carlos Rafael Irribarren Angulo.

24.- La demandante enfoca la responsabilidad del codemandado Carlos Irribarren Angulo sosteniendo que su conducta es **antijurídica** por cuanto que con su conducta omisiva ha vulnerado el sistema jurídico porque al momento de evaluarla no le informó los derechos de todo paciente según lo establecido en los artículos 2, 4, 15.1 y 15.2 de la Ley 26842, sobre el **nexo causal**, existe por cuanto al omitir la información anuló su derecho a elegir a otro médico y contra su voluntad viciada fue atendida por la estudiante de segunda especialización, inexperta, que provocó daños; que el **daño** está acreditado como es la fistula recto vaginal, que el **factor de atribución** es de culpa en grado de negligencia por permitir que una estudiante realice la atención de parto sin su supervisión.

25.- Sobre lo expuesto, es pertinente mencionar que en la responsabilidad extracontractual, a fin de que proceda la indemnización correspondiente, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) daño causado, b) antijuricidad, c) relación de causalidad, y d) factor de atribución.

Por lo que en el presente caso corresponde establecer si estos elementos concurren en la conducta del codemandado, a efectos de verificar si también es responsable del pago de la indemnización que se pretende.

Sobre el Daño Causado:

26.- En relación al daño causado; mediante la Casación N° 1554-2006-Lima, la Corte Suprema ha señalado: "*que, el daño está definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, el cual debe ser reparado o indemnizado*"; por otro lado, Lizardo Taboada Córdova, en su obra "Elementos de la Responsabilidad Civil", indica: "(…) Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión"[17].

27.- Estando a lo expuesto, de la revisión del expediente acompañado[18] se tiene dos certificados médicos, en el primero de ellos, de fecha 03 de enero de 2009 donde se consigna: *"Peritada ingresa el 21/XII/08 al HOSPITAL ESSALUD III - CHIMBOTE por presentar embarazo, se realiza el parto ese mismo día aprox. a las 14:59 hs., sale de alta el 22/XII/08. Reingresa el 31/XII/08 y actualmente se encuentra hospitalizada en el servicio de GINECOLOGÍA del Hospital ESSALUD III - CHIMBOTE con el diagnóstico de PUERPERA DE 11 DÍAS - FÍSTULA RECTO VAGINAL. El Servicio de Ginecología hace interconsulta al servicio de cirugía que confirma el diagnóstico y recomienda: Antibióticos por 07 días.- Lavados continuos en zona afectada. Control endoscópico en 12 semanas"* [ver folios 30]. En el segundo, de fecha 17 de julio de 2009, se refiere: "*Presenta informe de resultados de rayos X del examen solicitad (fistulografía) de fecha del 15/VII/09, realizado en el SERVICIO DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEN DEL HOSPITAL III CHIMBOTE, cuyo tenor es: SE OBSERVA PEQUEÑO AGUJERO FISTULOSO EN LA PARTE INFERIOR DE LA VAGINA DONDE SE COLOCA EL CATETER Y AL INYECTAR LA SUSTANCIA DE CONTRASTE SE OBSERVA QUE EL TRAYECTO FISTULOSO SE CONECTA CON LA CAVIDAD VAGINAL. NO SE LOGRA OBSERVAR OTRO ORIFICIO FISTULOSO. SE SUGIERE ESTUDIO CON FLUOROSCOPIA. Consta en el documento el nombre del Dr. Márquez Fernández, Iván Pablo, pero no lo firma"* [ver folios 31].

Por lo que teniendo en cuenta dichas documentales se puede colegir que como consecuencia de la intervención quirúrgica para facilitar el trabajo de parto a la recurrente se le ocasionó una fistula recto vaginal, por lo que se ha acreditado el daño ocasionado, ahora corresponde verificar si el codemandado está obligado al pago de una indemnización por los daños que la parte demandante alega haber sufrido.

