



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN
Indemnización por Daños y Perjuicios

El acceso a la justicia supone la posibilidad de recurrir a los medios disponibles por el sistema judicial de un Estado para la resolución de controversias. Ello implica la existencia de un haz de derechos, los que han sido englobados en dos grandes líneas: la posibilidad de acceder a los tribunales y el derecho al debido proceso.

Lima, trece de noviembre de dos mil dieciocho.-

La **SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**: vista la causa número trescientos sesenta y cinco - dos mil dieciocho, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley; emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, la demandante **Marilyn Fasanando Vallejos** interpone recurso de casación de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (página setecientos ochenta y tres), contra la sentencia de vista de fecha treinta de noviembre de dos mil diecisiete (página setecientos setenta y dos), que declaró nulo el auto contenido en la resolución número veinte de fecha cuatro de agosto de dos mil diecisiete (página setecientos treinta y cuatro), en el extremo que concedió el recurso de apelación interpuesto por Marilyn Fasanando Vallejos, e improcedente el recurso de su propósito; y revocó la sentencia apelada de fecha cuatro de julio de dos mil diecisiete (página seiscientos noventa y cinco), que declaró fundada en parte la demanda, y reformándola la declaró infundada; en los seguidos con el Hospital II Tarapoto y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN
Indemnización por Daños y Perjuicios

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

En fecha ocho de julio de dos mil trece, Marilyn Fasanando Vallejos, interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios (página ciento setenta y seis), contra la Dirección Regional de Salud de San Martín y el Hospital II-Tarapoto, derivado de la negligencia médica en su menor hijo Renato Lou Sánchez Fasanando, por haber sido afectado por la enfermedad de Retinopatía del Prematuro grado V, por el cual obtuvo ceguera total y consecuentemente daño a la persona - daño moral y al proyecto de vida; solicitando que los emplazados de manera solidaria deban resarcirle económicamente por daño a la persona - daño moral y al proyecto de vida de su menor hijo, así como también por daño emergente, por un monto ascendente a la suma de cinco millones de soles (S/. 5'000,000.00), bajo los siguientes argumentos:

- Que encontrándose embarazada, por disposición médica fue intervenida quirúrgicamente en fecha veintiuno de junio de dos mil once, alumbrando a su menor hijo, un neonato prematuro de seis meses y tres semanas, con un peso de un kilo con quinientos setenta gramos, por lo que llevaron al menor a cuidados intensivos y estuvo en la incubadora por dieciocho días.
- Indica que al ver el peso del menor que disminuyó hasta novecientos gramos, su madre y abuela del menor, Isabel Vallejos Morí procedió a reclamar, de manera que los médicos optaron por cambiar los medicamentos, siendo estos favorables para la reacción del menor, mostrando mejoría en su salud.
- Siendo así, fue trasladado de cuidados intensivos al área de hospitalización, lugar donde se encontraba la demandante, alcanzando



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

un peso de un kilo con ochocientos gramos, y luego de haber transcurrido un mes y siete días, a pedido de la suscrita el menor fue evaluado por una médico especialista en oftalmología del Instituto Nacional de Oftalmología del Perú - INO de la ciudad de Lima, que diagnosticó que su menor hijo tenía retinopatía grado II, sin indicar que su niño estaba perdiendo la visión, a pesar que ya sabía del nefasto resultado, ya que el tiempo para accionar y hacer frente a esta enfermedad es de tan sólo de siete a diez días, según es de verse del informe del doctor Julio César Cesías López del Policlínico Buena Salud.

