

40 Casos de responsabilidad civil médica

Dirección y selección

DIEGO ANDRÉ PESANTES ESCOBAR

Colaboradores

DIANA CABADA SÁNCHEZ

JOSÉ OSORIO MATURRANO

VALERY SALAZAR HUIZA

TANIA PEREYRA VILLAR

40 Casos de responsabilidad civil médica



Pasión por el
DERECHO

40 CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

DIRECTOR:

Diego André Pesantes Escobar

Egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Director del Observatorio de Jurisprudencia Civil de LP Pasión por el Derecho. Jefe de Práctica del curso de Derechos reales en la Universidad de Lima (ULIMA). Fundador del Círculo de Investigación Jurídico Civil de Trujillo.

Correo: diegopesantesescobar@gmail.com

COLABORADORES:

Diana Cabada Sánchez

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional de Trujillo. Integrante del Círculo de Investigación Jurídico Civil de Trujillo. Integrante del Observatorio de Jurisprudencia Civil de LP Pasión por el Derecho.

José Osorio Maturrano

Egresado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Ayudante de Cátedra en los Cursos de Derecho de las Personas y Acto Jurídico. Miembro principal del Taller José León Barandiarán. Pasante en la Facultad de Derecho en la Università di Bologna.

Valery Salazar Huiza

Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro principal del Taller José León Barandiarán de la misma casa de estudios.

Tania Pereyra Villar

Egresada por la Universidad de San Martín de Porres, con especialización en Derecho Civil.

Índice general

APLICACIÓN DE VACUNAS

Titular	Sentencia	Link	Página
Debe facilitarse carga probatoria ante dificultad en acreditar el daño (síndrome neurológico por vacunación)	Casación 3795-2019, Lambayeque	bit.ly/3l1Ezlb	20
Muerte de estudiante de medicina por vacuna: No hay fractura del nexo causal si paciente desconocía tener cáncer	Casación 2890-2013, Ica	bit.ly/3RkzMHX	54

CIRUGÍA ESTÉTICA

Titular	Sentencia	Link	Página
Profesora desfigurada por metacrilato: Transacción extrajudicial (no homologada) entre médico y paciente sirve para ajustar monto indemnizatorio	Casación 5634-2017, Lima	bit.ly/3HPbVwW	64
¿Qué aspectos determinan que la pérdida de la visión es consecuencia de una mala praxis médica?	Casación 4932-2015, Lima	bit.ly/3DB9CuD	93
Amputación de pierna a futbolista: Víctima de negligencia médica debe cubrir la mitad del monto indemnizatorio si contribuyó al daño	Exp.1993-2006	bit.ly/3HMUe0H	103
Es conducta culposa leve que médico opere con ausencia de gracia y arte (desfiguraciones por cirugía plástica)	Exp. 45773-2002	bit.ly/3HOQ0FY	113
Muerte de madre por ocho cirugías consecutivas: Daño moral se exige en vía penal como heredero, y en vía civil a título propio	Exp. 48013-2009	bit.ly/3HqmRiZ	129

CIRUGÍA GENERAL

Titular	Sentencia	Link	Página
Daños físicos por accidente de tránsito: Responsabilidad civil alcanza al médico si realizó cirugía defectuosa	Casación 4922-2010, Lima	bit.ly/3WVr2cf	138
Responsabilidad médica: Es válido que juez fije resarcimiento con valoración equitativa (Infección con bacteria durante cirugía)	Casación 2510-2017, Lima	bit.ly/3HsQ2BY	150
Médicos no incurrir en negligencia si paciente fue informado de riesgos y consintió la operación	Casación 4601-2009, Lima	bit.ly/3XTFltR	161
No hay negligencia si el daño se genera por condiciones especiales del paciente (baja masa muscular) que médico desconocía	Casación 5262-2019, Lima	bit.ly/3DseVwj	167
Extirpación de tumor: Carga de la prueba por daños generados en operación no recae en el doctor	Casación 2729-2007, Lima	bit.ly/40j0iW8	173
Bebé en estado vegetal por negligencia médica: Procede indemnización por daño a su proyecto de vida	Casación 5710-2018, Pasco	bit.ly/3RrBTJR	180
Condición de residente no exime a médico de responsabilidad civil por indebida extirpación de órganos	Exp. 51099-2005	bit.ly/3HpeofV	197
Colocación de lente intraocular: Médico actuó diligentemente si informó a paciente sobre riesgo de la operación	Exp. 2960-2012	bit.ly/3kYrwRE	221
Reconocen daño moral a madre al ver truncado proyecto de vida de su bebé por mala colocación de catéter	Exp. 11216-2014	bit.ly/3Dv7YLb	250

CONTAGIO DURANTE ATENCIÓN

Titular	Sentencia	Link	Página
Pacto de exoneración de responsabilidad suscrito por Essalud es nulo (Contagio de hepatitis a paciente)	Casación 3887-2013, Lima	bit.ly/3Yda3TN	259
EsSalud debe dar atención vitalicia a niña por contagio de hepatitis C ocasionado por mal uso de instrumental médico	Exp. 573-2012	bit.ly/3XSN5S5	278

DEMORA EN ATENCIÓN

Titular	Sentencia	Link	Página
Negligencia médica: Daño moral equivale a daño a la persona para indemnizar a víctima por inejecución de obligaciones	Casación 1318-2016, Huancavelica	bit.ly/3Yen9Ad	300
No se requiere nexo contractual entre médico y hospital para que ambos respondan por negligencia	Casación 4083-2015, Junín	bit.ly/40hOIdU	331
Vinculación fáctica entre médico y hospital es suficiente para que este asuma responsabilidad vicaria	Exp. 401-2012	bit.ly/3HqGYgR	357
Se estima denuncia civil contra médicos si solamente el hospital fue emplazado por negligencia (responsabilidad solidaria)	Exp. 2619-2016	bit.ly/40mGQHS	376

DIAGNÓSTICO Y/O TRATAMIENTO INADECUADO

Titular	Sentencia	Link	Página
Responsabilidad contractual por culpa del dependiente no se aplica en casos de mala praxis médica	Casación 4865-2011, Huánuco	bit.ly/40j8plz	384
Responsabilidad médica: Policlínico también es responsable si sus dependientes ocasionan daños con sus servicios	Casación 490-2015, Lima	bit.ly/3Y9Isny	411
Familia de empresario fallecido por negligencia médica no puede reclamar lucro cesante por ingresos expectaticios del negocio	Casación 1325-2018, Ancash	bit.ly/3kQbGsa	414
Clínica también será responsable si médico causa daño por no operar oportunamente a paciente	Exp. 633-2010	bit.ly/3Dw9dK3	435
Daños producidos en hospitales y clínicas deben ser tratados como responsabilidad objetiva	Exp. 682-2013	bit.ly/3Yenhjb	450
Muerte por error en diagnóstico: Tres elementos que hacen responsable al hospital por los daños de su dependiente	Exp. 18561-2011	bit.ly/3X2PkBq	466
Médico no es responsable si solo estuvo presente pero no participó en junta médica que diagnosticó erradamente	Exp. 796-2002	bit.ly/3jk3xvV	471
El Médico debe probar su falta de culpa en conformidad con la responsabilidad subjetiva extracontractual	Exp. 670-2009	bit.ly/3HNzk1D	495
Centro hospitalario incurre en culpa leve por pérdida de bebé al no atender oportunamente a madre gestante	Exp. 09874-2006	bit.ly/3HjHugK	517
Elegir entre calza de yeso y férula no es una actividad de especial dificultad que libere de responsabilidad civil a médico	Casación 220-2013, Lima	bit.ly/3JtgwWz	529

EMBARAZOS Y PARTOS

Titular	Sentencia	Link	Página
Médico no es responsable por no salvar a paciente ya que su obligación no es de resultado	Casación 1258-2013, Lima Norte	bit.ly/3YchMSf	540
Médico es responsable por culpa inexcusable al no atender oportunamente a mujer embarazada	Casación 4104-2015, Lima	bit.ly/3wJcJwO	567
¿Se exime de responsabilidad civil al médico si el proceso penal establece inexistencia de mala praxis?	Casación 4748-2017, Lambayeque	bit.ly/3JwkgXB	585
Exceso de corte en parto natural: Centro de salud es responsable por designar labor a personal no especializado	Exp. 2025-2010	bit.ly/3WVrtmT	614
Sala Superior aumenta monto indemnizatorio para mujer que no podrá ser madre por negligencia médica	Exp. 464-2012	bit.ly/3kQb0D8	634
Indebida atención post parto: Juez reduce indemnización por desgarro perineal grave, pues sufrimiento no es de gran magnitud	Exp. 7234-2008	bit.ly/3WTlvmr	647

INDEBIDA APLICACIÓN DE ANESTESIA

Titular	Sentencia	Link	Página
Muerte por cirugía de párpados: Médico es responsable por no contar con instrumentos para socorrer a paciente ante contingencia operatoria	Casación 5357-2007, Lima	bit.ly/3Yjd7y1	687
Muerte por anestesia: Si no hay registro de sustancia suministrada, se presume aplicación de la encontrada en el cadáver	Exp. 17002-2007	bit.ly/3Y7YI7O	694

Descripción del caso y montos otorgados

APLICACIÓN DE VACUNAS

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 3795-2019, Lambayeque	Alergia a la vacuna contra la influenza generó síndrome neurológico en una niña.	Declararon nula la sentencia de vista y ordenaron se emita nuevo pronunciamiento	bit.ly/3l1Ezlb	20
Casación 2890-2013, Ica	En un programa de inmunización contra la fiebre amarilla promovido por el Minsa, se omitió mencionar que las personas que sufren de enfermedades neoplásicas deben de evitar dicha vacuna. Dentro de dicho escenario, una estudiante que desconocía sufrir de cáncer, se vacuna provocando con ello una reacción adversa, por lo que acude a un centro de salud. A su ingreso, no se detectó el motivo de su reacción, razón por la cual falleció.	Monto total: S/.300,000.00	bit.ly/3RkzMHX	54

CIRUGÍA ESTÉTICA

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 5634-2017, Lima	Maestra acude a una clínica para una lipoescultura y relleno de líneas faciales. Sin embargo, el médico inyecta metacrilato para el relleno, el cual es un producto sin registro sanitario y prohibido; provocando deformaciones faciales en la paciente.	Monto total: US\$35,000.00 (daño moral)	bit.ly/3HPbVwW	64

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 4932-2015, Lima	Paciente ingresa a una clínica para cirugía estética de párpados; sin embargo, alega que dicho establecimiento no contaba con personal, licencias ni instrumentos adecuados para la operación. Así mismo, refiere que la mala praxis en la operación se dio por la negligencia al tratar la hemorragia interna y externa del ojo derecho luego de la operación, causándole ceguera.	No se especifican los montos puesto que la Corte Suprema lo remite a segunda instancia para que motive su decisión.	bit.ly/3DB9CuD	93
Exp.1993-2006	<p>Un futbolista sufrió un accidente manejando una motocicleta, y fue hospitalizado en un centro médico de Arequipa. Así, luego de ser intervenido quirúrgicamente, se realizó la limpieza y la colocación de yeso.</p> <p>Sin embargo, como aún se sentía mal, el futbolista decidió trasladarse a Lima por consejo del médico del Club Cristal, ciudad donde se advierte que el paciente padecía de síndrome compartimental severo y que la arteria tibial posterior estaba rota; por lo que, se amputó su pierna derecha por debajo de la rodilla.</p> <p>Se estima fundada la pretensión de indemnización concluyendo que el hecho del propio demandante contribuyó a la producción del daño, por lo que debe asumir tres sextos del monto indemnizatorio.</p>	<p>Valoración del daño: US\$ 98,000.00</p> <p>Monto detallado: US\$84,000.00 (lucro cesante), US\$ 10,000.00 (daño moral) y US\$ 4,000.00 (daño personal). Deberá pagarse de la siguiente manera: -Ramón Aparicio (Doctor del Club): US\$ 32,666.00 -Clínica San Juan de Dios: US\$ 16,333.00 -Demandante: US\$ 48,999.00</p>	bit.ly/3HMUe0H	103
Exp. 45773-2002	La paciente fue sometida a una cirugía plástica abdominal; sin embargo, a raíz de ello le han quedado enormes cicatrices en el abdomen debido a la inadecuada intervención del médico cirujano.	<p>Monto total: US\$ 11,800.00</p> <p>Monto detallado: US\$ 1,800.00 (daño emergente) y US\$ 10,000.00 (daño físico y moral)</p>	bit.ly/3HOQ0FY	113

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Exp. 48013-2009	Mujer fue intervenida en ocho oportunidades consecutivas en diversas partes del cuerpo (liposucción desde las rodillas hasta las axilas). No obstante, el médico no realizó el procedimiento preoperatorio debido, al no realizar exámenes básicos como hemoglobinas y hematocritos; ni existió un control adecuado de los signos vitales durante el acto operatorio. Del mismo modo, se perforó la pared anterior abdominal mesentérica, ocasionando descenso en la presión arterial, y consecuentemente, su muerte.	Monto total: S/. 250'000.00 (daño moral)	bit.ly/3HqmRiZ	129