---

[17] ídem. ob. cit. pág. 34

[18] Los folios que se indican en este considerando corresponden al expediente acompañado N° 3311-2009-0-2501-JR-PE-04

Del factor de la Antijuricidad:

28.- Al respecto la Corte Suprema de la República señala mediante la Casación N° 3230-00 de fecha 09 de marzo del 2001, que el requisito de la antijuricidad del hecho imputado presupone la existencia de un hecho ilícito que implica la verificación de una conducta contraria a derecho, que da origen a una responsabilidad indemnizatoria. Por otro lado, Guillermo Andrés Chang Hernández, indica: "La antijuricidad es una condición de la conducta dañosa y, por ende, se extiende al daño que produce, y de allí que también se hable de daño antijurídico.

29.- La recurrente considera que con la conducta omisiva del demandado de brindar la información correspondiente a su atención ha contravenido lo establecido en los artículos 2, 4, 15.1 y 15.2 de la Ley 26842 ya citada, no obstante se debe señalar que este extremo ya ha sido dilucidado conforme al fundamento veintitrés, al advertir que dicha disposición tiene una excepción en los casos de emergencia, siendo que la recurrente no ha acreditado en toda la secuela del proceso que su estado al momento del ingreso haya sido distinto al de una emergencia por el cual fue atendida por el riesgo que presentaba su segundo embarazo.

Sobre el Nexo Causal y el Factor de Atribución:

30.- En cuanto a la relación de causalidad, se ha señalado que por la misma, se entiende que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima[19]. En tal sentido para poder determinar esta relación debemos entender que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor, así, Ana Chaparro Flores, en su artículo "Cabalgando de paso por el daño patrimonial", sugiere: "El daño debe ser consecuencia de una conducta antijurídica. Hay causa cuando una cosa ocurre después de otra, de modo tal que sin la primera no se habría suscitado la segunda, como establece el principio de causalidad, todo efecto tiene una causa". En cuanto a los factores de atribución son aquellos que determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social. Así se tiene que el Art. 1969° del Código Civil prescribe: *"Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"*; ello es exigible en un supuesto de responsabilidad subjetiva. Mientras, tal como se ha venido sosteniendo también podrá ser aplicable las reglas de la responsabilidad objetiva, prevista en el artículo 1970 del Código Civil, el cual prescribe que: *"aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo"*.

---

[19] *Taboada Córdova, Lizardo. elementos de la responsabilidad civil, pág. 83.*

31.- Sobre este elemento la recurrente sostiene que existe nexo causal por cuanto al omitir la información anuló su derecho a elegir a otro médico y contra su voluntad viciada fue atendida por la estudiante de segunda especialización, inexperta, que provocó daños y respecto al factor de atribución aduce que es de culpa en grado de negligencia por permitir que una estudiante realice la atención de parto sin su supervisión; sobre el particular, se tiene a la vista el reporte de atenciones del demandado el día 21 de diciembre de 2008, advirtiéndose que atendió 14 pacientes, entre consultorio y hospitalización [ver folios 207]. Esta información se verifica con el contenido de la Carta N° 175-SGOB-DMI-DHIII-G-RAAN-ESSALUD-2016, donde el Jefe del Servicio Gineco Obstetricia del Hospital III - Chimbote ESSALUD, refiere que las labores eran realizadas, a la fecha de los hechos, por un médico ginecólogo en guardia diurna, uno en guardia nocturna y uno en hospitalización (piso) [ver folios 1349], por lo que si nos remitimos a lo actuado en la Continuación de Audiencia de Pruebas de fecha 24 de julio del 2014, donde el abogado de ESSALUD, preguntó a los peritos médicos bajo qué criterios han consignado en su Informe Médico Pericial que su representada es en parte responsable de los daños sufridos por la demandante, respondiendo el perito médico Gutiérrez León Raymundo que: *(…) en todos los hospitales de Lima existen dos médicos de turno, conforme lo establece la ley de la materia, sin embargo, en los hospitales de provincia, específicamente en los de Chimbote, solo se designa un médico de turno, lo cual dificulta sus labores (…).* Y por su parte lo que el Juez de instancia preguntó: *¿Es posible que de haber contado con dos médicos de turno, no se hubiera producido la fistula?* a lo que se respondió: *Posiblemente, además, puede ser también que si el Dr. Irribarren hubiera hecho el corte desde el principio, se hubiera evitado el presente proceso* [ver folios1028]. *Se* tiene que debido a la carencia de personal asignado no le es posible exigir al médico obre más allá de lo normalmente aceptado, máxime si la propia recurrente en su escrito de apelación ha reconocido que en autos se acreditó que el codemandado Carlos Irribarren Angulo el día de los hechos dañosos como médico ginecólogo obstetra, estuvo programado para el servicio de emergencia y además para la atención de partos en sala, orden dispuesta por la administración del hospital, que no está acorde con el buen servicio y es más como médico no posee el don de la ubicuidad (estar en dos o más sitios a la misma vez) [ver folios 1435], en consecuencia nos encontramos ante una causa ajena (hecho determinante de un tercero) quien en este caso vendría a ser ESSALUD, quien al prestar su servicio no brindó al personal necesario para que éste sea adecuado, en consecuencia existe fractura del nexo causal, que exonera al mismo de responsabilidad.