- A los dos días fue dada de alta con su menor hijo.
- Conforme al doctor Juan M. Novoa Saldaña especialista en oftalmología del Hospital II de Tarapoto diagnosticó a su hijo: "Retinopatía del prematuro Grado V, ceguera total de ambos ojos, no sujeto de posible tratamiento médico o quirúrgico ya que los cambios estructurales son irreversibles"; pese a que la NTS N° 84-MINSA.V.01. Norma Técnica de Salud de Atención del Recién Nacido Pre término con riesgo de Retinopatía del Prematuro - II Objetivos - Objetivos Generales 2.2.2.- prescribe: "Disponer el tamizaje obligatorio a todos los neonatos con riesgo de desarrollar retinopatía del prematuro, así como el diagnóstico, tratamiento, seguimiento y rehabilitación oportuna los casos", lo cual no se cumplió.
- Posteriormente viajó a la ciudad de Lima, acudió a otros médicos e institutos, los cuales concluyeron que su menor hijo tenía desprendidas la retinas de ambos ojos, que le ha producido ceguera total; que dicha consecuencia en agravio de su hijo, se ha producido por total negligencia médica, por las instalaciones deficientes no aptas para un prematuro, falta de equipamiento e incumplimiento de lo expresamente dispuesto en el Protocolo NTS N° 84-MINSA.V.01. Norma Técnica de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

Salud de Atención del Recién Nacido Pre término con riesgo de Retinopatía del Prematuro, el cual define la enfermedad de Retinopatía del Prematuro - ROP, por lo que se ha causado un gravísimo daño irreversible a su menor hijo de por vida, al padecer ceguera total, frustrando su proyecto de vida, por lo que siendo los responsables civiles los demandados, están en la obligación de resarcirles a título de indemnización, con el monto demandado, ya que los daños comprenden todos los conceptos precisados en su demanda, procediendo en consecuencia declararse fundada su demanda.

2. Contestación de la demanda

Mediante escrito de fecha seis de setiembre de dos mil trece la Oficina de Operaciones de Servicios de Referencia del Hospital II - Tarapoto (página doscientos nueve), contesta la demanda solicitando que se declare improcedente o infundada la demanda, bajo los siguientes argumentos:

- Que la contraparte pide la suma desproporcionada de cinco millones de soles (S/. 5'000,000.00) como indemnización por daños y perjuicios, sin embargo, la suma solicitada no se ajusta a la realidad, y lo que pretende la demandante es un enriquecimiento o aprovechamiento para poder lucrar con el dinero del Estado, al pedir por daño emergente la suma de treinta y siete mil quinientos ochenta y cinco soles (S/. 37,585.00) y por daño moral la suma de cuatro millones novecientos sesenta y dos mil cuatrocientos quince soles (S/. 4'962,415.00).
- La demandante no cumple con detallar y probar el supuesto daño producido, basándose sólo en argumentos subjetivos no acreditados, sin existir una relación de causalidad entre el hecho y el daño producido, conforme prescribe el artículo 1985 del Código Civil, en otras palabras la indemnización es determinada en función del interés



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

lesionado, que debe ser cierto y probado por la parte demandante, pero la recurrente sólo presenta pruebas de préstamos ante entidades financieras, por lo que la demanda debe declararse infundada.

- Asimismo por los mismos hechos la demandante y su abogado defensor han interpuesto dos procesos de indemnización, en el Juzgado de Paz Letrado y otro en este Juzgado Civil, faltando a sus deberes procesales y mostrando una conducta temeraria.

La Dirección Regional de Salud de San Martín, representada por su Director General de Salud Gustavo Rosell de Almeida, contesta la demanda mediante escrito de fecha diez de setiembre de dos mil trece (página doscientos treinta y cinco), solicitando que en su oportunidad se declare improcedente o alternativamente infundada, con similares argumentos del recurso anteriormente citado.

Mediante Resolución número dos de fecha treinta de setiembre de dos mil trece (página doscientos cincuenta y siete), se declaró rebelde al Procurador Público del Gobierno Regional de San Martín.