CIRUGÍA GENERAL

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 4922-2010, Lima	La paciente acudió a clínica tras sufrir lesiones por accidente de tránsito, donde le realizaron una cirugía defectuosa (la placa de titanio y el injerto que se le colocó estaban fuera de lugar), lo que generó mayores perjuicios físicos para la víctima ya que ha quedado con limitaciones en el uso de la pierna y brazo derecho por daño en la médula, además de grandes cicatrices.	Monto total: US\$ 500,000.00 Monto detallado: US\$ 100,000.00 (lucro cesante), US\$ 200,000.00 (daño personal) y US\$ 200,000.00 (daño moral).	bit.ly/3WVr2cf	138
Casación 2510-2017, Lima	Durante una intervención quirúrgica la paciente fue infectada con una bacteria, lo cual le originó un foco infeccioso y úlceras en la piel.	Monto total: S/. 80,000.00 (daño moral)	bit.ly/3HsQ2BY	150
Casación 4601-2009, Lima	El demandante alegó negligencia en operación de cataratas ya que posteriormente se dio desprendimiento de retina, pero se estableció que no hubo responsabilidad ya que los médicos previamente le informaron de los riesgos de la cirugía y el paciente dio su consentimiento para la operación, señalándose además que estos actuaron oportunamente.	No se estableció monto indemnizatorio al no existir responsabilidad.	bit.ly/3XTFltR	161

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 5262- 2019, Lima	<p>Paciente de 15 años ingresó a una operación laparoscópica por quiste ovárico, pero hubo una complicación inesperada producto de su baja masa muscular, ocasionando una laceración vascular.</p> <p>Por ello, el médico junto al cardiólogo, realizaron una operación a cielo abierto con el fin de salvar a la paciente; sin embargo, esto terminó dejándole secuelas.</p>	No se estableció monto indemnizatorio al no existir responsabilidad.	bit.ly/3DseVwj	167
Casación 2729-2007, Lima	Mujer ingresó para una extirpación de tumor y prolapso de vejiga. Sin embargo, como consecuencia imprevisible de la propia operación, se obstruye el riñón izquierdo ocasionando que la paciente tenga que realizarse 6 operaciones adicionales.	No se estableció monto indemnizatorio al no existir responsabilidad.	bit.ly/40j0iW8	173
Casación 5710-2018, Pasco	Bebé de 6 meses es ingresado para extirpar una hernia inguinal bilateral. Empero, los médicos no realizaron exámenes preoperatorios ni consideraron la edad del paciente para una cirugía larga, provocando que el niño quede en estado vegetal.	Monto total: S/. 3'500,000.00	bit.ly/3RrBTJR	180
Exp. 51099-2005	Indebidamente extirparon a la paciente el útero, trompa y ovario izquierdo (órganos sanos), cuando en realidad debió extirparse la trompa y ovario derecho, los cuales se encontraban dañados y presentaban serias complicaciones para la víctima.	Monto total: S/.120,300.00 Monto detallado: S/. 100,800.00 (daño moral), S/.4,500.00 (daño emergente) y S/. 15,000.00 (lucro cesante).	bit.ly/3HpeofV	197
Exp. 2960-2012	Sostiene la demandante que ingresó a cirugía por colocación de lente intra-ocular para mejorar su capacidad visual; sin embargo, esta se ve reducida notablemente. En primera instancia la demanda es declarada infundada y segunda instancia se confirma, puesto que los dependientes del centro médico informaron de los riesgos que tal cirugía implicaba.	No se estableció monto indemnizatorio al no existir responsabilidad.	bit.ly/3kYrwRE	221

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Exp. 11216-2014	Ingresan a niño por padecer de un cuadro de drenaje venoso anómalo pulmonar. Sin embargo, posteriormente a una operación quirúrgica, los médicos realizaron un mal monitoreo post-desintubación y colocaron irregularmente el catéter venoso central. Finalmente, se volvió a entubar al menor cuando empezó a manifestar encefalopatía hipoxia severa; por lo que padeció de encefalopatía hipóxica isquémica, síndrome convulsivo post operado de parálisis diafragmática y desnutrición crónica.	Monto total: S/. 197'000.00 (daño moral)	bit.ly/3Dv7YLb	250

CONTAGIO DURANTE ATENCIÓN

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 3887-2013, Lima	Paciente fue contagiado con hepatitis en clínica a la que fue derivado por EsSalud para hemodiálisis.	Monto total: S/. 400,000.00 Monto detallado: S/. 200,000.00 (daño moral) y S/.200,000.00 (daño a la persona)	bit.ly/3Yda3TN	259
Exp. 573-2012	Paciente de un año es ingresada al hospital por influenza H1N1, por lo cual se realizan transfusiones sanguíneas. No obstante, producto de una mala desinfección del instrumental médico se contagia a la paciente de hepatitis C.	Monto total: S/. 700,000.00 Monto detallado: S/. 400,000.00 (daño a la persona) y S/. 300,000.00 (daño moral) - infundado respecto a proyecto de vida de la menor (S/. 4' 000,000.00)	bit.ly/3XSN5S5	278

DEMORA EN ATENCIÓN

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 1318-2016, Huancavelica	Se cumplió tardíamente con el protocolo para emergencias urinarias y se ocasionó daño en el sistema excretor y reproductivo del paciente.	Monto total: S/.1'010,000.00 Monto detallado: S/10,000.00 (daño emergente), S/.200,000.00 (lucro cesante) y S/.800,000.00 (daño moral)	bit.ly/3Yen9Ad	300
Casación 4083-2015, Junín	No se operó oportunamente al hijo de la demandante y el paciente perdió el ojo derecho	Monto total: S/.63,000.00 (daño moral)	bit.ly/40hOldU	331
Exp. 401-2012	Daño cerebral irreversible a menor de edad causado por excesiva demora de la intervención quirúrgica para resolver la apendicitis. La operación se produjo después de doce horas de ingresar a emergencia, provocando insuficiencia respiratoria y paro cardíaco por falta de circulación sanguínea y oxígeno.	Deberá pagarse de la siguiente manera: -Hospital II EsSalud e Huamanga: S/. 300,000.00 (daño a la persona), S/.100,000.00 (daño moral). -Hospital Regional de Ayacucho: S/.100,000.00 (daño a la persona) y S/.50,000.00 (daño moral)	bit.ly/3HqGYgR	357
Exp. 2619-2016	Demandante alega que la falta de atención oportuna, ocasionó el fallecimiento de su hija de cuarenta semanas de gestación, por causa de asfixia intrauterina	No se ha señalado.	bit.ly/40mGQHS	376

DIAGNÓSTICO Y/O TRATAMIENTO INADECUADO

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 4865-2011, Huánuco	Médicos dieron de alta a paciente con dolor torácico y no lo atendieron correctamente, quien luego falleció de paro cardiorrespiratorio en su domicilio.	Monto total: S/.120,000.00	bit.ly/40j8plz	384
Casación 490-2015, Lima	Perjuicio ocasionado por terapeuta a su paciente	Monto total: S/. 50,000.00	bit.ly/3Y9lsny	411

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 1325-2018, Ancash	Empresario es ingresado de urgencia a una clínica por presentar severa retención de líquidos y deshidratación aguda. A pesar de la gravedad, el médico sólo le receta pastillas sin exámenes adicionales, siendo que esto ameritaba una intervención quirúrgica. Como consecuencia de ello, la paciente muere.	Monto total: S/. 300,000.00 (daño moral)	bit.ly/3kQbGsa	414
Exp. 633-2010	Paciente con fractura de cadera no fue operada y aun así se le dio de alta, lo cual le provocó consecuencias negativas como la ausencia de osteosíntesis y el uso de prótesis.	Monto total: S/. 80,000.00 Monto detallado: S/. 20,000.00 (daño moral) y S/.60,000.00 (daño a la persona)	bit.ly/3Dw9dK3	435
Exp. 682-2013	No se cumplió con el Protocolo de atención al recién nacido prematuro con riesgo de retinopatía, ya que no se le realizó examen oftalmológico y no fue derivado a un ambiente adecuado en el hospital, lo cual generó que el bebé pierda totalmente la vista.	Monto total: S/. 437,585.00 Monto detallado: S/. 37,585.00 (daño emergente), S/. 200,000.00 (daño moral) y S/. 200,000.00 (daño personal).	bit.ly/3Yenhjb	450
Exp. 18561-2011	Médico dependiente diagnosticó erróneamente a la paciente, por lo que esta última recibió el alta hospitalaria, sin haberse realizado un examen médico exhaustivo que resultaba necesario frente a los síntomas que presentaba; por lo que, posteriormente a la orden que se emitió, la paciente falleció.	Monto total: S/. 770'000.00 (daño moral)	bit.ly/3X2PkBq	466
Exp. 796-2002	Paciente que labora con mercurio sufre de trombosis venosa cerebral y alega que tal padecimiento se debe a las actividades que realizaba para su empleador como al diagnóstico tardío realizado por los dependientes del centro médico. No obstante, se concluye que la demora en el diagnóstico acertado no afectaba en modo alguno a la producción de la enfermedad que tiene origen congénito. Además, respecto a la responsabilidad del médico dependiente del empleador, no tiene responsabilidad alguna, por diagnóstico errado, en cuanto a su asistencia a la junta médica se limitaba a presenciar más no tomar decisiones sobre el diagnóstico.	No se estableció monto indemnizatorio al no existir responsabilidad.	bit.ly/3jk3xvV	471

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Exp. 670-2009	El esposo de la demandante asistió al centro médico por fuertes dolores abdominales debido al carácter renal nefrítico que presentaba. Sin embargo, los galenos no trataron debidamente su padecimiento, en cuanto diagnosticaron su malestar sin contar con datos clínicos, y, posteriormente, fue prescrito con analgésicos, los cuales habrían impedido identificar la verdadera causa de sus dolores. Adicionalmente, el centro médico no contaba con los instrumentos necesarios para realizar los exámenes, así como las series limitaciones administrativas. En consecuencia, el trabajador falleció por falla orgánica multisistémica, referidos a shock séptico, peritonitis difusa.	Monto total: S/. 320'000.00 (daño moral)	bit.ly/3HNzk1D	495
Exp. 09874-2006	La muerte del bebé en el periodo fetal se debe a que no hubo control especializado en la madre cuando presentaba síntomas preocupantes como sangrado vaginal y expulsión de coágulos en forma de hígado, pese a que los médicos conocían que la accionante habría padecido de dos partos prematuros.	Monto total: US\$ 25,000.00	bit.ly/3HjHugK	517
Casación 220-2013, Lima	Paciente ingresa a clínica por accidente de tránsito; lesionándose la pierna como otras partes del cuerpo. El médico de turno procedió a retirar la sangre mala de la pierna mediante punciones, para posteriormente cubrirla con una férula. Al cabo de unos días la férula fue retirada, sin antes haber revisado continuamente las heridas, para advertir que su pierna devino en necrótica.	Monto total: S/. 20'000.00	bit.ly/3JtgwWz	529

EMBARAZOS Y PARTOS

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 1258-2013, Lima Norte	La hija menor de edad de la demandante se encontraba embarazada y con labores de parto; sin embargo, no fue atendida oportunamente por los médicos, provocándose así la muerte del bebé por asfixia y de la menor por hemorragia y otras complicaciones.	Monto total: S/.50,000.00	bit.ly/3YchMSf	540
Casación 4104-2015, Lima	Mujer embarazada no fue derivada a la sala de partos cuando ya se encontraba con dilatación completa, lo cual generó que el bebé nazca con complicaciones por no realizarse oportunamente el trabajo de expulsión del feto. Meses después el bebé falleció por secuelas de dichas complicaciones.	Monto total: S/.100,000.00 (daño moral)	bit.ly/3wJcJwO	567
Casación 4748-2017, Lambayeque	Se realizó mal el parto de la recurrente, provocando que su hija nazca con lesiones en el brazo derecho.	Monto total: S/.250,000.00	bit.ly/3JwkgXB	585
Exp. 2025-2010	Mujer es asistida por estudiante interno para dar parto natural por falta de médicos gineco obstetras. Así, el estudiante realiza una intervención quirúrgica para facilitar el trabajo de parto; sin embargo, ocasiona una fístula recto vaginal en la paciente. Durante el proceso judicial, la mujer alegó que nunca se le informó que la persona que le iba atender era un estudiante interno.	Monto total: S/. 100,000.00 (daño moral y proyecto de vida)	bit.ly/3WVrtmT	614
Exp. 464-2012	Mujer ingresa para dar a luz, pero por una ineficaz aplicación de la maniobra Kristeller hecha por la obstetra sin supervisión de jefa de área es llevada a cesárea, la cual termina en una operación de extirpación del útero por excesivo sangrado.	Monto total: S/. 250,000.00 Monto detallado: S/. 100,000.00 (daño moral) y S/. 150,000.00 (daño a la persona - proyecto de vida)	bit.ly/3kQb0D8	634

