



31° JUZGADO CIVIL

EXPEDIENTE : 45129-2000-0-1801-JR-CI-05

MATERIA : INDEMNIZACION

JUEZ : OSCATEGUI TORRES, ULISES MARINO

ESPECIALISTA : SALINAS QUISPE, ANIBAL JOSE

PERITO : VILCA VILLAPOLO, ZACARIAS PERITO

ALVA PINTO, ALEXIS MICHAELE II PERITO II

FRANCO GONZALES, ALBERTO PERITO

DEMANDADO : ESSALUD HOSPITAL EDGARDO REBAGLIATI MARTINS ,

MULTADO :

DEMANDANTE :

SENTENCIA

Resolución Nro. Ciento Cuarenticuatro.-

Lima, once de enero de dos mil veintidós.-

VISTOS: Resulta de autos: **DEMANDA:** Con escrito de fojas 120, subsanada a fojas 141 [REDACTED] interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra [REDACTED] y ESSALUD Hospital Edgardo Rebagliati Martins. Solicita el pago solidario de la suma de ciento diez mil soles (S/. 110,000.00) por daño emergente y la suma de S/. 100,000.00 soles por daño moral, más intereses legales. Fundamentando su demanda refiere principalmente que el 01 de febrero de 1999 ingresó al Hospital Edgardo Rebagliati Martins derivada del policlínico Chíncha para que sea operada al presentar un cuadro patológico de útero fibromatoso; al día siguiente fue intervenida quirúrgicamente por el médico ginecólogo [REDACTED] quien le realizó una operación de histerectomía total mediante el procedimiento de laparoscopia. A los pocos días de su alta le puso en conocimiento del médico que sentía fuertes dolores abdominales, quien le refirió que eso era normal y que sería superado, a su insistencia tardíamente fue atendida de urgencia el día 05 de marzo del citado año en el Servicio de Urología del Hospital Edgardo Rebagliati Martins debido a su situación deplorable, diagnosticándole "fístula uretro vaginal" y después de quince días fue intervenida quirúrgicamente por segunda vez, esta vez por el médico [REDACTED] quien encuentra el ureter totalmente destrozado e infectado al extremo que tuvieron que reestructurarlo y reimplantarlo. Acota que existió una negligencia médica debido a que no debió ser operada en la modalidad de laparoscopia, la cual se encuentra

contraindicada en una persona con antecedente quirúrgico de apendicitis como padeció en anterior oportunidad, hecho que no reparo el medico demandado, además de que la fistula no se encontraba a nivel de la vejiga, sino que era una fistula uretral razón por la cual estaba drenando la orina al órgano genito-vaginal conforme se estableció del urograma que se encuentra en su historia clínica. También señala que existe responsabilidad solidaria del Hospital Edgardo Rebagliati Martins dado que el médico que realizó la operación negligente era su dependiente y en dicho nosocomio fue sometida a padecimientos. **AUTO ADMISORIO:** Con resolución de fojas 142 se admite trámite la demanda. **CONTESTACION:** Con escrito de fojas 91 Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de EsSalud formula tacha contra los medios probatorios ofrecidos en los puntos 6, 7, 9, 11, 12, 13 y 16 del escrito de demanda por los fundamentos allí expuestos, asimismo por escrito de fojas 250 contesta la demanda en sentido negativo señalando que la demandante fue atendida por primera vez en el hospital con fecha 19 de enero de 1999 en el Servicio de Emergencia Gineco-Obstetrica por presentar una genecorragia con antecedentes de hemorragia, detectándose una metrorragia desde el 02 de enero de 1999, utero miomatoso sangrante y anemia crónica, y como tratamiento se le colocó un tapón vaginal (2 mechas), al día siguiente vuelve a ser atendida quitándose el tapón y se le diagnóstico Miomatosis complicada, el día 21 de enero es hospitalizada en el Servicio de Ginecología con el diagnóstico de útero fibromatoso permaneciendo hasta el 26 de enero de 1999 fecha en que salió de alta hasta la resulta de los exámenes practicados, los cuales determinaron que podía ser sometida a una histerectomia laparoscópica, siendo intervenida quirúrgicamente el 03 de febrero y dada de alta el 04 de febrero del citado año en buen estado de salud, siendo atendida posteriormente en consultorio externo de ginecología del citado año los días 12 y 19 de febrero, procediendo a retirarle los puntos y que en la última fecha no presentaba molestia alguna; en su siguiente control del 25 de febrero recién presento perdida involuntaria de orina por cúpula vaginal, colocándose una sonda vesical y un tapón vaginal; posteriormente el 06 de marzo fue atendida en el consultorio externo de urología y después de unos exámenes de endoscopia y de una Junta de Médicos se acordó sea sometida a otra intervención quirúrgica de ureteropielografía, realizándose la operación el 24 de marzo en forma exitosa, para después ser dada de alta el 05 de abril y otorgándosele un descanso médico de 25 días, después fue atendida por consultorio de urología con fecha 04 de octubre al presentar un dolo lumbar derecho y que desde dicha fecha la demandante no retorno al hospital, negando que se haya realizado una intervención quirúrgica negligente y que según la medicina moderna no se encuentra contraindicado una histerectomía laparacospica en una paciente que ha sido sometida a una apendicetomía. **CONTESTACION:** Por su parte el co-demandado [REDACTED] por escrito de fojas 333 contesta la demanda señalando que la demandante ha realizado una exposición antojadiza de los hechos, aceptando que la demandante acudió al servicio de