3. Puntos controvertidos

Mediante Audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos, admisión y actuación de medios probatorios, se fijaron como puntos controvertidos:

- Determinar la existencia o no de negligencia médica en el tratamiento posterior al nacimiento del menor prematuro llamado Renato Lou Sánchez Fasanando.
- Determinar si se cumplió o no por parte de los demandados pertinentes el protocolo NTS N° 084.MINSA/DGSP.V.01 -Norma



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTÍN

Indemnización por Daños y Perjuicios

Técnica de Salud de Atención del Recién Nacido Pre Término con Riesgo de retinopatía y si hubo negligencia en su aplicación o no, en todos los aspectos que integran este protocolo.

- Establecer si los daños causados en la salud y en la persona del menor fueron ocasionados como consecuencia de negligencia médica en el tratamiento correspondiente que se le debió brindar o la inexistencia de dicha negligencia y si también hubo falta de equipamiento e instalaciones adecuadas o no.
- Determinar si los daños en la salud e integridad del menor respecto de su intensidad, gravedad con el objeto de poder graduar el monto indemnizatorio si correspondiera fijarlo.
- Establecer si se ha configurado o no la responsabilidad extracontractual por parte de los demandados y por ende la obligación legal de estos de resarcir, indemnizar al menor afectado.

4. Sentencia de primera instancia

El cuatro de julio de dos mil diecisiete, el Primer Juzgado Civil de Maynas de la Corte Superior de Justicia de San Martín, declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios, ordeno que: A) Los demandados, la Dirección Regional de Salud de San Martín, el Hospital II - Tarapoto - Oficina de Operaciones de los Servicios de Referencia Regional y el Gobierno Regional de San Martín, en forma solidaria, en ejecución de sentencia, paguen por concepto de daño emergente que se fija en la suma de treinta y siete mil quinientos ochenta y cinco soles (S/. 37,585.00) por dicho concepto; B) Que los demandados, la Dirección Regional de Salud de San Martín, el Hospital II - Tarapoto - Oficina de Operaciones de los Servicios de Referencia Regional y el Gobierno Regional de San Martín, en forma solidaria, en ejecución de sentencia,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

paguen por concepto de daño extrapatrimonial: i) Daño moral, la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00) a favor de la menor víctima Renato Lou Sánchez Fasanando, más sus intereses legales; y, ii) Daño personal la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00) a favor de la menor víctima Renato Lou Sánchez Fasanando, más sus intereses legales. C) Indemnización que se precisa no es a favor de la madre representante legal, sino de su hijo. D) Infundada la pretensión de proyecto de vida entendido como probabilidad, posibilidad, por improbadada; bajo los siguientes fundamentos:

- Del estudio minucioso de la causa, queda establecido y determinado plenamente, que el menor Renato Lou Sánchez Fasanando, nació el veintiuno de julio de dos mil once, en el Hospital II de Tarapoto del MINSA (demandado), como consta de su Acta de Nacimiento, cuando apenas tenía seis meses y tres semanas de gestación (veintisiete semanas) y con un peso de sólo 1,570 gramos, con una talla de 0.39 centímetros, ello ocasionado por el inminente riesgo que el concebido pierda la vida -membrana rota- se dispuso su intervención quirúrgica (cesárea); hechos que se encuentran acreditados con el mérito de la historia clínica de páginas siete a ocho. Decisión médica acertada ya que pese a todas las dificultades que suscita un nacimiento prematuro, a la postre salvó la vida del indicado menor. Hechos antes narrados, que son totalmente ajenos a la acción y conducta de los demandados, quienes por tanto no asumen ninguna responsabilidad sobre los mismos.
- Tal circunstancia ha condicionado inevitablemente a que el neonato referido contrajera la enfermedad de Retinopatía del Prematuro - ROP (Retinopathy of Prematurity), por su escasa edad gestacional y peso al momento de nacer.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN
Indemnización por Daños y Perjuicios