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Exp. 7234-2008	Paciente sufre de desgarro perineal de cuarto grado al momento del parto, sin lograr determinar cuál fue la causa. Médico zurce la comunicación entre la cavidad anal y vaginal, producida por el desgarro perineal, sin informar a la paciente de la lesión ni de la operación realizada. Se confirma la demanda, pero se reduce el monto indemnizatorio al no considerar que tal padecimiento es de elevada magnitud.	Monto total: US\$ 25,000.00	bit.ly/3WTlvmr	647

INDEBIDA APLICACIÓN DE ANESTESIA

Sentencia	Descripción	Monto	Link	Página
Casación 5357-2007, Lima	Madre ingresa para una blefaroplastia (cirugía de párpados); no obstante, la paciente sufre un shock anafiláctico cuando le suministran la anestesia local. Ante lo cual, la cirujana estética no brinda primeros auxilios por no contar con los instrumentos necesarios, provocando la muerte de la mujer por su negligencia.	Monto total: S/. 120,000.00	bit.ly/3Yjd7y1	687
Exp. 17002-2007	Paciente intervenida quirúrgicamente por presencia de quistes, falleció al aplicársele, vía catéter, anestesia incorrecta. Se estima la demanda al concluirse que la difunta contenía bupivacaína, y no levobupivacaina tal como lo sostenía la obstetra. Además, no se contaba con registro que acredite la sustancia aplicada como anestesia.	Monto total: S/. 80,000.00 Monto detallado: S/. 1,875.00 (daño emergente) y S/. 80,000.00 (daño moral)	bit.ly/3Y7YI7O	694

40 Casos de responsabilidad civil médica

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La infracción de normas que garantizan el derecho al debido proceso, como el derecho a una debida motivación de las resoluciones, y valoración conjunta y razonada de las pruebas, genera la nulidad de la resolución emitida.

Lima, uno de diciembre de dos mil veinte

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; Vista la causa N° 03795-2019, los expedientes acompañados, en audiencia pública efectuada en la fecha; oídos los informes orales, y producida la votación con arreglo a ley, se expide la siguiente sentencia:

I. Asunto

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandante, doña MAVG(fs. 2722), contra la sentencia de vista de 24 de abril de 2019 (fs. 2626), expedida por la Segunda Sala Civil de la CSJ de Lambayeque, que confirmó la sentencia apelada, en cuanto declara infundada la demanda de indemnización por lucro cesante; y revoca la sentencia en el extremo que declara infundada la demanda, contra los demandados, Ministerio de Salud y la Red Asistencial Lambayeque-ESSALUD, reformándola se declara fundada en parte la demanda; ordena que los demandados, Ministerio de Salud y Red Asistencial de Lambayeque – ESSALUD; paguen en forma solidaria a favor de la demandante y a su menor hija, una indemnización ascendente a: **i)** doscientos treinta soles (S/ 230.00), por daño

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

emergente; **ii)** trescientos setenta y tres mil quinientos soles (S/ 373,500.00), por daño moral; y **iii)** ochocientos treinta y siete mil soles (S/ 837,000.00), por daño a la persona, daño a la salud; en total deberán pagar la suma de un millón doscientos diez mil setecientos treinta soles (S/ 1'210,730.00).

II. Antecedentes

1. Demanda

MAVG, por derecho propio y en representación de su menor hija de iniciales A.N.S.V., solicita que los demandados cumplan con indemnizarlas con la suma de ocho millones de soles (S/ 8'000,000.00): por daño emergente, quinientos mil soles (S/ 500,000.00); por lucro cesante; quinientos mil soles (S/ 500,000.00); por daño a la persona, cuatro millones de soles (S/ 4'000,000.00); y por daño moral, tres millones de soles (S/ 3'000,000.00), en base a los siguientes argumentos:

1.1. El 11 de julio de 2009 llevó a su menor hija nacida el 05 de octubre de 2008, al Policlínico Manuel Manrique Nevado de ESSALUD, a fin de que sea atendida en el área de control y crecimiento; sin embargo, le entregaron de manera errónea un ticket para la aplicación de la vacuna contra la gripe A.

1.2. La enfermera, Esther Montenegro Mendoza, le indicó que no había ticket para control de crecimiento y desarrollo, pero le dijo que aproveche en vacunar a su hija contra la gripe A.

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 1.3.** Su hija fue vacunada sin pasar por control del médico pediatra, que ordene la inyección de la vacuna y sin tomar en cuenta que su menor hija estaba levemente resfriada.
- 1.4.** Aplicada la vacuna, su hija sufrió cambios, como llanto, dificultad para dormir, pérdida de estabilidad en la columna y su cabeza se inclinaba hacia la izquierda.
- 1.5.** El 11 de agosto de 2009, por segunda vez, le aplicaron a su hija la vacuna contra la influenza tipo A, lo que generó cambios a partir de las 09:00 am, como dormir profundamente por 02 horas, no poder ver la luz del día, movimientos horizontales de los ojos, no poder gatear por pérdida de fuerza en el brazo y la pierna izquierda (en los que se le puso la vacuna), motivo por el que llevó a su menor hija al médico neuropediatra, César Mera Ayala, quien verificó los cambios y prescribió una tomografía cerebral para la menor.
- 1.6.** El resultado de la tomografía fue normal, pero el neuropediatra diagnosticó que su hija padecía de síndrome de Kinsbourne, que a su criterio, se debió por la vacuna contra la gripe A.
- 1.7.** El personal del Ministerio de Salud, al que acudió a reportar su caso, derivó a su hija al hospital Almanzor Aguinaga Asenjo, quedando internada desde el 12 de agosto hasta el 24 de agosto de 2009.
- 1.8.** El tratamiento a su hija comprendió la aplicación de ampollas.

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 1.9.** La vacuna contra la influenza A, que no debió ser aplicada a su hija, le generó el síndrome de Kinsbourne, lo que afectó su integridad física y psicológica y ha destruido su proyecto de vida; causándole daño físico y moral, que debe ser indemnizado a favor de su menor hija y la recurrente, en calidad de madre perjudicada en forma indirecta, por todos los daños y perjuicios ocasionados.
- 1.10.** El daño emergente, es el daño económico que ha causado a toda la familia de la niña de iniciales A.N.S.V., quienes han tenido que realizar gastos para procurar mejorar su estado de salud, como terapias físicas, consultas a neuropediatras, a neurólogos, y otros; puesto que su menor hija tiene las defensas bajas por la inyección de las ampollas, la ingesta de medicamentos como Synacthen Retard traído desde Francia; Nuvacthen Depot Tetracosactida traído desde España, pastillas de Calcort, Prednisona. La demandante ha perdido clases en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, etc.
- 1.11.** El lucro cesante constituye los ingresos que ha dejado de percibir la madre como consecuencia del cuidado permanente que necesita su menor hija, ante el síndrome de Kinsbourne; ella percibe un ingreso mensual de quinientos soles (S/ 500.00).

2. Contestación

- 2.1.** Red Asistencial de Lambayeque – ESSALUD (fs. 512), contesta la demanda expresando lo siguiente:
- 2.1.1.** La demandante obtuvo el ticket para vacunar a su menor hija contra la influenza, mencionando que estaba sana, por lo que

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

se le colocó la primera dosis de Fluarix contra la influenza estacional pediátrica; y al no referir la madre sobre alguna reacción no esperada con la primera dosis y al no existir ninguna otra contraindicación, se procedió con la segunda dosis de la vacuna.

2.1.2. Son 411 niños vacunados hasta el 11 de julio de 2009, el lote de vacuna ha sido repartido en todo el departamento de Lambayeque y a nivel nacional por el Ministerio de Salud.

2.1.3. Si bien se han presentado situaciones adversas a la aplicación de la vacuna, no se ha determinado que dichas reacciones sean por esa causa.

2.1.4. En lo que se refiere a la paciente, no se ha podido establecer la relación causal entre el síndrome de Kinsbourne y la vacunación contra la influenza.

2.2. Pilar del Rocío Echevarría Carrillo, en su calidad de directora del Policlínico Manuel Enrique Delgado de ESSALUD, contesta la demanda (fs. 545), expresando lo siguiente:

2.2.1. No es verdad que la aplicación de la vacuna a la hija de la demandante haya ocasionado el mal que padece, ya que no se ha probado que los insumos del medicamento sean los causantes del mal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

2.2.2. No es verdad que haya existido mala praxis en el servicio de atención al paciente y que se le haya otorgado de manera errónea un ticket para aplicación de vacuna; la madre solicitó ticket para el área de control y crecimiento, y fue ella quien solicitó el ticket para la aplicación de vacuna.

2.2.3. La demandante no ha demostrado que la aplicación de la primera dosis de la vacuna contra la influenza sea la causa del mal que padece la menor, más aún si después de un mes regresó para que se le aplique una segunda dosis, sin tener ningún síntoma de resfrío.

2.3. La enfermera, Esther Montenegro Mendoza, contesta la demanda (fs. 557), expresando lo siguiente:

2.3.1. Su participación como enfermera en ningún modo causó el síndrome de Kinsbourne.

2.3.2. La aplicación de la vacuna es el resultado de una política nacional de salud pública.

2.3.3. La vacuna se aplicó con el consentimiento de la madre, quien llevó a la menor al hospital para ese efecto.

3. Fijación de puntos controvertidos

Se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 1) Determinar si ha existido negligencia médica en el tratamiento de la menor de iniciales A.N.S.V. atribuible a los demandados y, si es la causa del daño que se menciona en la demanda.
- 2) Determinar si la vacuna contra la gripe A, causó el síndrome de Kinsbourne en la menor, o si antes de ser vacunada, la menor tenía dicho síndrome o pudo haberse presentado posteriormente, aun cuando no se hubiere aplicado la vacuna.
- 3) Determinar para el supuesto de acreditarse la negligencia médica, si corresponde indemnizar por lucro cesante, daño emergente y daño a la persona y, si dichos conceptos corresponden a la actora y a su menor hija.
- 4) Determinar si la aplicación de la vacuna contra la influenza fue en la edad oportuna de la menor y si fue correctamente aplicada y con consentimiento de la actora.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 27 de agosto de 2018 (fs. 2450), se declara infundada la demanda, en base a los siguientes fundamentos:

- 4.1. La adquisición de vacunas de calidad, se garantiza mediante el fondo rotario de la OPS que adquiere las vacunas de laboratorios que han pasado las evaluaciones periódicas de calidad y seguridad de la OMS y han vendido su producto en diversos países del mundo.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 4.2.** Ello garantiza la obtención de vacunas de la mejor calidad y al mejor precio, por lo que se descarta, que la vacuna aplicada a la hija de la actora no sea segura o que alguno de sus componentes no sea idóneo para la salud o que esté contaminada.
- 4.3.** En relación a la afirmación de no haber llevado la actora a su menor hija para que la vacunen, se desvirtúa con la declaración que presta la demandante a la prensa, en la que precisa que llevó a su hija al policlínico para que la vacunen contra la influenza.
- 4.4.** La demandada, ESSALUD, contesta en el sentido que la señora Pilar Soto, trabajadora administrativa del Policlínico Manuel Manrique Nevado, el 11 de julio de 2009, solicitó a la técnica en enfermería, Elsa Vidarte Arcila, una vacuna contra la influenza, que sería para su sobrina por lo que se le dio una cita adicional para que reciba la indicada vacuna.
- 4.5.** La demandante en la declaración que presta ante la Fiscalía Penal de José Leonardo Ortiz, indica que su hija no estaba recibiendo ningún medicamento porque se encontraba en buen estado de salud.
- 4.6.** En la historia clínica, se aprecia que a la hija de la demandante se le diagnosticó Rinofaringitis (resfrío común).
- 4.7.** Al respecto, en el prospecto de la vacuna Fluarix, no consta que la rinofaringitis constituya una contraindicación para la aplicación de la vacuna. Solo considera que no debe aplicarse a las personas que tengan hipersensibilidad conocida a las sustancias activas, a

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

cualquiera de los excipientes, al huevo, a las proteínas del pollo, formaldehído, sulfato de gentamicina o deoxicolato de sodio; como advertencias y precauciones se indica enfermedad febril grave. En la historia clínica, la madre de la menor refiere que ella no ha tenido enfermedades anteriores, que no tiene alergias.

4.8. Respecto a la persona que aplicó la vacuna, no hay controversia, fue la enfermera Esther Montenegro Mendoza.

4.9. La indicada trabajadora, desde el año 2000 presta servicios en el Área de Crecimiento y Desarrollo e Inmunizaciones del Policlínico Manuel Manrique Nevado. Es profesional en enfermería, está capacitada para la aplicación de las vacunas.