emergencia por sangrado vaginal y se le dio una interconsulta al servicio de ginecología, siendo el diagnóstico de útero fibromatoso y anemia clínica colocándose un tapón vaginal, en la segunda consulta se le retiró el tapón presentando útero duro con diagnóstico de miomatosis complicada, realizándose las coordinaciones para que fuera hospitalizada, negando que en la operación laparoscópica se haya producido la fístula uréter derecha, que dicha operación sea contraindicada en pacientes con antecedente quirúrgico de apendicitis, también niega que la demandante haya sido sometida a padecimientos innecesarios, pues se le brindó la atención y tratamiento oportuno a la miomatosis que le provocó una hemorragia vaginal severa y que fue su persona la que realizó la interconsulta para un especialista de urología para que la trataran de la complicación post operatoria. **SANEAMIENTO PROCESAL:** acto procesal que corre a fojas 387 contenido en la Resolución N° 10. **Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios:** A fojas 409 corre la Audiencia Conciliatoria y de Fijación de Puntos controvertidos. **AUDIENCIA DE PRUEBAS:** Acto procesal que corren en acta de fojas 1218 a 1225 y continuada a fojas 1245 a 1250; siendo el estado del proceso el de dictar sentencia:

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

PRIMERO: En primer lugar, debemos emitir pronunciamiento sobre las cuestiones probatorias formuladas por Essalud mediante escrito de fojas 92 tachando el informe de examen obrante a fojas 4 y el informe médico de fojas 5, sustentándola en la falsedad de su contenido, al considerar que la demandante refiere que es un examen e informe preoperatorio cuando en realidad se han realizado con posterioridad a la operación; también formula tacha contra los documentos obrantes en fotocopias 6 y 7 sustentándola en que con dichos documentos no puede acreditarse las molestias y desatención alegadas en la demanda; contra documentos referidos a solicitud y resultados de análisis realizados a la demandante obrantes a fojas 10, 11 y 12 al pretender dárseles una interpretación falsa a su contenido; contra el informe médico de fecha 16 de octubre del 2020 que corre a fojas 13 por no acreditar que se haya practicado una operación mala y operación, pues en el mismo sólo se consignan datos relativos al estado de salud de la paciente; y contra las boletas de venta que obran de fojas 14 a 21 por no guardar relación con los hechos controvertidos, pues la demandante quiere darle un contenido falso a dichos documentos, así como por el hecho de que en dichas boletas no aparece el nombre de la demandante, además de no acreditar los gastos realizados por la demandante.

SEGUNDO: Sobre el medio de defensa antes descrito, cabe señalar que la tacha constituye una especie de impugnación cuyo objeto es restar eficacia a un medio de prueba. El artículo 242° del Código Procesal Civil señala *“Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá*

eficacia probatoria. Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, éste carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil". La falsedad del documento se configura cuando este ha sido adulterado; la falsedad a que se refiere la norma antes mencionada, no está relacionada al contenido del documento, sino propiamente a los aspectos extrínsecos, como su autenticidad o adulteración material de mismo. Entonces, no podría ser sustento de una tacha aspectos ajenos a su falsedad material. Igualmente, el artículo 243° del referido Código señala: *"Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquél carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada"*. Dicho precepto legal recoge la tacha al documento, pero sustentada en la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad. Entonces queda claro que la tacha de documentos debe circunscribirse a los supuestos de nulidad y falsedad previstos en tales dispositivos legales. En este orden de ideas, se desprende que la tacha planteada por EsSalud a través del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, se sostienen en alegaciones referidas a aspectos vinculados a la valoración de la prueba, no así en los supuestos de falsedad comprobada o nulidad manifiesta de carácter formal; puesto que la ausencia de legitimidad del autor, pertinencia e idoneidad que como prueba puedan tener dichos documentos no son argumentos que ameritan la interposición de la tacha, en consecuencia, debe declararse improcedentes las mismas, máxime si se tiene en consideración que la mayoría de los documentos cuestionados aparece que han sido expedidos por el Seguro Social de Salud y no se niega que hayan sido otorgados por esa entidad.