- La negligencia médica, en especial de todo personal médico y enfermeras del Hospital de Tarapoto II, que han intervenido en la atención, tratamiento y curación del menor Renato Lou Sánchez Fasanando, comienza a iniciarse, advertirse, con nitidez y claridad, cuando después de los dieciocho días de nacido, del neonato es retirado de la incubadora, pasando a la servocuna y luego a cuna, por cuanto este personal médico no cumplió con realizar cada una de las acciones médicas y reglas que por la ciencia de la medicina, prescribe para evitar el progreso, agravamiento del ROP que ya el neonato padecía inexorablemente, por haber nacido prematuro con una edad gestacional de seis meses y tres semanas (según la demanda) y con un peso de sólo 1,570 gramos.
- Negligencia médica que se torna inexcusable, pues dichas atenciones y acciones médicas, de modo casi idéntico, se encontraban prescritas en el Protocolo contenido en las Normas Técnicas de Salud, NTS N° 084-MINSA/DGSP.V.01, "Norma Técnica de Salud de Atención del Recién Nacido Pre Término con Riesgo de Retinopatía del Prematuro", de página ciento cuarenta y siete, estableciéndose en la regla 5.2, (página ciento cuarenta y nueve): *"Todos los recién nacidos prematuros en el país, con factores de riesgo de ROP, deben ser evaluados obligatoriamente para hacer el tamizaje, diagnóstico oportuno y el tratamiento adecuado, en los establecimientos de salud, a nivel nacional, según su nivel de complejidad"*.
- Recién el veintiséis de agosto de dos mil once, cuando el neonato ya contaba con treinta y seis días de nacido, le realizaron la pesquisa, diagnosticando que el menor padecía ROP EN GRADO II: Pliegue interretinal (elevación sobre la retina resultado del crecimiento anormal de los vasos).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

- Pero ni aun así, ni en ese momento, ni posteriormente ordenaron las acciones médicas para evitar el progreso de la ROP, menos su tratamiento, curación, ni actos de prevención para evitar la posibilidad que el menor quede ciego; tal como está comprobado con la historia clínica, específicamente con la hoja clínica de la página catorce vuelta, no obstante que el Jefe de Neonatología y los médicos que la integran estaban obligados a un cuidado intensivo del neonato, obligados a avisar al Oftalmólogo para que examine el caso, y que este a su vez cumpla con establecer la frecuencia de los controles y la oportunidad del tratamiento que corresponda, y disponer que el examen de la retina se prolongue hasta la semana cuarenta y siete. Nada de ello se cumplió.
- Muy por el contrario, a los diez días subsiguientes del veintiséis de agosto de dos mil once, con fecha cinco de setiembre de dos mil once, con el presunto diagnóstico de ROP II y MBP.N, procedieron a dar de alta al menor y su señora madre, tal como está acreditado con el mérito de los documentos hospitalarios que corren de la página ochenta y seis a noventa y seis. Sin disponer en lo absoluto el cumplimiento de las normas del NTS N° 084-MINSA/DGSP.V.01.
- Cumpliéndose con acreditar por la parte actora, que el menor Renato Lou Sánchez Fasanando quedó ciego de ambos ojos, por el cual perdió definitivamente la visión, el sentido de la vista, no pudiendo volver a ver más en su vida.
- Respecto al daño emergente, el monto solicitado por la demandante es uno medido y equitativo, por lo que debe ampararse.
- En cuanto al daño moral, es objetivo en el presente caso, que ya causó y causará en los días subsiguientes de su vida, cada vez más, conforme vaya adquiriendo más edad, una gran aflicción, sufrimiento, dolor, por la pérdida definitiva de la capacidad de ver, al haber quedado ciego, si



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

se tiene en cuenta que se trata de una pérdida irreparable, lo que acrecienta el sufrimiento, y si bien este tipo de daño es de naturaleza extrapatrimonial, sin embargo el propio numeral 1984 antes acotado, dispone que puede ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo que puede haber producido en la familia, es decir la propia norma permite su cuantificación como medio paliativo y de reparación, resarcimiento, al dolor que modo perenne sufrirá la víctima y su madre, que en alguna medida encontraran satisfacción con el monto de la indemnización que debe fijarse, ya que permitirá disipar su aflicción en el modo que lo estimen más conveniente; que el Juzgador teniendo en cuenta todos los acontecimientos ya antes descritos, estima que procede fijarse en forma prudencial, equitativa y justa, la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00).