4.10. No se ha acreditado que la enfermera haya incurrido en algún error, por lo que no le alcanza responsabilidad.

4.11. No resulta aplicable la responsabilidad vicaria, por la que el empleador responde solidariamente por el daño, en consecuencia, la demanda es infundada respecto de la directora del Policlínico y respecto de ESSALUD.

4.12. En el certificado médico de 07 de setiembre de 2009, se consigna como conclusión que a la paciente se le ha diagnosticado síndrome de Kinsbourne de probable etiología post vacunal; sin embargo, no es posible establecer el nexo causal hasta que se culminen las evaluaciones y exámenes auxiliares pendientes.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 4.13.** En el certificado médico de 27 de noviembre de 2009, los peritos médicos concluyen que: **i)** Según el informe del miembro del Comité Nacional Asesor para la clasificación de casos de ESAVI, el caso está relacionado temporalmente con la vacunación contra la influenza, más no de manera causal; **ii)** Los estudios realizados y consignados en la documentación remitida, no han podido establecer la relación causal entre el síndrome de Kinsbourne y la vacunación contra la influenza; y **iii)** No se encontraron elementos de juicio para establecer la relación causal entre la vacunación contra la influenza y el cuadro clínico presentado en la referida menor.
- 4.14.** El informe sobre investigación de casos de ESAVI establece que: **i)** El síndrome de Kinsbourne se ha presentado en casos aislados en el Instituto de Salud del Niño, no relacionados con vacuna; **ii)** Está relacionado con patología virales y se ha reportado asociación temporal con vacunas como sarampión, rubéola, paperas, haemophilus, influenza tipo B, polio oral, hepatitis B, difteria, tétanos, pertusis. No hay reportes con vacuna contra la influenza; y **iii)** No se ha reportado hasta el momento en la literatura ningún caso relacionado con la vacuna contra la influenza, lo que aleja la probabilidad de que sea una reacción adversa de la vacuna.
- 4.15.** En la Junta Médica de 20 de agosto de 2009, en la que intervinieron médicos especialistas en pediatría, neuropediatría, epidemiología, médico legista, se concluyó que existe relación temporal post vacuna del síndrome de Kinsbourne que padece la menor, más no relación causal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

4.16. Similar conclusión se arriba del artículo denominado “Eventos Supuestamente Atribuidos a Vacunación o Inmunización (ESAVI)”.

5. Apelación de sentencia

La demandante, MAVG, interpone recurso de apelación (fs. 2484), contra la sentencia de primera instancia, denunciando los siguientes agravios:

5.1. No se ha tomado en cuenta que el Ministerio de Salud ha admitido tácitamente que su hija padece del síndrome de Kinsbourne, por acción de los servidores de ESSALUD.

5.2. No se ha tomado en cuenta la declaración del codemandado, Gustavo Ganoza Tresierra, gerente del hospital Almanzor Aguinaga Asenjo, quien ha manifestado al Defensor del Pueblo que su hija efectivamente ha presentado una reacción desfavorable a la vacuna.

5.3. Los informes han descartado cualquier tipo de tumor y cuadro infeccioso en la menor, que sea causa de la enfermedad.

5.4. No se ha tomado en cuenta el informe médico del doctor César Mera Ayala, quien ha referido que la causa del síndrome es una reacción post vacuna vs post infeccioso de fecha 01 de setiembre de 2009.

5.5. En la Junta Médica -en la que se basa el juez para declarar infundada la demanda- también participó la demandada, Pilar Echevarría Carrillo.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 5.6.** El evento dañoso se dio en las instalaciones de ESSALUD, por la aplicación de la segunda dosis de vacuna contra la influenza A.
- 5.7.** No hubo un consentimiento informado.
- 5.8.** No fue la única niña que salió dañada tras la administración de la vacuna. Existe el caso del niño Luis André Urbina Ramos, quien también fue vacunado por la misma enfermera, presentando una reacción alérgica al huevo.
- 5.9.** Presenta como prueba el examen de alergias alimentarias realizado en el laboratorio The Great Plains Laboratory Inc de los Estados Unidos, con la que acredita que su hija sí tenía alergia severa a la clara del huevo y alergia leve a la yema del huevo, por tanto, según el prospecto de la vacuna está contraindicada para ella.

6. Sentencia de vista

Mediante sentencia de vista, de 24 de abril de 2019 (fs. 2626), la Sala Civil, **confirma en parte** la sentencia, en cuanto declara infundada la demanda contra Pilar del Rocío Echevarría Carrillo y Esther Montenegro Mendoza; y **revoca** la sentencia, en el extremo que declara infundada la demanda, contra los demandados, Ministerio de Salud y Red Asistencial de Lambayeque - ESSALUD; y, **reformándola** la declara fundada en parte, ordenando que los demandados, Ministerio de Salud y la Red Asistencial Lambayeque – ESSALUD, paguen en forma solidaria a favor de la demandante y a su menor hija, una indemnización ascendente a un millón doscientos diez mil setecientos treinta soles (S/ 1'210,730.00),

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

que corresponde a: **i)** doscientos treinta (S/ 230.00), por daño emergente; **ii)** trescientos setenta y tres mil quinientos soles (S/ 373,500.00), por daño moral; y **iii)** ochocientos treinta y siete mil soles (S/ 837,000.00), por daño a la persona. Declara como fundamentos:

- 6.1.** Está acreditado que la menor se encontraba sana, hasta el momento de la inoculación de la vacuna contra la influenza.
- 6.2.** La literatura médica que ha consultado el Colegiado, acredita que el síndrome de Kinsbourne puede aparecer por efectos post vacunación y por la inoculación de inmunizaciones. Existe pronunciamiento en estudios especializados: **i)** Diego Andrés Rodríguez Rangel y Juan Diego Gálvez Pinzon, **ii)** Marcius Vinicius M. Maranhao; y **iii)** Ángela María Torres Mayagoitia y otros, y Eduardo Barragán-Pérez.
- 6.3.** La enfermedad que padece la menor, puede generarse por la vacuna inmunizada contra la influenza; se entiende que existe error en la conclusión realizada por la Junta Médica y los demandados.
- 6.4.** Llama la atención el hecho que tanto la Junta Médica de 20 de agosto de 2009, que concluye que no existe una relación causal, prescribe la necesidad de transferencia a Lima para mayores estudios.
- 6.5.** Esto significa que el informe y la conclusión de la Junta Médica, no son definitivos, sino preliminares. No se realizaron mayores estudios.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 6.6.** Los certificados médicos legales emitidos por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, en vista que están recogiendo el informe del asesor de la Comisión ESAVI, demuestran que también son preliminares, porque a ese momento, no se había realizado otros exámenes para concluir que no existe una relación causal de la vacuna con síndrome de Kinsbourne.
- 6.7.** Ha quedado demostrado que la menor había estado sana hasta el momento de la inoculación del virus contra la influenza.
- 6.8.** La historia clínica precisa que se han realizado los debidos análisis a la menor que concluyen que ésta no tiene neuroblastomas, tampoco tenía procesos infecciosos que originen esta enfermedad; quedando, entonces, como única causa la infección proveniente del virus contra la influenza de la vacunación realizada sobre la menor.
- 6.9.** Se puede advertir en la historia clínica, que el 11 de julio de 2009, consta que la menor presenta tos y se le diagnosticó rinofaringitis, recetándole paracetamol; lo que evidencia que, en ese momento, en que es analizada por el médico, éste diagnostica rinofaringitis, pero ninguna otra enfermedad con relación a un neuroblastoma o a otras enfermedades infecciosas que provocan el síndrome de Kinsbourne.
- 6.10.** Es la única explicación posible, que una menor que llega sin enfermedades a un policlínico y es inoculada con el virus contra la influenza, inmediatamente después presenta los sistemas característicos de esa enfermedad.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 6.11.** La relación causal es evidente, es decir, esa enfermedad ha sido provocada por el virus contra la influenza, que se había inoculado.
- 6.12.** En el recurso de apelación, la demandante ha probado que su menor hija padece de una alergia al huevo; ha presentado como medio probatorio los análisis realizados el 22 de abril de 2013 por el laboratorio The Great Plains Laboratory Inc, en el que se advierte una alergia moderada a la clara de huevo y una alergia baja a la yema de huevo. De esta forma queda acreditada que la menor padecía de una alergia y no se le debía inocular la vacuna.
- 6.13.** En conclusión, la vacuna contra la influenza que se le inculó no era adecuada. La consecuencia de haber realizado la vacunación a la menor es que ha desatado el síndrome de Kinsbourne, enfermedad que hoy padece, porque se ha descartado las otras etiologías que generan esta enfermedad como lo son los neuroblastomas o los focos infecciosos. En ese sentido, queda acreditada la relación causal entre la enfermedad y la vacuna contra la influenza.
- 6.14.** El hecho de inocular una vacuna contra la influenza, sin hacer los debidos estudios en la menor para saber con certeza si ésta vacuna está contraindicada, sin tener los protocolos de atención previos para evitar esos problemas, es una conducta no permitida por el derecho.
- 6.15.** De ese modo, la conducta de la demandada no es correcta y no puede decirse que sea jurídica o que responda a derecho. Han generado un daño grave a la salud de la menor, por esa falta de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

previsión. De allí, es que debe responder por la reparación del daño causado, pues la conducta es antijurídica.

6.16. Ministerio de Salud y ESSALUD, no acreditan que, previo a proceder esta vacuna, tenían un protocolo en el que se advierta a las personas que la vacuna estaba contraindicada a esos casos.

6.17. No se encuentra responsabilidad alguna en las demandadas, Pilar del Rocío Echevarría Carrillo, porque actuaron según la diligencia exigida en ese momento por su empleador (ESSALUD), quien no había, previamente establecido un procedimiento en caso de las contraindicaciones del producto Fluarix.

6.18. En relación al daño emergente, la demanda solo prueba gastos de ciento ochenta soles (S/ 180.00) con una boleta emitida por el Centro Pediátrico Niño Saludable, por una consulta neuropediatría y un recibo de honorarios por la suma de cincuenta soles (S/ 50.00) de la microbióloga, Fressia Sahira Arrunátegui Cabrera, por análisis clínicos; por lo que se debe reembolsar éstos gastos de doscientos treinta soles (S/ 230.00). **En cuanto al lucro cesante, la Sala Civil declara que no existen alegaciones adecuadas, ni medios probatorios sobre este tema,** por lo que debe ser declarado infundado.

6.19. En lo que se refiere a la indemnización por daño moral y daño a la persona. Se ha ordenado que los demandados, Ministerio de Salud y la Red Asistencial de Lambayeque – ESSALUD, paguen en forma solidaria a favor de la demandante y a su menor hija una

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

indemnización ascendente a: **i)** por concepto de daño moral la suma de trescientos setenta y tres mil quinientos soles (S/ 373,500.00); **ii)** por concepto de daño a la persona – daño a la salud, esto es, incluido lo ordenado por daño emergente la suma de ochocientos treinta y siete mil soles (S/ 837,000.00); en total, S/ un millón doscientos diez mil setecientos treinta soles (S/ 1'210,730.00).

- a)** Con la finalidad de obtener un baremo objetivo para la determinación del monto del daño moral, se remiten al monto de la pensión mínima mensual del Sistema Nacional de Pensiones, que es de cuatrocientos quince soles (S/ 415.00), para estimar el monto del daño sufrido en función de un promedio de vida de 75 años.
- b)** La menor siempre ha de requerir cuidados de otras personas, de su señora madre, en cuanto tiene la patria potestad y cuando sea mayor, de un apoyo, conforme al Decreto Legislativo N° 1384.
- c)** Así, cuatrocientos quince soles (S/ 415.00) por 12 meses, son cuatro mil novecientos ochenta soles (S/ 4,980.00) al año y por 75 años, arrojan un resultado de trescientos setenta y tres mil quinientos soles (S/ 373,500.00), que es el monto que por daño moral deben responder los demandados, en forma solidaria.
- d)** En cuanto al daño a la persona, no pueden admitir un monto que nace de manera unilateral, sin que haya ningún baremo en su determinación, ni tampoco permitir un enriquecimiento indebido por este hecho; considerando que deben tener un baremo objetivo

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

para lograr un equivalente entre la plena reparación de la menor y el monto de su indemnización por este daño, utilizando el monto de la remuneración mínima vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, fijada en el D.S. N° 004-2018.TR, de novecientos treinta soles (S/ 930.00).

- e) De este modo, novecientos treinta soles (S/ 930.00) por 12 meses, arrojan once mil ciento sesenta soles (S/ 11,160.00), que multiplicados por 75 años (promedio de vida de una persona), da como resultado la suma de ochocientos treinta y siete mil soles (S/ 837,000.00), que es el monto que por daño a la persona – daño a la salud deben responder solidariamente las demandadas, Ministerio de Salud y ESSALUD.

7. Recurso de casación

7.1. Mediante resolución de 29 de noviembre de 2019 (fs. 100 del cuaderno formado), esta Sala Suprema declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por ESSALUD.