Sobre la responsabilidad de Jenny Jesus Gutiérrez Gonzales.

32.- Con relación a la codemandada Jenny Gutierrez, la recurrente ha sostenido que el hecho producido por esta persona es **antijurídico**, porque ha vulnerado el sistema jurídico que le prohíbe como estudiante de segunda especialización realizar actos médicos sin supervisión de un médico docente, que el **daño** está acreditado por su impericia se provocó la fistula recto vaginal, por el **nexo causal** existe relación con el hecho antijurídico y el daño causado y el **factor atribución** es a título de culpa entendiéndose ésta

última que por estar probado, que a sabiendas que no estaba preparada para realizar episiotomías, ni cistorrafías lo hizo.

33.- Sobre el particular, se tiene que el Reglamento del Internado de la Facultad de Medicina Humana de la de la Universidad San Pedro establece en su artículo 4: *Las actividades de internado tienen como objetivo principal* ***aplicar en forma práctica y supervisada*** *los conocimientos adquiridos para la promoción, recuperación y rehabilitación de la salud (…) complementada con actividades académicas programadas por el servicio* ***y supervisadas por el coordinador de la sede hospitalaria***. En su artículo 9: ***El interno dependerá*** *en el aspecto docente de la Facultad de Medicina de la USP y* ***en lo asistencial - administrativo de la Dirección de su sede hospitalaria u otra sede***; y el artículo 61.18 referido a obligaciones del interno señala que: *no debe realizar actos médicos que no estén refrendados por los médicos asistentes* [ver folios 261]. (el resaltado es nuestro), así como también se tiene a la vista el Programa de Segunda Especialización Residentado Médico que en punto 7 sobre logros mínimos por años de estudios según aéreas (rubro 7.1.2 Asistencial - en Centro Obstétrico) señala que con supervisión directa y de acuerdo a los protocolos: las internas pueden realizar atención del parto eutócico, **episiotomías[20] y episiorrafias[21]**, extracciones manuales de placenta, revisiones del canal de parto, reparaciones perineales de primer y segundo grado [ver folios 497].

34.- Estando a los dispositivos citados se puede determinar que a la codemandada Yenny Jesús Gutiérrez Gonzales sí le estaba permitido realizar la episiotomía y la episiorrafía, empero dicha intervención necesariamente tenía que hacerse con la supervisión directa del médico especialista a cargo en este caso el codemandado Carlos Rafael Irribarren Angulo, lo que en los hechos no ocurrió debido a tal como se indicó, esto se debió a la carencia de médicos especialistas de turno en ese momento, configurándose una fractura de nexo causal derivada de la circunstancia generada por el hecho determinante de tercero - ESSALUD – de no brindar las condiciones necesarias para prestar un servicio optimo, razón por la cual debe desestimarse este extremo apelado.

Sobre la responsabilidad de Doris Romina Sandoval Colchado.

35.- En cuanto a la situación de la codemandada Doris Romina Sandoval, la recurrente alega que al no disponer exámenes adicionales al simple examen físico practicado a efecto de detectar en forma temprana la fistula recto vaginal y no regresar el 31 diciembre del mismo año, la expuso potencialmente a una septicemia generalizada de carácter irreversible. Indicando que si bien es cierto con los exámenes

[20] Corte vaginal.
[21] Sutura vaginal.

complementarios no impedía el desarrollo franco de la fistula pero hubiera impedido el proceso infeccioso de las vías urinarias que presentó el 31 de diciembre de 2008, al estar prevenida pudo tener más cuidado en el aseo de sus partes.