- Respecto del daño a la persona se tiene como hecho incuestionable que el menor quedó ciego, perdió el sentido de la vista, tan imprescindible para el desarrollo de la vida en nuestra sociedad actual y moderna, de alta competitividad, de modo que la pérdida sufrida es objetiva, limitando al menor agraviado como individuo, como persona, de manera que no podrá desarrollar su vida normalmente, no podrá desplazarse, no podrá ver, leer, como todos los demás lo hacen, corriendo peligro permanente, desvalido, etc., que permite al Juzgador determinar la magnitud del daño causado al menor, que necesariamente, también por mandato legal, debe de ser indemnizado, se estima que procede fijarse en forma prudencial, equitativa y justa, la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00).
- La indemnización es a favor del menor víctima y no de la madre.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN
Indemnización por Daños y Perjuicios

5. Recurso de apelación

Mediante escrito de fecha veintiuno de julio de dos mil diecisiete (página setecientos dieciséis), el Gobierno Regional de San Martín apeló la citada sentencia, bajo los siguientes argumentos:

- El Juez de primera instancia ha emitido la sentencia apelada, vulnerando el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales establecido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado; puesto que no se ha demostrado el daño emergente, el daño moral y el daño a la persona; asimismo no se ha probado que todos los requisitos o elementos de la responsabilidad civil concurren copulativamente, por consiguiente, carece de fundamentación jurídica.

Mediante escrito de fecha veinticuatro de julio de dos mil diecisiete (página setecientos veintisiete), Marilyn Fasanando Vallejos interpone recurso de apelación, el que fue concedido mediante resolución número veinte de fecha cuatro de agosto de dos mil diecisiete (página setecientos treinta y cuatro), y luego mediante sentencia de vista, se declara nulo el concesorio de apelación e improcedente el medio impugnatorio aludido, ya que la demandante no firmó el recurso, solamente lo autoriza la abogada defensora Kathya Sánchez Dávila, a quien no se le habría otorgado facultades de representación.

6. Sentencia de segunda instancia

El treinta de noviembre de dos mil diecisiete, la Sala Civil Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín expide la sentencia de vista (página setecientos setenta y dos), declarando nula la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

resolución número veinte de fecha cuatro de agosto de dos mil diecisiete (página setecientos treinta y cuatro), en el extremo que concede el recurso de apelación a Marilyn Fasanando Vallejos; e improcedente el recurso de apelación interpuesto por Marilyn Fasanando Vallejos contra la Resolución número dieciocho que contiene la sentencia de fecha cuatro de julio de dos mil diecisiete y la Resolución número diecinueve de fecha once de julio de dos mil diecisiete; asimismo revocaron la sentencia contenida en la Resolución número dieciocho de fecha cuatro de julio de dos mil diecisiete (página seiscientos noventa y cinco); que declara fundada en parte la demanda interpuesta por Marilyn Fasanando Vallejos en representación de su hijo Renato Lou Sánchez Fasanando contra la Dirección Regional de Salud de San Martín, el Hospital II – Tarapoto – Oficina de Operaciones de Servicios de Referencia Regional y el Gobierno Regional de San Martín representado por su Procurador Público, sobre indemnización por daños y perjuicios, derivado de negligencia médica, y reformándola la declararon infundada.