7.2. Mediante resolución de 29 de noviembre de 2019 (fs. 105 del cuaderno formado), se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, MAVG, por las presuntas infracciones normativas de:

- a) Los artículos I del Título Preliminar y 1985 del Código Civil;
y artículos 276, 277 y 281 del Código Procesal Civil.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

- 1) Se habría afectado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con sujeción a un debido proceso; de haberse respetado se habría arribado a decisiones diferentes a las acogidas, es decir se hubiera otorgado un monto mayor por daño emergente y una suma de seiscientos treinta y seis mil ciento veinte soles (S/ 636,120.00) por lucro cesante.
- 2) No se han tomado en cuenta los gastos en los que ha incurrido en terapias, niñera, medicamentos, consultas médicas, silla de ruedas, zapatos ortopédicos, entre otros, a fin de declarar fundado el monto indemnizatorio por **daño emergente**, así como la afectación a su capacidad de trabajar a partir de los 18 años, respecto al **lucro cesante**.
- 3) La Sala Superior no ha considerado que la enfermedad que padece su hija no tiene cura y que requiere un tratamiento que consiste en terapias, conforme ha acreditado en alegatos de primera instancia.
- 4) Al inicio del proceso le fue imposible ofrecer los medios probatorios que sustentan los gastos; pero ahora los demuestra.
- 5) En ese entonces, el tratamiento de la menor era en base a ampollas, que ya no recibe, pero sí recibió durante 03 años consecutivos.
- 6) Respecto al lucro cesante, su hija hubiera ganado a partir de los 18 años, lo que mínimamente gana un obrero, esto es,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

novecientos treinta soles (S/ 930.00), desde los 18 años hasta los 75 años, entonces la suma de novecientos treinta soles (S/ 930.00) mensuales se debe multiplicar por 12 meses al año y su resultado multiplicar por 75, resultando la suma de seiscientos treinta y seis mil ciento veinte soles (S/ 636,120.00) que debió ser reconocido.

**b) Excepcionalmente, del artículo 139 numerales 3 y 5 de la
Constitución Política del Perú.**

III. Fundamentos de la Sala Civil Suprema

Primero.- Mediante resolución de 29 de noviembre de 2019, se declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la demandada ESSALUD y procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, MAVG. La Sala Suprema debe emitir pronunciamiento sobre este último recurso, en relación a las infracciones normativas denunciadas y por infracción al artículo 139 numerales 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, incorporado de manera excepcional, a fin de evaluar si la sentencia de mérito ha vulnerado el debido proceso y el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Al haberse declarado procedente el recurso de casación por causales de infracción normativa de carácter material y procesal, corresponde en primer lugar, emitir pronunciamiento sobre las presuntas infracciones ***in procedendo***, ya que en caso de ampararse ésta, carecería de objeto emitir pronunciamiento sobre la infracción ***in iudicando***.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Segundo.- Absolviendo la procedencia excepcional del recurso, por la infracción normativa del artículo 139 numerales 3 y 5 de la Constitución Política del Estado:

El artículo 139 de la Constitución Política del Perú, ordena como principios y derechos de la función jurisdiccional: “3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación*”. Y, “5. *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*”

El derecho al debido proceso establecido en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución comprende entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho por los órganos jurisdiccionales, garantía constitucional prevista en el artículo 139 numeral 5 de la Constitución, y recogida también en el artículo 122 numeral 3 del Código Procesal Civil, así como en el artículo 12 del TUO de la LOPJ, dispositivos legales que garantizan que se expresen las razones que sustentan la solución de la controversia, basadas en los hechos expuestos por las partes, la valoración conjunta de todos los medios probatorios, la norma jurídica vigente y aplicable al caso en concreto. La resolución expedida que carezca de motivación expresa de los elementos facticos y jurídicos, debe sancionarse con nulidad, conforme dispone el artículo 50.6 del Código Procesal Civil.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Tercero.- El presente proceso tiene como pretensión que se indemnice a la menor hija de doña MAVGy a ésta última por derecho propio, por el daño ocasionado a consecuencia de habersele aplicado la vacuna contra la influenza A, que conllevó a que padezca el denominado síndrome de Kinsbourne, mal caracterizado por un desorden neurológico raro, movimientos oculares, irregulares, involuntarios y multidireccionales y otros; con discapacidad en las funciones del cuerpo.

Al respecto, la responsabilidad civil es una institución jurídica en la que existe la obligación de indemnizar por daños causados por un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante una relación contractual o por el acontecimiento de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual), en el que la reparación deberá consistir en el restablecimiento a una situación anterior¹ o -cuando ello no sea posible- en un pago por concepto de indemnización.

Revisados los fundamentos de la sentencia de vista, materia de casación, se advierte que la Sala Superior expone los fundamentos facticos y jurídicos que determinan la responsabilidad de las codemandadas, ESSALUD y Ministerio de Salud, en relación al daño ocasionado a la menor de iniciales A.N.S.V., debido a la aplicación de la vacuna contra la influenza A.

¹ La *restitutio in integrum* es un tipo de reparación que busca restaurar la salud de las víctimas, su libertad, su sentido de bienestar, su dignidad, y su status dentro de la familia, comunidad y sociedad. Sin embargo, el restablecimiento de la situación anterior a la violación no es siempre posible dada la naturaleza irreversible del daño ocasionado; en estos casos, se deben adoptar las medidas que fuesen pertinentes y posibles para reparar las consecuencias del perjuicio, entre ellas el pago de indemnizaciones.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La Sala Superior concluye que la aplicación de la vacuna generó el síndrome de Kinsbourne que padece la menor, criterio que está respaldado con los hechos expuestos en el proceso y los medios probatorios que obran en autos, tanto más si en sede casatoria no se advierte cuestionamiento alguno por parte de las citadas demandadas sobre la responsabilidad que se les atribuye; en consecuencia, sobre este extremo de la resolución no se aprecia vulneración al deber de motivación de las resoluciones judiciales.

Cuarto.- En cuanto a la motivación de la sentencia de vista, respecto a los montos resarcitorios otorgados por concepto de daño emergente, daño moral, a la persona, y el extremo que no otorga lucro cesante; el artículo 1985 del Código Civil, es claro al referirse los conceptos que integran la reparación civil; además la doctrina peruana en materia de indemnización considera que los perjuicios patrimoniales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. El primero es considerado como la disminución patrimonial ya existente que padece una persona; y, el segundo, constituye las ganancias que se dejaron de percibir o se dejan de percibir en el presente y el futuro.

Al respecto, Reglero Campos, refiere que: *“Daño Emergente: Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar (...). Lucro Cesante: ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos (...). Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido”.*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Quinto.- Indemnización por lucro cesante

En relación a este concepto, la Sala Superior declara únicamente que “no hay alegaciones adecuadas, ni medios probatorios sobre este tema, por lo que debe ser declarado infundado”; de ello, resulta evidente que se ha incumplido el deber de motivación en ese extremo.

La ausencia de fundamentos implica la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y en consecuencia el derecho al debido proceso, así como la tutela jurisdiccional efectiva que todo justiciable espera cuando acude al órgano jurisdiccional para solucionar una controversia o resolver una incertidumbre jurídica.

La indemnización y cuantificación exacta del lucro cesante plantea problemas en la prueba de la pérdida de la ganancia, la relación de causalidad y el tipo de pérdida de ganancias; problemas que se acentúan en los supuestos de personas que no puedan acreditar sus ingresos, o carecen de ellos, como podría ser el supuesto de menores o de amas de casa. Empero, estas circunstancias no pueden ir en perjuicio de la víctima, ni pueden ser empleadas por el juez como criterio para negar el acceso a una reparación integral del daño sufrido, -principio fundamental que rige la determinación de la indemnización en la responsabilidad civil-.

En consecuencia, -para el lucro cesante- el órgano jurisdiccional puede emplear indicadores que posibiliten establecer con cierto grado de probabilidad objetiva la privación de ingresos o ganancias en la víctima (o de los reclamantes) desde el momento que se genera el daño -de ser

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

el caso- hasta un tiempo determinado en el futuro² según la temporalidad (transitoria o permanente) de la incapacidad generada.

En la Casación N° 1318-2016/Huancavelica, la Sala Civil Suprema, ha establecido que el cálculo del lucro cesante pondrá atención a criterios objetivos tales como: la edad de la víctima (o de los reclamantes), la expectativa de vida, la duración de la incapacidad, si la lesión es permanente e invalidante, la condición socio económica de la víctima (o los reclamantes), el período de dependencia económica, entre otros. La determinación de la indemnización a pagar se debe apoyar en las circunstancias especiales del caso concreto y en un juicio de razonabilidad que permita arribar a una decisión justa³.

La Sala Superior podrá utilizar como criterio cuantificador la remuneración mínima vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, fijado en el Decreto Supremo N° 0042018-TR, en tanto es el ingreso mínimo que un ciudadano debe percibir en condiciones normales que le permitan trabajar; y como marco normativo

² “El lucro cesante puede ser pasado o futuro. La distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil del agresor. Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado está constituido por las ganancias o utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia; y el lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso. La suma del lucro cesante pretérito con la del lucro cesante futuro es el lucro cesante total al que tiene derecho el perjudicado.” Elorriaga De Bonis, Fabián, Daño físico y lucro cesante, en AA.VV., Derecho de daños, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2002, p. 58.

³ El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 2250-2007-AA/TC, señala que el principio de razonabilidad es una estrategia para resolver conflictos constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa. Este principio sugiere una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador que se expresa en la decisión.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

el principio de reparación integral del daño consagrado en el artículo 1985 y el criterio de equidad consagrado en el artículo 1332 del Código Civil. En la Casación N° 3499-2015/La Libertad, la Sala Suprema declaró que este principio *“exige que las dificultades que puedan presentarse en la cuantificación del lucro cesante, por efectos de las circunstancias en las que éste se presenta -y no por la desidia de las partes- deben ser superadas por el juez en atención a criterios que, sobre la base de a equidad y las reglas de la experiencia⁴, permitan acceder a la víctima a una reparación adecuada a los perjuicios sufridos.”*

Sexto.- Indemnización por daño emergente

En cuanto al daño emergente, la Sala Superior fundamenta que sólo se prueban gastos de ciento ochenta soles (S/ 180.00), con una boleta emitida por el Centro Pediátrico Niño Saludable, por consulta neuropediatría y un recibo de honorarios por la suma de cincuenta soles (S/ 50.00) de la microbióloga Fressia Sahira Arrunátegui Cabrera, por análisis clínicos.

En el trámite del proceso, la parte demandante ha presentado recibos por concepto de terapias de lenguaje (fs. 2352/2354), psicomotricidad (fs. 2355 y 2356), atención médica (fs. 2359 y 2361), declaraciones juradas (fs. 2357 y 2360), constancias (fs. 2358), pagos de ortopedia y rehabilitación (fs. 2362), entre otros, gastos que se deduce se han realizado en el tratamiento de la menor. Sin embargo, no se advierte que la Sala Superior haya expuesto las razones que justifiquen por qué estos medios probatorios no serían considerados como gastos para cuantificar

⁴ Subrayado agregado.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

el monto indemnizatorio por concepto de daño emergente. Si bien dichos documentos no fueron incorporados expresamente como medios probatorios del presente proceso; empero, excepcionalmente, el juzgador está facultado a la actuación de medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 197 del Código Procesal Civil; por tanto se concluye una evidente falta de valoración en forma conjunta de todos los medios probatorios que obran en autos, vulnera lo previsto en los numerales 3 y 5 de la Constitución Política del Perú.

En el caso concreto, se tiene que la menor de iniciales A.N.S.V. padece un desorden neurológico producto del síndrome de Kinsbourne, caracterizado según términos médicos *“por el desarrollo agudo o subagudo de movimientos irregulares, involuntarias y multidireccionales de los ojos (opsoclonos) asociado a mioclonías con afección predominante de tronco, cabeza, extremidades y disfunción cerebelosa que se manifiesta como ataxia o disartria.”*⁵

La literatura médica concluye que la conjugación de estos padecimientos da como resultado la incapacidad física del individuo para caminar, desplazarse, sentarse o mantener la verticalidad mediante el apoyo de la pelvis -deambulación y sedestación-.

Ante el evidente daño físico ocasionado a la menor, según se ha determinado por la aplicación de una vacuna, sin efectuar el protocolo

⁵ Zaldívar Pascua, Gelder. Neurólogo pediatra, Hospital del Valle, San Pedro Sula, Cortes, Honduras. Caso clínico síndrome de Kinsbourne -Kinsbourne síndrome- Revista Médica Honduras. Vol. N° 81, N° 2-4, 2013.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

indispensable, de descarte de alergias y contraindicaciones, resulta lógico que se haya generado, se esté generando y se genere a futuro, gastos en el tratamiento especializado que requiere para su recuperación y bienestar.