TERCERO: Sobre el fondo de la controversia, la accionante persigue el pago de una indemnización por responsabilidad extracontractual, reclamando se le abone la suma de ciento diez mil soles por los daños y perjuicios causados, imputando que en la intervención operatoria realizada por el médico Víctor Figueroa Zevallos tuvo una mala praxis al haberse realizado en la modalidad de laparoscopia, la cual se encuentra contraindicada al existir un antecedente quirúrgico como la apendicitis que padeció en anterior oportunidad; además agrega que también el médico volvió a equivocarse al señalar que la fistula era a nivel de la vejiga, sino era una fistula uretral. En ese sentido, corresponde verificar si se configuran los elementos de la responsabilidad civil (antijuricidad, daños, nexo causal y factores de atribución).

CUARTO: En cuanto al presupuesto antijuricidad, ello queda configurado no solo por vulnerar un deber genérico de no causar daño, sino también por vulnerar un deber específico que impone Ley. Para el caso de autos, al ser los demandados un establecimiento de salud y médico tratante, resulta observable lo regulado por el artículo 38° de la Ley General de Salud, según el cual *Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los*

daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades. Bajo dicho marco normativo, corresponde analizar el presupuesto de antijuricidad.

QUINTO: Son hechos aceptados por las partes o hechos no contradichos que

- Fue atendida por primera vez en el Servicio de Emergencia Gineco-Obstetrica del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, el 19 de enero de 1999 por presentar una genecorragia con antecedentes de fibromatosis uterina diagnosticada en la Clínica de EsSalud de Chincha;
- La demandante fue sometida a una intervención quirúrgica de histerectomía laparoscópica el 02 de febrero de 1999 realizada por el médico Víctor Figueroa Zevallos –ahora demandado-.
- El 25 de febrero de febrero de 1999 se atendió a la demandante por consultorio externo de ginecología diagnosticándosele: fistula vesico vaginal, efectuándose un tratamiento de colocación de sonda vesical y un tapón vaginal, para posteriormente ser derivada al Servicio de Urología de dicho hospital.
- El 23 de marzo de 1999 una Junta Médica acordó que la paciente sea sometida a una ureteropielografía; siendo operada al día siguiente por el médico

SEXTO: El primer hecho atribuido de antijurídico radica en la contraindicación del procedimiento quirúrgico realizado por el demandado. Es decir, debemos determinar si el demandado realizó una operación laparoscópica contraindicada a pacientes que han sido operados de apendicitis.

SETIMO: El perito médico judicial en la especialidad de ginecología Alberto Eugenio Franco Gonzáles en la Audiencia de Pruebas de fojas 1221, al responder la segunda repregunta formulada por el abogado de la parte demandada en relación a la contraindicación en caso de apendicitis sufrida, manifestó que *es completamente falso, actualmente se sostiene que cuando la anatomía está completamente distorsionada de la pelvis podría ser una opción al no hacer la histerectomía laparoscópica o vaginal.* Asimismo, al responder la segunda repregunta formulada por el abogado de la demandante, en relación a las dimensiones del útero, refirió: *la operación laparoscópica está perfectamente indicada por lo que si por vía vaginal sale un feto, porque no puede salir un útero de estas dimensiones...* Mientras, que en el Informe médico legal obrante a fojas 491 practicado por el Instituto de Medicina Legal, se indica que en la primera hospitalización el diagnóstico de miomatosis uterina por datos clínicos y anatómo patológico fue el correcto; precisando además que *el método laparoscópico en pacientes con antecedentes de intervenciones abdominales previas es una contraindicación relativa; también se afirma que dicha forma de operación no resulta adecuada por el tamaño del útero.*

OCTAVO: En cuanto a la contraindicación relativa, éste tiene sustento médico literario en la publicación médica de fojas 301, donde se indica que *no debe realizarse una histerectomía laparoscópica en lugar de una histerectomía vaginal, sino como una alternativa a una histerectomía abdominal. Las contraindicaciones relativas de la histerectomía vaginal son endometriosis, cirugía pélvica previa, adherencias, lesiones anexiales...La simple operación laparoscópica no puede demostrar ausencia de estas contraindicaciones. La simple exploración laparoscópica no puede demostrar ausencia de dichas contraindicaciones relativas y permitir al cirujano llevar a cabo la histerectomía de forma convencional por vía vaginal. En presencia de uno de estos trastornos citados es posible sustituir el procedimiento abdominal por una histerectomía laparoscópica (ver fojas 362). Entonces, de lo descrito es posible afirmar que una contraindicación relativa no es un impedimento para llevar a cabo el procedimiento laparoscópico, ya que según lo citado, ante la presencia dichos trastornos es posible realizar la histerectomía laparoscópica, por lo que a criterio del juzgado el procedimiento quirúrgico adoptado por el médico demandado no tenía contraindicación absoluta que impida realizarla. Asimismo, en cuanto al tamaño del útero como una condición que impida el procedimiento laparoscópico, el perito Franco Gonzales al responder la segunda repregunta de la defensa de la parte demandante, manifestó *que la operación laparoscópica está perfectamente indicada, por lo que si por la vía vaginal sale un feto, por qué no puede salir un útero de esas dimensiones* (fojas 1219). De allí, es de concluir que el procedimiento quirúrgico adoptado por el médico demandado fue el adecuado, tanto más si conforme se indica en la Historia Clínica, dicho método de intervención quirúrgica fue adoptado por una terna de médicos de la entidad demandada, entre ellos por el Jefe de Servicio de Ginecología del Hospital, el Asistente del Servicio de Ginecología y por el médico demandado, tal como se observa a fojas 218 de autos.*