La Sala Superior señala:

- En el caso de autos, no ha quedado probado en autos que la entidad pública demandada ha incumplido el NTS N° 84-MINSA/ DGSP.V.01, Norma Técnica de la Salud de Atención al Recién Nacido Pre Término con Riesgo de Retinopatía del Prematuro.
- Si bien es cierto que el Juez de la causa en el considerando décimo segundo de la sentencia apelada afirma que se encuentra probada la conducta ilícita del personal médico de la demandada al no haber realizado las acciones médicas prevista en la ciencia y el protocolo, ocasionando que el menor se quede ciego; también es cierto que su



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

decisión no se sustenta con un medio de prueba, sino en definiciones de “Retinopatía del Prematuro –ROF”.

- En el caso de autos, se aprecia la existencia de la retinopatía del prematuro grado V, conforme al examen de ecografía del menor Renato Lou Sánchez Fasanando, practicado por el médico oftalmólogo Juan Novoa Saldaña de la U.E. del Hospital II-2 Tarapoto, y el diagnóstico del médico oftalmólogo Julio César Cesias López del Policlínico de Buena Salud, que corre en la página cien, quien señala que el menor presenta ceguera en ambos ojos de tipo irreversible; asimismo con el examen practicado por el especialista Oftalmólogo Mario de la Torre E. del Instituto Nacional del Ojo del Ministerio de Salud, que corre en la página noventa y ocho, en donde se indica que el paciente Fasanando Vallejos Renato Rafael (debe decir Renato Sánchez Fasanando) presenta desprendimiento de retina total en embudo cerrado por retinopatía de la prematuridad IV. Sin embargo, no se precisa si el menor nació con la enfermedad o se ha producido al nacer.
- Que en el caso de autos no se encuentra probado la relación de causalidad del accionar de los médicos y los daños, consistente en el desprendimiento de retina total del referido menor, puesto que no se ha probado la conducta antijurídica.
- Para determinar el dolo o la culpa de los médicos y auxiliares en la atención de la paciente se requiere la existencia de medios probatorios, más aún que en la mayoría de los casos la ROP se resuelve espontáneamente y un número pequeño progresa a estadios severos de la enfermedad, que requiere tratamiento.
- El Juez de la causa para determinar el factor atributivo de responsabilidad civil, ha señalado que los demandados son autores directos como propietarios de la estructura sanitaria; y que tuvo bajo



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

- sus órdenes al personal médico negligente (autores directos); sin embargo, no ha sustentado con medios probatorios y no ha identificado a los médicos ni a los auxiliares que atendieron a la paciente; asimismo no ha tomado en cuenta que la retinopatía del prematuro – ROF en algunos casos aún con tratamiento o no puede llegar a la ceguera.
- En consecuencia a la demandante no le corresponde el pago por indemnización de daños y perjuicios en la modalidad de daño emergente; daño a la persona – daño moral y al proyecto de vida. Por lo tanto se estima el pedido del apelante y debe revocarse la sentencia apelada.

III. RECURSO DE CASACION

El veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete, la demandante **Marilyn Fasanando Vallejos**, mediante escrito de la página setecientos ochenta y tres, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista, siendo declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante la resolución de fecha dieciocho de abril de dos mil dieciocho, por las siguientes infracciones:

- i) **Infracción normativa del artículo 290 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los artículos 50 incisos 4 y 6, 80, 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.** Señala que la Sala Superior al momento de resolver, declara nula la resolución número veinte que concede el recurso de apelación formulado por su persona el pasado veinticuatro de julio de dos mil diecisiete, como consecuencia declara improcedente su recurso de apelación; lo cual afecta gravemente su derecho de defensa, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de carácter fundamental regulado en la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