Estos gastos incluyen costos de fármacos, consultas médicas, terapias, exámenes clínicos, silla de ruedas, movilidad o gastos de traslado a la sede médica, etc. En esa línea, el daño emergente comprende los valores que efectivamente empobrecieron a los familiares de la víctima y los valores que en el futuro se deban sufragar, como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.

En tal sentido, la Sala Superior deberá tener presente que la cuantificación del daño emergente comprende gastos realizados y gastos futuros que tendrían que sufragar o hacerse cargo en forma directa los responsables del daño.

Sobre la determinación de los daños es posible aplicar sucedáneos probatorios (indicios) según el sentido del artículo 275 del Código Procesal Civil, que permitan corroborar y complementar la cuantificación que corresponde.

La menor ha sufrido lesiones que requieren atención médica prolongada y permanente; y obra en autos los informes médicos sobre el síndrome que padece; por tanto, teniendo en cuenta estos indicadores -o un tratamiento base en casos similares- es factible establecer un monto de indemnización por daño emergente, sea en suma líquida o tratamiento médico especializado.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

En caso que se considere que no existen suficientes elementos probatorios que acrediten el monto pretendido en la demanda, corresponderá la aplicación del principio de reparación integral consagrado en el artículo 1985 del Código Civil, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia en tanto se cumpla con: **a)** haberse probado la existencia del daño, y **b)** que no sea posible una valorización exacta del monto por razón de las circunstancias propias del caso.

Sétimo.- Indemnización por daño moral y daño a la persona

Revisado el *quantum* de la indemnización por daño moral y daño a la persona, la Sala Superior ha ordenado en la sentencia de vista que los demandados -Ministerio de Salud y la Red Asistencial Lambayeque ESSALUD- paguen en forma solidaria, a favor de la demandante y de su menor hija, una indemnización ascendente a: **i)** trescientos setenta y tres mil quinientos soles (S/ 373,500.00), por concepto de daño moral; y, **ii)** ochocientos treinta y siete mil soles (S/ 837,000.00) por concepto de daño a la persona -daño a la salud-; incluido lo ordenado por daño emergente, en total, deberán pagar la suma de un millón doscientos diez mil setecientos treinta soles (S/ 1' 210 730.00).

Para establecer el cálculo del *quantum* indemnizatorio de estos conceptos, la Sala Superior ha considerado el monto de la pensión mínima mensual del Sistema Nacional de Pensiones (S/ 415.00 soles multiplicado por 12 meses y por 75 años) y el monto de la remuneración mínima vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, fijado en el Decreto Supremo N° 0042018-TR (S/ 930.00 soles multiplicado por 12 meses y por 75 años), respectivamente.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Los artículos 1984 y 1985 del Código Civil establecen que: el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia; y, la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

En el caso de autos, se pretende el pago de una indemnización por el daño extrapatrimonial consistente en el daño a la persona y el daño moral. La doctrina nacional autorizada orienta que la relación de éstos es de género a especie.

El daño moral está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos o los estados depresivos que padece una persona; y en el supuesto del daño a la persona se suele indemnizar desde el daño biológico o la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima, esto es, el daño a la salud que comprende desde la privación de la posibilidad objetiva de realizar actividades normales -como practicar deportes, estudiar o simplemente caminar-⁶.

En ambos supuestos, se debe tener presente lo perdurable del daño, la edad de la víctima, la temporalidad de las lesiones, y la imposibilidad de rehacer a plenitud su periplo vital. Debido a la naturaleza del daño moral y daño a la persona por ser irreparables, resulta compleja su cuantificación al no tener un valor pre establecido; por lo tanto, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, el

⁶ Puntos 68 y 71 del Tercer Pleno Casatorio Civil.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

juez deberá fijarlo con valor equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción y las máximas de la experiencia, de tal forma que no puede representar un monto mínimo o máximo a la manera de un simple reproche a una conducta, sino que debe ser acorde a las circunstancias que rodean el caso⁷.

Esta Sala Suprema en la Casación N° 2890-2013/Ica y en la Casación N° 1318-2016/Huancavelica, ha resuelto que un análisis equitativo constituye un método supletorio que de ninguna manera supone arbitrariedad, sino que debe ser utilizado por el juez en tanto permita acceder a la víctima a una reparación adecuada de los perjuicios sufridos.

En el caso concreto, la Sala Superior debe tener presente las condiciones de salud acreditadas en el proceso que permitan razonablemente colegir aquel daño moral -sufrimiento, angustia y aflicciones-, y daño a la persona -lesión a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida-, ocasionados a la víctima y a su señora madre. Se deberá evaluar estos aspectos a fin de fijar el *quantum* indemnizatorio, más aún si lo que se busca es velar por el interés superior de la menor de iniciales A.N.S.V.; quien ha sufrido un daño aparentemente irreversible cuando sólo tenía escasos meses de edad y

⁷ En diversos casos la Sala Suprema ha sostenido que el análisis equitativo constituye un método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad, sino que debe ser utilizado por los jueces.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

recibió la vacuna que produjo la alteración de la normalidad de su desarrollo de vida.

De igual modo, la madre de la niña sufrió la alteración de su forma de vida, limitando las posibilidades del curso de acción a tomar, en tanto que su menor hija requiere de su atención y cuidado. Estos hechos, que no son improbables sino ciertos, tendrían que ser valorados y cuantificados, en forma razonable.

Octavo.- Esta Sala Suprema subraya que frente a ciertos supuestos de responsabilidad civil, según cada caso en concreto y en aplicación de los principios *favor victimae* o *pro damnato*⁸, se debe facilitar la carga probatoria para la víctima del daño cuando ésta tenga dificultades para alcanzar el estándar de prueba que exige un proceso judicial; mediante el traslado de la carga probatoria o de la atenuación de la exigencia de prueba, lo que no significa exonerar a la víctima de ofrecer los medios probatorios que resulten pertinentes y necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, sino que el propósito es que ésta pueda obtener -en mayor medida- una reparación integral del daño sufrido.

Noveno.- Por último, el principio de preclusión de la actividad procesal garantiza que el avance del proceso, cuyas etapas son independientes, respete el orden establecido por nuestro ordenamiento jurídico, lo contrario, generaría que los esfuerzos de las partes y del juez por hacer

⁸ Luis Díez-Picazo "La responsabilidad civil hoy". Anuario de Derecho Civil - Boletín Oficial del Estado, 1979, p. 732.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

avanzar el proceso, serían nulos, lo que implicaría una afectación al derecho fundamental al debido proceso.

Atendiendo que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, cuya finalidad es la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, resulta inadmisibile que en sede casatoria, mediante el recurso interpuesto se pretenda modificar el monto indemnizatorio por concepto de daño emergente pretendido por la parte demandante en el escrito de demanda (S/ 500,000.00); *máxime* si dicha pretensión fue incluida dentro de los puntos controvertidos fijados previamente a emitirse la sentencia, los que fueron comunicados a las partes oportunamente (fs. 822 a 828), no siendo posible su modificación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 406 del Código Procesal Civil.

Décimo.- Por lo expuesto, esta Sala Suprema advierte que la resolución expedida por la Sala Superior, infringe el derecho a una debida motivación, contenida en el artículo 139 numeral 5 de la Constitución Política del Perú, lo que determina la nulidad de la recurrida conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del Código Procesal Civil.

IV. Decisión

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con lo previsto en el artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil:

Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto la demandante, doña MAVG(fs. 2722); en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista, de 24 de abril de 2019 (fs. 2626), expedida por la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE**

CASACIÓN N° 03795-2019 LAMBAYEQUE

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Segunda Sala Civil de la CSJ de Lambayeque; **ORDENARON** que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento de acuerdo a ley y conforme a derecho, considerando lo expuesto en la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; en los seguidos por doña MAVG, contra el Ministerio de Salud y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios; y *los devolvieron*. Interviene como ponente: **Torres López**, juez (p) de la Corte Suprema.

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

SALAZAR LIZÁRRAGA

TORRES LÓPEZ

DE LA BARRA BARRERA ARRIOLA

ESPINO

Vuv/Cgv/Mam.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

Responsabilidad Objetiva Extracontractual.

La responsabilidad objetiva no sólo se fundamenta en el incremento del riesgo y la necesidad de repartir el coste del daño, sino también encuentra sustento en los propios valores que animan la Constitución Política del Estado, que hacen de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad la clave para entender todos los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida y la integridad moral. Const. Arts. 1 y 2, inc. 1. CC. Art. 1970.

Responsabilidad extracontractual, respeto a la dignidad, derecho a la integridad moral.

Lima, ocho de abril de dos mil catorce. -

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con los expedientes acompañados, vista la causa número dos mil ochocientos noventa - dos mil trece, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO.

En el presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, el demandante RCP ha interpuesto recurso de casación (página ochocientos cuarenta y seis), contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de mayo de dos mil trece (página ochocientos veintinueve), dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que revoca la sentencia de primera instancia del veintiséis de junio de dos mil doce (página setecientos sesenta y cuatro), en el extremo que declara fundada en parte la demanda, en consecuencia ordena que el Estado Peruano representado por el Ministerio de Salud cumpla con indemnizar al demandante con la suma de S/. 500 000.00 (quinientos mil nuevos soles) más los intereses legales; reformándola declararon infundada la demanda; confi rmaron el extremo que declara infundada la demanda en cuanto se dirige contra los doctores Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Julio Alonso Choque Raymundo, Edmundo Luis Pérez Ingunza y Javier Eduardo Uribe Godoy, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES.

1. Demanda.

RCP interpone demanda (página doscientos cincuenta y ocho, subsanada por escrito de la página doscientos sesenta y seis) de indemnización por daños y perjuicios contra el Ministerio de Salud y otros, alegando que con fecha trece de setiembre de dos mil siete el Director Regional de Salud de Ica de aquel entonces aceptó la propuesta de la Estrategia Nacional de Inmunizaciones del Ministerio de Salud, programando la inmunización contra la fiebre amarilla desde el veintitrés de setiembre hasta el veintisiete de octubre de dos mil siete, período durante al cual su fallecida hija Rocío Cule Quispe, exactamente el veintisiete de setiembre del mismo año, acude al servicio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

de inmunizaciones del Hospital Regional de Ica, aplicándosele la vacuna contra la fiebre amarilla, recibiendo la recomendación que ante cualquier molestia que pudiera sentir tomara una pastilla, pero después de haber presentado síntomas posteriores a la vacuna que no pudieron ser controlados con las pastillas y ante el malestar acudió al Hospital Regional de Ica el día cinco de octubre, siendo atendida por los médicos de dicho hospital, quienes indicaron que los síntomas eran consecuencia de la vacuna recibida; posteriormente decaió gravemente su salud y, dado su estado, fue internada en la Unidad de Cuidados Intensivos, falleciendo el día seis de octubre de dos mil siete.

2. Contestación de la Demanda.

Mediante escrito de la página doscientos noventa y seis, Brian Rubén Francisco Donayre Palomino contesta la demanda señalando que la decisión o política de aplicar las vacunas contra la fiebre amarilla en mención no fue por decisión suya o de la entidad que representaba en su condición de Director de la Dirección Regional de Salud de Ica, pues no tenía capacidad de decisión, sino que ello fue una decisión del Gobierno Central, específicamente del Ministerio de Salud, que inició esa campaña a nivel nacional. Agrega que lamentablemente de toda la población vacunada a veces se presenta en algunas personas reacciones adversas.

Mediante escrito de página trescientos treinta y seis la demandada Lucy Melchora Gonzáles Bravo contesta la demanda señalando que no se encuentra obligada a indemnizar sin que exista un nexo de causalidad entre el evento dañoso y su persona. Refiere que en el texto de la demanda no existe ningún sustento técnico, mucho menos legal que justifique o haga creíble la hipótesis de que la suscrita haya podido tener alguna responsabilidad en la producción del acto lesivo.

Mediante escrito de la página trescientos cincuenta y cuatro el demandado Javier Eduardo Uribe Godoy contesta la demanda señalando que no tiene ninguna responsabilidad de carácter civil, toda vez que en la fecha que se suscitaron los hechos estuvo laborando en período de rotación de la especialidad de medicina interna del Tercer año en el Hospital Regional de Ica, en la Unidad de Cuidados Intensivos, y que se encontraba como médico de turno el doctor Edmundo Pérez Ingunza. En dicha condición, el recurrente expresa que no tenía facultades potestativas ni dispositivas en la prescripción de medicamentos, limitándose solo a fraccionar la nota de ingreso de la paciente Rocío Cule Quispe el día seis de octubre de dos mil siete a horas diez de la mañana.

Mediante escrito de la página trescientos sesenta y seis el demandado Julio Alfonso Choque Raymundo contesta la demanda señalando que no se ha determinado ni precisado con exactitud cuál es su responsabilidad, es decir qué hizo o dejó de hacer para que se produzca el fallecimiento de Rocío Cule Quispe. Mediante resoluciones de fechas dieciséis de diciembre de dos mil nueve y veinte de enero de dos mil diez se declaró rebeldes a los codemandados Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Procuraduría del Ministerio de Salud y Luis Pérez Ingunza.