36.- Sobre lo alegado, se advierte que la recurrente sustenta la responsabilidad de la codemandada en el daño causado por una potencial septicemia, sin embargo, se tiene a la vista la Historia Clínica de emergencia de fecha 31 de diciembre del 2008 donde se consigna como síntomas principales: *10 días, post parto vaginal, episiotomía (…) actualmente evidente fistula recto vaginal* [ver folios 333], siendo que no se consigna alguna infección o septicemia como mal aduce la demandante, teniendo en cuenta esta atingencia, cabe resaltar que el criterio indemnizatorio recae sobre daños concretos, es decir, no resulta amparable que se pretende atribuir responsabilidad a una persona por aspectos no evidenciados, razón suficiente para desestimar este argumento de apelación referido a este extremo.

De la cuantificación de la indemnización

37.- De la resolución recurrida, se advierte que el juez de instancia ha resuelto ordenar que la codemandada Essalud cumpla con indemnizar a la demandante con la suma de S/.100,000.00 (Cien mil con 00/100 Soles), por concepto de daño moral y daño al proyecto de vida, desestimando la pretensión respecto al daño patrimonial de lucro cesante.

38.- Por lo que en virtud del principio que dispone: *"tantum apellatum quantum devolutum"* que implica *"al resolverse la impugnación ésta solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante"*; por ello, en virtud del "principio de limitación" aplicable a toda actividad recursiva le impone al Tribunal[22] *(…) la limitación de referirse al tema de alzada (…),*este Colegiado deberá centrarse únicamente a la absolución de los agravios que se presentó en el recurso de apelación por la demandante la cual se sustenta en que mediante la resolución N°55 de fecha 01 de setiembre del 2014 se admite el certificado médico que da cuenta que aún preexiste la lesión recto vaginal, que con el certificado del examen de fistulograma y la placa Rx se determina que a la fecha 14.09.2016 la lesión fistula recto vaginal persiste, así como también precisa que al momento de la lesión tenía 29 años de edad, había ya alumbrado a su segundo hijo, y que ahora tiene 37 años de edad sin que la lesión recto vaginal haya sido reparada por los codemandados, y que su proyecto de vida como procrear ha sido dañado, hacerlo en dichas condiciones de salud, es poner en peligro su vida y la de su fruto, la fistula recto vaginal le impide desarrollarse en el plano sexual.

39.- Teniendo en cuenta los extremos apelados, se aprecia que a través de su escrito postulatorio de demanda la recurrente solicitó el resarcimiento por daño emergente, lucro cesante, daño a la persona, daño moral, proyecto de vida, fijando como monto indemnizatorio la suma de S/850,000.00 soles [ver

[22] Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 04492-2008-AA.

folios 163], sin embargo, como se puede advertir del contenido de la demanda, la accionante no cuantificó cada tipo de daño, así como tampoco no acreditó el lucro cesante, razón por la cual mediante la recurrida se desestima este extremo (el cual no ha sido objeto de cuestionamiento a través de su escrito de apelación), otra situación que merece pronunciamiento es que el Juez de instancia no ha cumplido con emitir pronunciamiento respecto al daño emergente requerido, y tampoco la demandante ha alegado algo al respecto, ni en su escrito de demanda como en su escrito de apelación, razón por la cual este colegiado omite pronunciarse a sobre este aspecto, al haber quedado firme los extremos no apelados, sin embargo, lo que resulta curioso es que al inicio la demandante solicita indemnización en la suma de S/850,000.00 soles sobre la base de estos daños enunciados (daño emergente, lucro cesante, daño a la persona, daño moral, proyecto de vida), empero ahora a través de su escrito de apelación, solicita el mismo monto pero solo para dos tipos de daños (daño moral y daño al proyecto de vida).