Constitución Política del Estado en su artículo 139 inciso 3. Asimismo, alega que los fundamentos del *Ad quem* para declarar la improcedencia de su recurso de apelación ha sido que su persona, no suscribió el escrito de apelación y sólo fue suscrito por la defensa técnica, es decir por su abogada en aquel momento, y que supuestamente este hecho contraviene el artículo 80 del Código Procesal Civil; por lo que, señala que este razonamiento limitado y aislado de todo el ordenamiento jurídico le causa perjuicio, pues se entendería que al ser declarada improcedente su apelación, se tendría como no presentada esta y por consiguiente consentido el fallo del *A quo*. Por tal motivo, manifiesta que el Colegiado Superior no ha tenido en cuenta este fundamento ni el artículo 290 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ii) Infracción normativa del artículo 1981 del Código Civil. Los magistrados superiores no han tenido en cuenta la posible aplicación del artículo 1981 del Código Civil, tipo de responsabilidad civil que indica lo siguiente: “aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto, están sujetos a responsabilidad solidaria”. Por tal motivo, indica que se debe tener presente que estas instituciones públicas son responsables por el daño causado a su menor hijo, contraviniendo una norma NTS N° 84-MNSA/DGSPV.01, Norma Técnica de la Salud de Atención al Recién Nacido Pre, que es el Término con Riesgo de Retinopatía del Prematuro.

iii) Infracción normativa del artículo 1985 del Código Civil. Alega que el daño causado a su menor hijo está suficientemente acreditado con el examen de ecografía practicado por el médico oftalmólogo Juan Novoa Saldaña de la U.E. del Hospital II-2 Tarapoto y el Diagnóstico



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

Oftalmólogo Julio César Cesias López del Policlínico de Buena Salud, documentos que obran en autos y que acreditan la ceguera de su menor hijo. Asimismo, indica que la ceguera se produjo por no cumplir con el protocolo que debieron realizar los médicos del hospital, pues omitieron realizar el protocolo prescrito en la Norma Técnica de Salud N° 084-MINSA.V.01, norma que establece de manera imperativa que es obligatorio el tamizaje de los neonatos con riesgo de desarrollar retinopatía, así como el diagnóstico, tratamiento, seguimiento y rehabilitación oportuna.

iv) Infracción normativa del artículo 1332 del Código Civil. Precisa que nuestro cuerpo normativo le proporciona una herramienta al magistrado para poder llegar a un buen fallo, consistente en el artículo 1332 del Código Civil, en el cual alberga el “principio de equidad”, al cual van a recurrir las instancias de mérito al momento de resolver un determinado caso, equidad cuya finalidad no es suplir una deficiencia de la ley, sino lo que realizará es remediar las lagunas de la prueba que la parte perjudicada con el daño pueda tener en cuanto al grado real de daño, pues la existencia del daño ya fue probada.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar:

- a) Si el recurso de apelación planteado por la recurrente fue adecuadamente rechazado, y si no, si se ha generado indefensión.
- b) A quien corresponde la carga de la prueba de que se ha cumplido con el procedimiento médico específico para un recién nacido prematuro, en atención al sentido de la vista.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN
Indemnización por Daños y Perjuicios

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero.- La controversia procesal

Antes de debatir el tema sustancial referido a la indemnización, se hace necesario, debido a las infracciones planteadas, verificar si existen irregularidades procesales que vicien la sentencia.

Segundo.- La impugnación de la parte demandante

Mediante escrito de fecha veinticuatro de julio de dos mil diecisiete (página setecientos veintisiete), la demandante interpuso recurso de apelación, cuestionando fundamentalmente el monto de la suma indemnizatoria. Este escrito fue presentado por su abogada de elección, sin que la accionante suscribiera el referido recurso.

Tercero.- La resolución impugnada

La sentencia recurrida resuelve, en lo que concierne al recurso de apelación de la demandante, declara nulo el concesorio de apelación e improcedente el recurso respectivo porque en lo que respecta a la abogada que suscribió el recurso “no aparece que se le haya otorgado facultades de representación conforme lo dispone el artículo 80 del Código Procesal Civil”.