3. Puntos Controvertidos.

Se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 2890-2013
ICA
Indemnización por Daños y Perjuicios

3.1. Establecer si el Estado Peruano incurrió en responsabilidad por haber establecido una política de vacunación contra la fiebre amarilla en la zona de Ica, producto del cual, a raíz de ser vacunada y como consecuencia de una razón adversa, falleció la estudiante de medicina humana Rocío Cule Quispe. De ser así establecer si debe ordenarse que se pague un monto indemnizatorio a favor del demandante en su condición de heredero.

3.2. Establecer si el Director Regional de Salud de la Dirección Regional de Salud de Ica, Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, ha incurrido en responsabilidad sobre los hechos que son materia de demanda, al haber aceptado la propuesta de la estrategia nacional de inmunizaciones del Ministerio de Salud que programó la inmunización contra la fiebre amarilla en la zona de Ica desde el veintitrés de setiembre del año dos mil siete al veintisiete de octubre del mismo año, o es que se limitó a cumplir ordenes de sus superiores en su condición de autoridad administrativa.

3.3. Determinar si tienen o no responsabilidad civil y por ende si deben pagar un monto indemnizatorio a favor de la parte actora los codemandados José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Gonzáles Bravo, Julio Choque Raymundo, Edmundo Pérez Ingunza y Javier Uribe Godoy, quienes fueron los profesionales que atendieron a la fallecida en el ínterin o desde que ella reaccionó adversamente ante la vacuna que se le suministró hasta su fallecimiento.

3.4. Establecer si los demandados médicos que atendieron a la que en vida fuera Rocío Cule Quispe actuaron con la diligencia necesaria en su condición de profesionales de salud.

4. Sentencia de Primera Instancia.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia (página setecientos sesenta y cuatro), su fecha veintiséis de junio de dos mil doce, declaró infundada la demanda en cuanto se dirige contra los doctores Brian Rubén Francisco Donayre Palomino, José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Melchora Gonzáles Bravo, Julio Alonso Choque Raymundo, Edmundo Luis Pérez Ingunza y Javier Eduardo Uribe Godoy; y fundada en cuanto ordena al Ministerio de Salud el pago de S/. 500 000.00 (quinientos mil nuevos soles) por concepto de indemnización, considerando que se actuó con negligencia en el desarrollo de la campaña de vacunación que se hiciera en la ciudad de Ica, ya que no se contaba con un estudio que respaldase tanto la existencia de necesidad de la aplicación de la vacuna en la ciudad, como las formas, modos y métodos bajo los cuales debió desarrollarse la campaña. Respecto a la responsabilidad de los médicos demandados señala que no existió dolo ni culpa por parte de ellos, por lo que no se genera responsabilidad civil en los mismos. Respecto al monto indemnizatorio, considera que es atendible ordenar un pago indemnizatorio por concepto de lucro cesante al estar acreditado la relación o nexo causal, dado que a su fallecimiento la causante era estudiante de medicina humana, próxima a culminar sus estudios, entendiéndose que en esa fecha su padre era quien afrontaba los gastos de sus estudios, siendo evidente que si la causante no hubiese fallecido habría podido ejercer su profesión y apoyar a su padre más adelante. En relación al daño moral, si bien es cierto en nuestra legislación no se encuentra debidamente desarrollado el tema de cuantificación del daño, ello no es óbice para que no se resuelva el conflicto de intereses suscitado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

5. Fundamentos de la Apelación.

Mediante escrito de la página setecientos ochenta y seis la abogada de la Dirección Regional de Salud de Ica, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que el juez no ha valorado que el departamento de Ica, como consecuencia del terremoto ocurrido en esta ciudad, sufrió la proliferación de enfermedades infectocontagiosas y a fin de no poner en riesgo a la población se suministró la dosis de vacuna contra la fiebre amarilla a cerca de 63 174 personas, precisando que el comité consultivo mundial sobre seguridad de las vacunas concluyó que era preciso disponer de mejor información para determinar qué grupos de poblaciones son de riesgo y qué factores aumentan el riesgo de sufrir los dos tipos de acontecimiento adverso graves tras la vacunación. Señala que no se ha tenido en cuenta el informe emitido por el Instituto de Medicina Tropical Alexander Von Humboldt de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, obrante en la página setecientos cuarenta y seis, el cual da una explicación sobre la vacuna contra la fiebre amarilla y refiere que ésta es muy segura, siendo que los efectos adversos severos son muy pocos y raros, estimándose que en uno de cada dos millones de dosis se producen reacciones adversas severas. Añade que tampoco se ha considerado que la fallecida contaba con una enfermedad cancerígena de la que aparentemente no tenía conocimiento (neoplasia bilateral de tiroides) que está comprendida dentro de las enfermedades que generan reacciones adversas a la vacuna y que se recomienda no aplicar a las personas que la padezcan, por lo que al no haber podido tener conocimiento oportuno de la misma se han generado los hechos mencionados, lo que es un evento que escapa de la responsabilidad de los médicos y del Estado Peruano. Mediante escrito de la página setecientos noventa y cinco, el demandante también apela la sentencia de primera instancia, alegando que la recurrida no se encuentra arreglada a ley porque el juez de la causa no ha tomado en cuenta las pruebas para determinar el nexo causal de los médicos codemandados, los cuales estuvieron de turno en el Hospital Regional de Ica, cuando la occisa acudió el cinco de octubre de dos mil siete, por sus propios medios, caminando, lúcida, orientada en tiempo y en espacio, y quien lejos de encontrar mejoría en su salud se precipitó hasta que falleció al día siguiente por evidente mala práctica de medicina.

6. Sentencia de Vista.

Elevados los autos a la Sala Superior en virtud de los recursos de apelación interpuestos, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante sentencia de vista (página ochocientos veintinueve), del dieciséis de mayo de dos mil trece, revoca la sentencia apelada que declara fundada en parte la demanda, y, reformándola, la declara infundada, considerando que el hecho materia de litigio resulta ser una causa no imputable al Estado Peruano, toda vez que ha sido producto de un hecho inusual o caso fortuito, por lo que no hay culpa del autor del daño, quedando exento de responsabilidad en materia de responsabilidad extracontractual; habiéndose acreditado además que el objetivo del Estado Peruano era llevar a cabo una Estrategia Nacional de Inmunización, el que tenía como finalidad salvaguardar el bienestar de los pobladores de la región iqueña y no el de provocar la muerte masiva de ellas. La sentencia indica que los médicos acudieron a la fallecida desde el día que ocupó las instalaciones del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

nosocomio, ejecutando y combatiendo los efectos producidos por dicha vacuna, sin buenos resultados al tratarse de una enfermedad inusitada.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha veintisiete de setiembre de dos mil trece, obrante en la página sesenta y tres del respectivo cuaderno formado, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante RCP por Infracción normativa de los artículos 1969 y 1972 del Código Civil, por haberse descrito con claridad y precisión dicha infracción normativa, así como se habría demostrado la incidencia directa de tal denuncia sobre la decisión impugnada.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

Primero.- Que, la controversia gira en determinar si existen los elementos de la responsabilidad civil que permitan una indemnización (artículo 1969 del Código Civil) o, si en cambio, se han presentado supuestos de fractura del nexo causal (artículo 1972 del Código Civil) que imposibiliten el referido pago.

Segundo.- Que, debe señalarse que el artículo 1969 del Código Civil alude a la llamada responsabilidad subjetiva, esto es, aquella que tiene como factor de atribución una conducta negligente o dolosa por parte del autor causante del daño. Aunque esa es la norma que ha invocado el recurrente, se advierte que también se ha admitido la presente casación por vulneración del artículo 1972 del Código Civil. Como quiera que dicho dispositivo se encuentra vinculado con los términos de la responsabilidad objetiva¹ contemplada en el artículo 1970 del Código sustantivo, este Tribunal Supremo considera que el primer análisis que debe efectuarse es saber si la conducta que se imputa al Estado Peruano y a los médicos que atendieron a la víctima debe ser evaluada desde la responsabilidad subjetiva o desde la responsabilidad objetiva.

Tercero.- Que, en esa perspectiva, se observa que los hechos que ocasionaron el daño fue la administración de la vacuna denominada “antiamarílica” por parte del Estado, dentro de una campaña realizada luego del terremoto padecido en la ciudad de Ica, en el año dos mil siete. ¿Tal acto es uno que genere un riesgo mayor a la actividad cotidiana? Si la respuesta es afirmativa el factor de atribución será uno, que corresponda a la responsabilidad objetiva; si no lo es, lo que debe analizarse es la existencia de culpa o dolo por parte de los funcionarios del Estado.

Cuarto.- Que, en efecto, aunque al principio de las codificaciones el factor de atribución correspondió sustancialmente al de la responsabilidad subjetiva, ello fue modificándose con el advenimiento de los peligros propios que engendró la sociedad industrial y los nuevos daños que de allí emergieron. Por eso la idea de culpa fue variando a una culpa objetiva que puso énfasis en el “diligente padre de familia”, el “hombre razonable” o el “comerciante responsable”; luego, a la inversión de la carga de la prueba, para llegar a una responsabilidad objetiva que se sustenta no sólo en la “función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable, sino

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

también en la de hacer socialmente soportable el coste de reparación del daño a través de una amplia repartición del mismo² ”.

Quinto.- Que, en el presente caso, a fin de resolver el debate entre responsabilidad subjetiva / responsabilidad objetiva, debe tenerse en cuenta la Comunicación Final de la Organización Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) sobre investigación de eventos adversos graves en Perú posteriores a la vacunación con vacuna antiamarílica elaborada por Bio-Manguinhos, Brasil, de fecha de emisión veintiuno de marzo de dos mil ocho³ (página seiscientos dieciséis). Tal documento indica: “La enfermedad viscerotrópica aguda siguiente a la vacunación contra la fiebre amarilla es una reacción adversa rara vez notificada pero potencialmente fatal que fue reconocida por primera vez en 2001. Hasta setiembre de 2007, 36 casos probables o confirmados de enfermedad viscerotrópica se habían notificado a nivel mundial, después de la vacunación con ambas vacunas antiamarílicas 17DD y de sub-cepa 17D-204. La enfermedad se presenta habitualmente como una enfermedad similar a fiebre amarilla con insuficiencia multiorgánica y una aparición de síntomas en promedio 2 a 5 días después de recibir la vacuna antiamarílica. El riesgo calculado para la enfermedad viscerotrópica después de la vacunación antiamarílica es de aproximadamente 0.3 – 0.4 por 100.000 personas vacunadas en total” (el resaltado es nuestro). De lo dicho se desprende que la administración de la vacuna genera “riesgos” que aunque “calculados” ocasionan una “reacción adversa (...) potencialmente fatal”, lo que supone la necesidad de eventos desfavorables. En esa línea de interpretación este Tribunal Supremo estima que la generación del daño por administración de la vacuna antiamarílica tiene como factor de atribución la responsabilidad objetiva, conforme lo prescribe el artículo 1970 del Código Civil; por lo tanto no se hace necesario determinar si existe culpa o no del Estado, dado que la sola presencia del daño genera obligación de indemnizar.

Sexto.- Que, en un mundo de escasez de recursos y de imposibilidad de satisfacer todos los intereses, el Estado desarrolla una política general de salud que prioriza el bienestar general a pesar de la posibilidad de causar perjuicios personales, aceptando con ello la posibilidad del daño. Tal decisión no es reprochable moralmente, en tanto no administrar las vacunas generaría mayor dolor que el inocularlas, pero que no sea reprochable moralmente no significa que no pueda imputársele responsabilidad jurídica, tanto porque:

1. La imposición de la vacuna ha generado un riesgo mayor al normal, al extremo que en el caso en cuestión, ha quedado acreditado que el “riesgo calculado” por la administración de la vacuna incluso excedió los límites normales, al extremo que la Comunicación Final de la Organización Panamericana de la Salud informó que: “La incidencia de enfermedad viscerotrópica asociada a la vacuna antiamarílica en la Región de Ica en este evento es significativamente mayor (más de 20 veces) que lo observado anteriormente en otros entornos. Los cinco casos ocurrieron entre 63.174 personas vacunadas dando una tasa general de 7.9 por 100.000” (la cursiva y el resaltado es nuestro).

2. La responsabilidad no sólo surge por el incremento del riesgo y la necesidad de repartir el coste del daño, sino también encuentra sustento en los propios valores que animan la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

Constitución Política del Estado, que hacen de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad la clave para entender todos los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida y la integridad moral. En esa perspectiva, ante una acción del Estado que ha provocado un daño no resulta admisible indicar que las víctimas son un número estadístico cuyos perjuicios no deban ser reparados; por el contrario, la exigencia constitucional impone al Estado la reparación respectiva.