NOVENO: En cuanto a la fistula sufrida por la demandante, detectada luego de la operación laparoscópica. En el informe del Instituto de Medicina Legal se indica que *el número de complicaciones en cirugía laparoscópica están en relación inversamente proporcional a la experiencia y cuidados del médico responsable* (fojas 491). El perito médico Alexis Michael Alva Pinto en su informe pericial de fojas 1170 indicó que *la realización de la histerectomía laparoscópica conlleva un riesgo de complicaciones entre 0.5 y 2.%. Agrega que existe el riesgo de formación de fistula ureterovaginal secundaria a cirugía ginecológica. Si bien es cierto, se puede reducir su frecuencia, no es prevenible de manera absoluta, aún teniendo conocimiento de la anatomía de la zona y experiencia en el procedimiento ginecológico. Ello, por la misma naturaleza del órgano de la paciente, y dado que el uréter no se ve durante la histerectomía, ya que está cubierto por la capa peritoneal.* En la literatura médica adjuntada por las partes, específicamente en la adjuntada por la demandante a fojas 361, en

cuyas conclusiones se indica que *en un mundo ideal no habría complicaciones, en la práctica diaria, éstas resulta inevitables...El cirujano debe ser capaz de reconocer las complicaciones en cuando se producen o, en caso contrario, estar en condiciones de establecer el diagnóstico con prontitud*. Nótese que las complicaciones no necesariamente se detectan durante el procedimiento laparoscópico, sino también después de ello, pero se exige que debe establecerse un diagnóstico con prontitud.

DECIMO: Entonces queda claro que, la operación laparoscópica es una donde existe el riesgo de sufrir complicaciones. Para el caso de autos de acuerdo a lo descrito en la Historia Clínica, específicamente en el reporte operatorio, de fecha 2 de febrero de 1999, el médico tratante reportó, entre otros, la no existencia de complicaciones (ver fojas 202); el 3 de febrero de 1999, se indicó que paciente se encontraba afebril, buena diuresis, abdomen blando depresible, herida operatoria en buen estado; el 4 de febrero, la paciente refirió adormecimiento de miembro inferior, deambula sin problemas, afebril, sin complicaciones (ver fojas 202 vuelta). Por otro lado, el médico demandado es un especialista en Ginecología desde el año 1986, cursó un programa en cirugía laparoscópica obstétrica – ginecológica desde abril de 1993 a julio de 1994 en la Universidad de Chile, llevó cursos de cirugía laparoscópica, histeroscopia (ver fojas 324 a 331). De lo anterior se determina que la lesión sufrida por la demandante, no se evidenció durante el procedimiento laparoscópico; al no reportarse complicaciones durante el procedimiento laparoscópico, de allí que no es posible inferir la impericia del médico durante el procedimiento. Por ende, no está acreditado que al introducir y manipular los instrumentos quirúrgicos en el cuerpo de la paciente, lo haya realizado en forma deficiente, sin cuidado o sin observar los parámetros que todo médico debe considerar al realizar una intervención quirúrgica de esta naturaleza. Si bien la generalidad de estas intervenciones resultan exitosas, pero se presenta con menor porcentaje las complicaciones que constituyen la excepción, y que pueden depender del propio accionar del médico, y en otros casos, de la condición del paciente y circunstancias propias que rodean cada caso, considerando siempre que una intervención quirúrgica conlleva un riesgo. No obstante ello, de acuerdo al orden secuencial de los hechos narrados, debe considerarse que la fistula ureteral sólo pudo haberse causado durante la intervención quirúrgica realizada –aunque no se detectó-, la cual se manifestó a los veintitrés días de la operación; pues medicamente ninguno de los demandados han señalado que dicha fistula se ha generado por otra razón o circunstancia. Inclusive EsSalud en el punto 15 de fundamentos de hecho de su escrito de contestación de demanda indica que una fistula es un riesgo quirúrgico descrito por la medicina que puede presentarse, mientras que el otro codemandado en el punto 1.12 de su escrito de contestación de demanda también admite dicha posibilidad (ver fojas 335); debiéndose dejar establecido que no se ha probado que el médico demandado haya conocido de la misma durante el desarrollo de la operación, habiendo sido imperceptible durante el procedimiento quirúrgico.