Cuarto.- Los recursos impugnatorios y los abogados

Tal resolución es evidentemente errónea, en tanto el artículo 290 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe, en texto modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26624, publicada el veinte de junio de mil novecientos noventa y seis, que: “En los procesos,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. El abogado no requiere poder especial para interponer medios impugnatorios, en representación de su cliente". Se trata, como se advierte, de norma posterior a la vigencia del Código Procesal Civil de 1993 y regulan materia específica sobre el tema, por lo que resultan plenamente aplicables.

Quinto.- El acceso a la justicia

1. El acceso a la justicia supone la posibilidad de recurrir a los medios disponibles por el sistema judicial de un Estado para la resolución de controversias. Ello implica la existencia de un haz de derechos, los que han sido englobados en dos grandes líneas: la posibilidad de acceder a los tribunales y el derecho al debido proceso.
2. Al monopolizar la solución de controversias, el Estado se obliga a una debida protección de los derechos; tal protección adecuada es la que genera tranquilidad social. Esta necesidad de debida protección ha merecido el interés de la Corte. Así Además, para dicho órgano supranacional un recurso sencillo y rápido constituye uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho (Caso Cesti Hurtado vs Perú, fundamento 121). La Corte entiende que existe recurso adecuado, dentro del derecho interno, cuando éste es "idóneo para proteger la situación jurídica infringida". A su vez, ha señalado que el recurso es eficaz cuando es "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido". Por consiguiente, para la Corte la sola existencia formal de los recursos no satisface las exigencias del recurso rápido y sencillo, pues ellos deben ser eficaces para su propósito (Caso Cesti Hurtado vs



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN

Indemnización por Daños y Perjuicios

Perú, fundamento 125). Es por ello que la Corte, ha decidido que cuando ello no ocurre, cuando las condiciones generales del país impiden su uso, cuando su uso resulte inútil dada la dependencia del Poder Judicial o la inexistencia de medios para ejecutar sus decisiones, no se permite el acceso al recurso judicial (Caso Baruch Ivcher, fundamento 136).

3. El acceso a la justicia, además, exige, entre otros derechos: (i) el del juez ordinario predeterminado por la ley; (ii) el de utilizar medios de prueba; (iii) el de la asistencia letrada; iv) el de la publicidad del proceso; v) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y vi) el acceso a los recursos.
4. Es en esta perspectiva, que el numeral 8.2.h. de la Convención, prescribe la posibilidad de recurrir las sentencias. Este derecho no representa un acto formal, sino que de ella se deriva la necesidad de eliminar exigencias que impiden la impugnación. Atendiendo a ello, es que se regula el artículo 290 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de forma tal que su desacato no solo importa infracción legal, sino además a las normas de la Convención.

Sexto.- Por estas consideraciones, debe declararse fundado el recurso de casación, no siendo posible emitir pronunciamiento de fondo sobre el tema en cuestión tanto por los vicios anotados, como por inexistencia de pronunciamiento en la Sala Superior que permita la evaluación respectiva. No obstante, este Tribunal Supremo considera que en el nuevo fallo se deberán analizar los elementos de la responsabilidad civil en relación al déficit en la atención médica y si existen características especiales en torno al nexo causal y es posible aplicar en estas demandas el concepto de prueba dinámica.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 365 - 2018
SAN MARTIN
Indemnización por Daños y Perjuicios

VI. DECISIÓN

Por estos fundamentos y aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante **Marilyn Fasanando Vallejos** de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete (página setecientos ochenta y tres); en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha treinta de noviembre de dos mil diecisiete (página setecientos setenta y dos); y **ORDENARON** que la **Sala Civil Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín** expida nueva sentencia, en atención a las precisiones de la presente ejecutoria suprema. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a Ley; en los seguidos con la Dirección Regional de Salud de San Martín y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el Señor Juez Supremo **Calderón Puertas.-**

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

HUAMANÍ LLAMAS

SALAZAR LIZÁRRAGA

CALDERÓN PUERTAS

Ymbs/Maam