Respecto al daño moral

40.- En cuanto al daño moral, debe considerarse que el mismo constituye un sufrimiento de la persona, que en este caso debió tener como causa la fistula recto vaginal que padeció o padece la demandante, según el artículo 1985 del Código Civil. En buena cuenta, el daño moral se indemniza como consecuencia directa de la afectación de intereses personales (ejemplo: mutilación del afectado, desfiguración, entre otros). Así el daño moral debe entenderse como el **dolor de afección, pena, sufrimiento, frustración, angustia, inseguridad y gran dolor.** La doctrina ha precisado que existen dos grandes problemas con referencia al daño moral como acreditarlo y como cuantificarlo, él articulo 1984 expresa que el monto indemnizatorio debe ir acorde con el grado de sufrimiento de la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general.

41.- Así tenemos que el daño moral es el daño ocasionado en el ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que tiene como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual"[23], en ese sentido, debe descartarse el argumento de la entidad demandada Essalud referido a que no se ha actuado ninguna prueba de oficio conforme lo dispone el artículo 194 del CPC, ni la parte accionante ha presentado ninguna prueba para acreditar el daño moral alegado, ya que en virtud de la máxima de la experiencia y las presunciones, es evidente que existe una afectación, frustración, angustia y sufrimiento como consecuencia del daño ocasionado que menguan la dignidad de la recurrente como es la situación incómoda y molesta de la expulsión de gases por la vagina , por lo que debe confirmarse este extremo resuelto.

Daño al proyecto de vida

42.- Al respecto, se advierte que este concepto se sustenta en que mediante la resolución N°55 de fecha 01 de setiembre del 2014 se admite el certificado médico que da cuenta que aún preexiste la lesión recto

[23] Web Site (visto el 26.03.2015): http://linaresabogados.com.pe/LinaresAbogados_Reflexiones.pdf

vaginal, que con el certificado del examen de fistulograma y la placa Rx se determina que a la fecha 14.09.2016 la lesión fistula recto vaginal persiste, así como también precisa que al momento de la lesión tenía 29 años de edad, había ya alumbrado a su segundo hijo, y que ahora tiene 37 años de edad sin que la lesión recto vaginal haya sido reparada por los codemandados, y que su proyecto de vida como procrear ha sido dañado, hacerlo en dichas condiciones de salud, es poner en peligro su vida y la de su fruto, y que la fistula recto vaginal le impide desarrollarse en el plano sexual; ante lo dicho debe tenerse en cuenta, que en autos no obra ninguna evaluación que determine la imposibilidad o el riesgo que emane de una operación para reparar el daño ocasionado, máxime si se tiene en cuenta que en la audiencia de actuación de pruebas a requerimiento del Juez de instancia, los peritos manifestaron que el tratamiento de una fistula es quirúrgico, y que la operación es relativamente sencilla, y que la recuperación plena demora de 15 a 30 días[ver folios1028] razón por la cual no corresponde incrementar el monto asignado, debiendo confirmarse este extremo resuelto. Asimismo, la obligación indemnizatoria devenga intereses legales desde el día de la ocurrencia del hecho generador del daño, según el artículo 1985 del Código Civil, y adicionalmente, el pago de las costas y costos del proceso deberá imponerse a la parte vencida de conformidad con el artículo 412 del Código Procesal Civil.

DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa;

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia contenida en la resolución N°77 de fecha 01 de setiembre del 2016 que declara: 1) Infundadas las observaciones y aprueba el Dictamen Pericial emitido en autos; 2) Declara fundada en parte la demanda sobre Indemnización por daños y perjuicios interpuesta por [redacted] contra Essalud - Hospital III de Chimbote; y en consecuencia, ordena que la entidad demandada, pague la suma de S/.100,000.00 (Cien mil con 00/100 Soles), por concepto de daño a la persona (daño moral y al proyecto de vida), más intereses legales desde la fecha de ocurrencia del daño; e infundada respecto del lucro cesante alegado, así como infundada la demanda respecto de Carlos Rafael Irribarren Angulo, Yenny Jesús Gutiérrez Gonzales, Doris Rominna Sandoval Colchado y Universidad San Pedro; sin costas, ni costos. A los escritos N°3264-2017 y N°5352-2017 téngase presente. Hágase saber a las partes y devuélvase a su juzgado de origen. Actuó como vocal ponente la Juez Superior *Anita Ivonne Alva Vásquez*.

S.S.
MURILLO DOMINGUEZ, J.
ALVA VÁSQUEZ, A.
RODRIGUEZ HUAYANEY, P.