DECIMO PRIMERO: Sin perjuicio de lo anterior, también se le atribuye responsabilidad al médico demandado, por su actuación post operatoria, donde se le imputa no haber detectado correctamente la lesión sufrida. Del documento denominado Revisión de Historia Clínica de fojas 239 en adelante – en confrontación con la historia clínica- se advierte la siguiente secuencia de hechos, luego de la operación laparoscópica practicada el día 2 de febrero de 1999:

- i) 3 de febrero de 1999: primer día de post operatorio: afebril buena diuresis. abdomen Blando depresible. Herida operatoria en buen estado. Indicación alta mañana (medico: Figueroa Zevallos).
- ii) 4 de febrero de 1999: segundo día post operatorio, refirió adormecimiento de miembro inferior, deambula sin problemas, Afebril evolución favorable (medico: Figueroa Zevallos).
- iii) 12 de febrero de 1999, atendida en consultorio externo: sensación de ardor en genitales externos. Se retiraron los puntos. Se solicitó mamografía y perfil lípido (medico: Figueroa Zevallos).
- iv) 25 de febrero de 1999: paciente con pérdida involuntaria de orina. Se aprecia escape de orina por cúpula vaginal. Dx (diagnóstico) fistula vesico vaginal. Se coloca sonda vesical y tapón vaginal. Receta noroxin, medico: Figueroa Zevallos (ver fojas 218, vuelta).
- v) 1 de marzo de 1999, consultorio externo: paciente refiere incontinencia urinaria, evaluación, se solicitó interconsulta a urología. (fojas 5) (medico: Figueroa Zevallos).
- vi) 5 de marzo de 1999, la paciente obtuvo una cita para la oficina de Gerencia Quirúrgica. El Jefe del Servicio de Ginecología, envía una nota al Dr. Landaburo (del servicio de urología), indicándole que *la paciente es portadora de una Fistula Vaginal, por favor tómalala como paciente y pídele todos sus análisis.* (fojas 7).
- vii) 8 de marzo de 1999, el Departamento Urología, diagnostica Fistula Uretero- Vaginal (fojas 184).
- viii) 11 de marzo de 1999, ginecología: paciente mortificada por escape de orina, solicita regularización de descanso médico, atendido por médico Figueroa Zevallos (fojas 219).
- ix) 23 de Marzo de 1999, por Junta Médica se dispone uretoperiografía ascendente con chevarú, también se indicó ecografía renal pélvica, pielografía ascendente con uromiron, cistografía (fojas 160).
- x) 24 de marzo de 1999, se realizó la operación y se encontró fistula uretero-vaginal lado derecho; procediéndose a realizar reimplante uréter-vesical derecho (Fojas 155, 159).
- xi) El 5 de abril de 1999, es dada de alta con indicaciones, apareciendo como su último control el 06 de mayo de 1999, lo que

se encuentra corroborado con el resumen de la historia clínica que obra a fojas 245 y del Informe N° 005-HNERM-ESSALUD-2001 que corre a fojas 246.

DECIMO SEGUNDO: De lo descrito precedentemente se advierte que el médico demandado, durante el mes de febrero del 1999 ha estado evaluando a la demandante. El referido día 12 de febrero, la paciente presentó sensación de ardor en genitales externos. Luego el 25 de febrero de 1999 nuevamente es evaluada por el médico, cuando la paciente ya presentaba pérdida involuntaria de orina. Se advierte que el referido médico diagnostica una fistula vaginal, colocando sonda y tapón vaginal, sin ninguna indicación adicional. Dicha forma de proceder no resulto ser la adecuada e idónea. En efecto, el médico demandado, sin hacer examen de apoyo alguno concluye en la existencia de una fistula vaginal y coloca una sonda y tapón vaginal a la paciente; no disponiendo examen adicional alguno, ni derivando a un especialista de manera urgente (ver fojas 218 vuelta), tanto más si la demandante ya venía de una previa operación laparoscópica, que podía reportar una complicación pos operatoria, pues el médico demandado sabía que podía existir una complicación. Para realizar un diagnóstico y tratamiento, mínimo debió pedir el apoyo de exámenes de imagen u otros de manera oportuna, lo que no aparece haberlo realizado.

DÉCIMO TERCERO: El perito Franco Gonzáles a la pregunta sobre la diferenciación entre una fistula vaginal y ureteral señaló que *primero si se trata de una fistula vesico vaginal, inyecto en la vejiga una sustancia colorante y pasa a la vagina, segundo, si yo quiero hacer diagnosticar una fistula uretero vaginal le pongo a mi paciente azul de Evans por vía entavenosa y veo que el colorante sale por la vagina* (fojas 1220). En la literatura médica de fojas 310, relativo a la fistula visicovaginal, se indica que: *después de explorar la vagina con un espéculo suele poderse confirmar el diagnóstico mediante la inserción de un tapón de algodón en la vagina, a lo que seguirá la instalación de azul metileno o de índigo carmín a través de una sonda transuretral. Si el tapón adopta coloración azul, se confirmará la presencia de fistula vesicovaginal. Sin embargo, si el tapón no se tiñe deberá descartarse la presencia de fistula ureterovaginal mediante inyección intravenosa de 5 ml de solución de índigo carmín. El tapón vaginal debe teñirse de azul en un plazo de 20 minutos si hay fistula ureterovaginal...* (Ginecología de Novak, fojas 310). Entonces, de lo antes referido, para diagnosticar fistula vesicovaginal, era necesario realizar un procedimiento que consiste en la inserción de una sustancia, siendo que el tapón de algodón sirve para apreciar una eventual coloración, caso contrario de no existir una coloración en el tapón de algodón, resultaba necesario la inoculación intravenosa de índigo de carmín y esperar unos 20 minutos que se tiña el tapón de algodón. Esta forma de proceder no aparece haberlo realizado el médico demandado, quien ante la pérdida involuntaria de orina, se limitó a

colocar una sonda y tapón, sin pedir exámenes auxiliares que confirme su diagnóstico.

DECIMO CUARTO: No debe perderse de vista que el médico demandado al ser un cirujano ginecológico si bien es cierto no pudo advertir al momento del procedimiento laparoscópico la lesión, sin embargo, no pudo soslayar de un diagnóstico preciso en etapa post operatoria. Ello lo recomienda la literatura médica, al señalar que *el cirujano debe ser capaz de reconocer las complicaciones en cuanto se producen, en caso, contrario, estar en condiciones de establecer el diagnóstico con prontitud...* (fojas 306, Laparoscopia Ginecológica). Incluso el perito designado por el juzgado indicó que cuando se produce las complicaciones después de veinte o treinta días *llamo al urólogo en ese momento* (fojas 1220), lo que significa que la complicación debe ser detectada y tratada de manera inmediata y con exámenes precisos.

DECIMO QUINTO: En ese sentido, se advierte que el médico demandado, al advertir una posible complicación post operatoria, no se preocupó por la salud de su paciente, no fue derivada al servicio de urología de manera inmediata, ni dispuso los exámenes respectivos que confirmen la existencia de una fistula. Se limitó a colocarle sonda y tapón vaginal. Recién fue derivada a dicho servicio, debido a la queja de la paciente y sus familiares, tal como se concluyó en la sentencia condenatoria de fecha 9 de noviembre de 2001, donde se narra que *debido a la queja que la agraviada y sus familiares presentaron a la Gerencia del Hospital... es ingresada al departamento de Urología ... la agraviada presentó pérdida de orina involuntaria el día 22 de febrero de 1999, creyendo el procesado que tenía una fistula de vejiga le aplicó una sonda y como persistía la taponea, posteriormente presentó dolores y recién el primero de marzo firma la transferencia.., la agraviada manifestó que hizo de conocimiento al procesado sobre los malestares post operatorios que tenía, suplicándole la transfiriera a urología...no obstante las complicaciones presentadas en la salud de la agraviada y teniendo conocimiento de las mismas el procesado no se preocupó por las consecuencias que derivarían de la intervención quirúrgica...dejando a su suerte a la agraviada quien se vio obligada a recurrir a la Gerencia del Hospital para ser atendida...* (ver fojas 463).

DECIMO SEXTO: En ese sentido, durante la atención a la demandante tras la operación de laparoscopia, el médico demandado no ha demostrado una conducta idónea y profesionalismo, dado que al conocer –según la praxis médica- que las fistulas podían presentarse en la fase post operatoria y al haber manifestado la paciente que tenía pérdida de orina por vía vaginal, debió haber realizado los exámenes respectivos para un diagnóstico preciso o debía haber sido derivada en forma inmediata al servicio de urología para que realizado los exámenes clínicos correspondientes determinen dónde se encontraba ubicada

la fistula y no diagnosticar fistula vésico vaginal, sin apoyarse en exámenes clínicos y de imágenes, lo que tuvo como consecuencia un tratamiento erróneo.

DECIMO SETIMO: Que, en la sentencia expedida por el 40° Juzgado Especializado en lo Penal de Lima con fecha 09 de noviembre del 2001 obrante de fojas 463 a 468 se determina una responsabilidad de índole penal contra el codemandado [REDACTED] decidiendo reservar el fallo condenatorio por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud –lesiones culposas y exposición al peligro o abandono de personas en peligro, en agravio de [REDACTED] [REDACTED] (ahora demandante) por el plazo de un año y fijó la suma de tres mil quinientos soles por concepto de reparación civil en favor de la agraviada. En esta sentencia dicho órgano determinó que la agraviada en su primera hospitalización fue sometida a una intervención quirúrgica denominada histerectomía laparoscópica por cuadro de miomatosis uterina presentando una complicación prevenible tipo fistula uretero vaginal derecho, razón por la cual fue nuevamente intervenida con fecha 24 de marzo de 1999, logrando determinar una impericia por parte del denunciado; sentencia que no fue apelada por el inculpado conforme se puede establecer del Informe emitido por dicho Juzgado que corre a fojas 526. En este orden de ideas tenemos inferir en una conducta antijurídica del médico, dado que conocía de las complicaciones post operatorias que podían surgir de una histerectomía y no realizó un adecuado cuidado durante la etapa post operatoria, es por ello que incluso fue condenado en la vía penal.

DECIMO OCTAVO: De los daños: En cuanto a los daños que reclama la demandante, de acuerdo a la demanda pide el pago de la suma de S/. 30,000 como daño emergente que refiere se demuestra del daño psicosomático y en la propia lesión en el órgano vaginal, lo que ocasionó verse incapacitada de poder desplazarse con facilidad y que ha producido una disminución física parcial. Sin embargo, el daño emergente es un daño de tipo patrimonial y consiste en la pérdida efectivamente sufrida a causa de la conducta antijurídica, a decir de Juan Espinoza Espinoza¹ *es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector de la doctrina “la disminución de la esfera patrimonial” del dañado.* En ese sentido, para el caso que nos ocupa, el daño emergente indemnizable deben ser aquellos gastos que corresponderían a las operaciones a la que fue sometida, medicina, tratamientos médicos, entre otros, no pudiendo estar comprendido los alegados daños psicosomáticos que invoca.

¹ “Derecho de la Responsabilidad Civil”, Editorial Rodhas, Año 2011; Pág. 247

DECIMO NOVENO: De los recaudos adjuntados a la demanda, la demandante ha acreditado los siguientes gastos: de fojas 14 a 21 consistente en boletas de venta de productos farmacéuticos, pañales y para un informe médico, por el valor de S/. 479.90. El juzgado no considera como daño emergente las compras de medicamentos que no se encuentra a nombre de la demandante y en el cual no se especifica cual es el producto comprado. Adicionalmente, la demandante en el rubro daño lucro cesante peticiona gastos relacionados a rehabilitación y por tratamiento médico. Sin embargo, los aludidos gastos no tienen sustento probatorio alguno, solo se adjunta a fojas 13 un Informe médico que da cuenta que la recurrente tiene tratamiento de infección urinaria; sin embargo, no se precisa que sea consecuencia de la segunda operación a la que fue sometida, menos de los gastos que ello ocasiona.

VIGESIMO: En cuanto al lucro cesante, la demandante afirma que ha perdido su trabajo como docente. Sobre este aspecto aparece a fojas 23 la Constancia de Trabajo expedida por el Sub Director de Educación Primaria del Colegio “Estados Unidos”, que da cuenta que la demandante no fue contratada para el año escolar 1999 por motivos de salud. Igualmente se observa a fojas 24 constancia de haberes de la demandante, que dan cuenta de los haberes percibidos durante el año 1998. Teniendo en cuenta que la demandante fue dada de alta el 5 de abril de 1999, es evidente que por motivos de su salud no fue contratada para prestar sus servicios educacionales, por lo que le ha impedido percibir ingresos económicos, el cual debe fijarse de manera prudencial, teniendo en cuenta que la remuneración que percibía la demandante es por trabajo efectivo, pero como quiera que su estado de salud le impidió laborar, el juzgado fija como indemnización por lucro cesante en la suma de S/. 10,000.00 soles.

VIGÉSIMO PRIMERO: Daño moral, este constituye la aflicción y sufrimiento de una persona ante una situación dada, son perturbaciones psíquicas de distinto grado e intensidad en la esfera afectiva y moral de la persona, ya sea por el dolor, aflicción o humillación del cual es víctima. Para el caso que nos ocupa, debemos precisar que al ser el daño moral una situación de aflicción de carácter personal y subjetivo resulta problemática su verificación; sin embargo, corresponde al juzgador determinarlos en cada caso concreto y de acuerdo a las reglas de su experiencia, ya la Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, en efecto en la Casación Nro. 2516-2006, de fecha 2 de abril del 2007, Sala Civil Transitoria ha señalado *que cierto es también que en atención a que se trata de la determinación del quantum indemnizatorio por daño moral, que por su propia naturaleza no es de carácter patrimonial y por ende no sujeto a márgenes objetivos como sucede con el daño emergente y el lucro cesante, la determinación del mismo resulta muchas veces subjetiva..*

VIGÉSIMO SEGUNDO: La demandante al haber sufrido la consecuencia de una primera operación que posteriormente se detectó que se le ha ocasiono una

fistula uretero vaginal y que motivó una segunda operación, ha sido lesionada no solo corporalmente; sino también que ha sufrido un trauma psicológico; no solo corporales (conforme a lo narrado precedentemente), sino también a la personalidad de la víctima, tales como depresión, molestia, aflicción, dolor, incertidumbre, angustia, irritabilidad, durante la etapa post operatoria, ha tenido que incluso formular queja ante la entidad a fin de que sea atendida correctamente, frente a la situación de pasividad del médico demandado, quien no atinó a realizar el diagnóstico y exámenes adecuados a fin de detectar de manera oportuna la complicación sufrida por la demandante. Además, se tiene en cuenta la edad de la demandante (45 años aproximadamente en la fecha de sucedido los hechos), por lo que en consonancia con los aspectos antes mencionados el monto indemnizatorio debe ser fijado con criterio de equidad en la suma de S/. 40,000.00 soles.

VIGÉSIMO TERCERO: En cuanto al nexo de causalidad, este también se encuentra acreditado, pues los daños sufridos por la demandante son consecuencia de una no diligente actuación del médico demandado, quien con un diagnóstico pos operatorio y tratamiento errado –colocación de sonda y tapón vaginal- prolongó la aflicción de la demandante en su estado de salud, lo que le conllevó a que realizara gastos adicionales, el daño moral e incluso no pudo laborar en el servicio educacional que prestaba. Cuando al haber manifestado el paciente pérdida de orina por la vagina debió realizarse exámenes idóneos o haber sido derivada en forma inmediata al servicio de urología, lo que conllevó a que posteriormente se complicará la salud de la demandante. Al extremo de haber sido sometida a una segunda operación.

VIGÉSIMO CUARTO: En cuanto a la culpabilidad, debemos partir que la responsabilidad que se atribuye al profesional médico es una de tipo subjetivo –salvo casos excepcionales- dicha conclusión queda corroborada con lo dispuesto por el artículo 36º de la Ley 26842, Ley General de Salud, en cual establece: *Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.* La actividad médica es propiamente una actividad de medios, dado que el profesional médico se encamina a eliminar o amortiguar los riesgos del paciente, pues como toda actividad de medios se exige el deber de una diligencia debida para atenuar los males que aquejan al paciente, es decir, en la actividad médica, en principio, se promete cuidados y no la curación del mal propiamente. Al ser la actividad sanitaria, principalmente de medios, en doctrina aparece el criterio de *Lex Artis*, es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, es decir de acuerdo a los conocimientos adquiridos por la ciencia médica, el cual involucra una serie de obligaciones.

VIGÉSIMO QUINTO: En el caso que nos ocupa, el hecho de que como consecuencia de una operación laparoscópica la demandante haya tenido una fístula ureterovaginal derecha y que no haya sido detectada de manera inmediata y oportuna, revela un actuar negligente en la prestación del servicio médico. A pesar de existir literatura médica de las complicaciones que se pueden presentar en este tipo de operaciones referidas a lesiones a la vejiga o uréter, situación que debió ser tomada en cuenta por el médico demandado, quien él mismo reconoce que es un riesgo posible de producirse, con lo que se determina que no se ha empleado la diligencia debida, es decir, de acuerdo a los protocolos médicos que correspondía observar. No pudiendo considerarse que se trata de un caso fortuito, dado que era una situación previsible, es decir, se podía detectar, si bien no siempre durante el acto operatorio, si siempre durante el postoperatorio, con exámenes adecuados o refiriendo de manera inmediata al especialista a cargo.

VIGÉSIMO SEXTO: En cuanto a la responsabilidad del centro médico. En este caso Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de EsSalud debe tenerse en consideración que en dicho nosocomio se prestan servicios de consultorios médicos externos, de centro quirúrgico y de hospitalización, en los cuales desarrollan su actividad el personal médico que prestan servicios a EsSalud, dentro de los cuales se encuentra el codemandado [REDACTED] [REDACTED] quien aparece como servidor de la entidad demandada conforme se desprende del Informe N° 018-ORH-HNERM-ESSALUD-2001 obrante a fojas 249, razón por la cual en aplicación de lo previsto por el artículo 1981 del Código Civil, por lo que debe responder por el daño causado por su subordinado en el ejercicio del cargo de médico antes referido.

VIGÉSIMO SETIMO: En conclusión, habiéndose determinado la responsabilidad civil de los demandados, corresponde a estos pagar los montos establecidos por los daños antes detallados; debiendo ser abonados de manera solidaria, en aplicación de lo regulado por el artículo 1983° del Código Civil

DECISION

Por las razones expuestas, Administrando Justicia a Nombre de la Nación: **FALLO** declarando **IMPROCEDENTE** las tachas formuladas por el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, y **FUNDADA en parte la demanda** interpuesta por [REDACTED] en consecuencia, **ORDENO** que los demandados [REDACTED] y Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, paguen a favor de la demandante la suma ascendente a S/. 50,749.69 soles, más intereses legales, costas y costos del proceso; notificándose.-