Sétimo.- Que, siendo un supuesto de responsabilidad objetiva, expresiones como “no hay culpa del autor del daño” (sentencia de vista, considerando 9.6) no es atinada porque ella implicaría asumir que el factor de atribución es la culpa. Hay que recordar aquí que en el caso de responsabilidad objetiva es irrelevante saber si el agente que ocasionó el daño lo hizo de manera dolosa o negligente, pues la imputación que se le hace es por haber incrementado el riesgo en la vida en relación.

Octavo.- Que, asimismo, se advierte que la Sala Superior ha indicado “que los hechos acaecidos han sido producto de un hecho inusual o caso fortuito” (considerando 9.6). Aunque la sentencia no ha sido precisa al señalar qué habría ocasionado la fractura del nexo causal, del contenido del fallo puede inferirse que ello habría ocurrido porque “era difícil para las autoridades del Estado Peruano prever que doña Rocío Cule Quispe, la persona fallecida, presentaría reacciones adversas a esta vacuna (...) si son pocos los casos presentados a nivel mundial”, a lo que debe acotarse que la fallecida “era una estudiante del sexto año de medicina, por lo que se infiere que tenía conocimiento de las reacciones adversas de la vacuna, por ser conocimientos inherentes a la profesión que estudiaba”, siendo además que “se desconocía que padecía de una neoplasia bilateral de tiroides con patrón mixto folicular y papilar, con proliferación maligna y benigna (cáncer de tiroides) (...) enfermedad que le impedía el poder inocularse la vacuna contra la fiebre amarilla”.

Noveno. - Que, estando a lo expuesto en el considerando anterior puede colegirse lo siguiente:

1. Que sean “pocos los casos presentados a nivel mundial” no implica ruptura del nexo causal; es decir, la relación de causa a efecto no se analiza desde la cantidad de casos, sino desde la consecuencia del hecho generador. La pregunta a hacerse no es: ¿cuántas muertes anteriores han ocurrido?, sino ¿qué ocasionó la muerte de la víctima? Así las cosas, conforme lo ha señalado el Protocolo de Necropsia el fallecimiento ocurrió por síndrome viscerotrópico ocasionado por la administración de la vacuna anti-amarilla, lo que evidencia que entre el hecho inicial (vacuna) y el hecho final (muerte) hay una causalidad adecuada que no se fracturó en ningún momento.

2. Que la víctima haya sido estudiante de medicina no rompe el nexo causal, sino establece una circunstancia de concausa, en la que la actividad de la perjudicada contribuye al daño mismo.

Décimo. - Que, en lo que concierne a la relación de causalidad debe indicarse que ella ha sido acreditada a plenitud, pues a la acción: administración de vacuna, le ha sucedido como efecto: el resultado muerte, lo que constituye una causalidad adecuada que enlaza el evento con el daño sufrido. “Un hecho -se ha indicado- es causa de otro cuando puede preverse que el primero

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

incrementará significativamente la probabilidad de ocurrencia del segundo”. En esa perspectiva, para el caso en cuestión, queda claro que la administración de la vacuna: primer hecho, incrementó significativamente el riesgo en una tasa de 7.9, veinte veces mayor que la mundial y, como consecuencia de ello, se produjo el segundo suceso: muerte. En buena cuenta, en un escenario hipotético, a la interrogante: ¿la muerte de la estudiante hubiera ocurrido si no se le administraba la vacuna? La respuesta sería negativa tanto porque se desconoce cómo iba a culminar el desarrollo de la enfermedad, como porque el deceso nunca hubiera ocurrido en las circunstancias en la que se presentaron de no ser por la vacuna administrada. Lo dicho supone desestimar la dolencia de la hija del demandante como factor que rompe el nexo causal, pues ello sería tanto como suprimir la causa real y aceptar la existencia de una causalidad anticipatoria (muerte por cáncer) que no llegó a producirse.

Undécimo. - Que, expuestas así las cosas, este Tribunal Supremo, en relación a la responsabilidad del Estado, considera que debe ampararse la casación al haberse vulnerado lo dispuesto en el artículo 1972 del Código Civil por aplicación indebida, considerado que se estaba ante un supuesto de responsabilidad objetiva.

Duodécimo.- Que, sin embargo, en cuanto a la indemnización a los médicos demandados (José Alfredo Hernández Anchante, Lucy Gonzáles Bravo, Julio Choque Raymundo, Edmundo Pérez Ingunza y Javier Uribe Godoy) este Tribunal estima que se está ante un caso de responsabilidad subjetiva, por lo que sí debe analizarse sus conductas, en tanto ellos no están siendo demandados por haber administrado la vacuna, sino por el tratamiento que le dieron a la víctima cuando se produjo el síndrome viscerotrópico. En este caso, se advierte que no existe en autos prueba alguna que determine que no desarrollaron sus actividades con la diligencia debida; por el contrario, los Informes del Instituto Nacional de Salud y del Instituto de Medicina Tropical Alexander Von Humboldt de la Universidad Peruana Cayetano Heredia señalan lo inusual del caso sufrido por la víctima y la inexistencia de impericia o negligencia por parte de los médicos tratantes. Hay que recordar aquí que la responsabilidad de los médicos es de naturaleza subjetiva tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley General de Salud, de forma tal que ante la inexistencia de culpa deben ser exonerados de la obligación de indemnizar.

Décimo Tercero.- Que, por otra parte, en cuanto al médico Brian Rubén Francisco Donayre Palomino debe indicarse que, conforme lo refiere el Informe de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, la decisión para realizar la campaña de vacunación no provino de la ciudad de Ica, sino del Ministerio de Salud, lo que exonera de responsabilidad al referido funcionario.

Décimo Cuarto.- Que, estando a lo expuesto, debe ampararse la casación y, actuando en sede de instancia, corresponde fijar un monto indemnizatorio que corresponda a:

1. La existencia de daño cierto.
2. Los gastos causados por la atención hospitalaria y el sepelio de la víctima.
3. El daño moral sufrido por el demandante que hace referencia al sufrimiento y aflicción generada. En esa óptica, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 2890-2013
ICA
Indemnización por Daños y Perjuicios

económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a algunos a sostener que en realidad tal daño no debe existir⁸, no es menos verdad que la existencia de daño moral ha sido contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332 del Código Civil que: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”, norma que si bien está mencionada en el capítulo de inejecución de obligaciones corresponde también usarla en la responsabilidad extracontractual por la unicidad propia de la responsabilidad que pone su atención en la reparación del daño.

4. Ese análisis “equitativo” constituye método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad⁹ y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en casos como los aquí expuestos. Ello significa de ninguna forma que necesariamente deba otorgarse la indemnización, pero sí que la norma debe ser tenida en cuenta y, en su caso, explicar las razones para su rechazo.

5. Aplicando tal precepto, y siendo que el daño no puede valorizarse en su monto preciso, la valoración debe efectuarse de manera equitativa, lo que supone evaluar en el caso concreto la edad de la víctima y atender a máximas de experiencia de las que se puede colegir la aflicción del padre al producirse la muerte de su hija, circunstancia rechazada por el orden natural de las cosas, al extremo el idioma castellano contiene expresiones para la muerte de los padres o de la esposa(a) -huérfano (a), viudo (a)- no contiene término para el fallecimiento del hijo, pues se opone a aceptar lo que de manera cotidiana no sucede.

6. En cambio, este Tribunal considera que la cuantificación realizada por el juez de primera instancia, teniendo como referencia el monto que hubiera ganado la víctima en su vida laboral útil, no es pertinente, pues aquí lo que se está indemnizado sustancialmente es el daño moral del padre y no la actividad económica de la fallecida. Por lo demás, esta valoración se identifica con renta y no puede ser aceptada, pues no puede explicar lo que ocurre cuando no se tiene actividad laboral retribuida¹⁰ o cuando no se produce efectos sobre la actividad profesional, o por qué deben establecerse resarcimientos diferentes ante la existencia de un mismo tipo de daño.

V. DECISIÓN.

Por estos fundamentos y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante RCP (página ochocientos cuarenta y seis); en consecuencia, CASARON la sentencia de vista de fecha dieciséis de mayo de dos mil trece (página ochocientos veintinueve), dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica; actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia apelada en el extremo que declara fundada en parte la demanda en cuanto se dirige contra el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud; y la REVOCAN en cuanto al monto indemnizatorio; REFORMÁNDOLO se establece la suma de S/. 300 000.00 (trescientos mil nuevos soles); DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley; en los seguidos con el Ministerio de Salud y otros, sobre indemnización por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2890-2013

ICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

daños y perjuicios; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo CALDERÓN Puertas.- SS. ALMENARA BRYSON, TELLO GILARDI, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

La Sala Superior se ha ceñido a la situación fáctica establecida en sede de instancia y a la actuación probatoria desplegada en autos para determinar la relación de causalidad entre el daño causado a la actora y la conducta antijurídica atribuida al demandado; sin embargo, no ocurre lo propio en cuanto a la determinación del daño emergente y lucro cesante, lo cual acarrea patología en la motivación de la misma.

Lima, cuatro de octubre dos mil dieciocho.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con el expediente acompañado; vista la causa número 5634-2017, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación correspondiente con arreglo a la Ley Orgánica del Poder Judicial, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por el demandado **Juan Otto Cedrón Goicochea**, mediante escrito de fojas mil trescientos veinticinco, contra la sentencia de vista de fecha cinco de junio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil doscientos noventa y seis, que **confirma** la sentencia de primera instancia de fecha veintisiete de enero de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento setenta y dos, que declara **fundada en parte** la demanda de indemnización por daños y perjuicios; en consecuencia, ordena que el demandado pague a favor de la demandante la suma de cincuenta mil dólares americanos (US\$ 50,000), de los cuales corresponde por daño emergente la suma de trece mil dólares americanos (\$ 13,000.00); por lucro cesante dos mil dólares americanos (\$ 2,000.00); por daño moral la suma de treinta y cinco mil dólares americanos (\$35,000.00).

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1.- DEMANDA.

Mediante escrito postulatorio de demanda de fecha cuatro de diciembre de dos mil uno, obrante de fojas cuarenta y siete, **MGST**, interpone demanda contra don Otto Cedrón Goicochea, pretendiendo como **primera pretensión la anulación del acto jurídico denominado transacción extrajudicial** celebrado con el demandado, por la causal de dolo omisivo del demandado (artículo 212 del Código Civil), **como segunda pretensión subordinada** a la primera solicita la **anulación del acto jurídico** denominado transacción extrajudicial celebrado con el demandado, la misma que se funda en la violencia impulsiva que empleó el demandado para forzarla a prestar su manifestación de voluntad (artículos 214 y 215 del Código Civil) y como **tercera pretensión autónoma** solicita **indemnización** por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica realizada por el demandado consistente en daño emergente: cuarenta y cuatro mil dólares americanos (\$.44,000.00), por lucro cesante cuatro mil dólares americanos (\$4,000.00) y por daño moral, doscientos cincuenta mil dólares americanos (\$ 250,000.00); bajo los siguientes argumentos:

- Señala que el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, fue sometida a una operación de cirugía plástica de lipoescultura y dermolipsectomia, así como a un procedimiento de infiltración de una sustancia de relleno identificada por el médico tratante como metacrilato en ambos surcos nasogenianos los mismos que fueron llevados a cabo por el demandado en el Centro Médico Monte de Los Olivos S.R.L.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

- Precisa que el demandado Otto Cedrón Goicochea, le indicó que la sustancia era inocua y que constituía el producto brasileño más reciente para rellenar los surcos nasogenianos. En ningún momento el Doctor Cedrón le advirtió de la posibilidad de que existiera una reacción de su cuerpo frente al material extraño que le iba a implantar, ni hizo referencia a contraindicaciones de ningún tipo. Tampoco le mencionó que el metacrilato era una sustancia que no contaba con registro sanitario.
- Añade, que una semana después, le aparecieron protuberancias en el tercio inferior de ambos surcos nasogenianos, habiéndosele manifestado que eso era algo normal y que desaparecería en dos o tres semanas, pero como no desaparecieron regresó al Centro Médico en el mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho y le aplicaron la misma sustancia para rellenar y emparejar dichas protuberancias.
- Del mismo modo, refiere que en junio de mil novecientos noventa y nueve se sometió a un procedimiento de endodoncia en el canino izquierdo superior lo que le produjo un enrojecimiento en su mejilla izquierda, pues la recurrente atribuyó dichos síntomas al hecho que la endodoncia había sido mal realizada, sin embargo, luego de acudir al odontólogo, corrigió el procedimiento y trató la infección. No obstante, la inflamación y el enrojecimiento persistieron en su mejilla izquierda, extendiéndose a su mejilla derecha, concentrándose en la zona de ambos surcos nasogenianos. Por dicha razón, acudió a otros odontólogos quienes le indicaron que el único motivo por el cual podría estar presentando inflamación es debido a una reacción de rechazo a algún cuerpo extraño implantado en sus mejillas. Anexa fotos de los meses de agosto y setiembre de mil novecientos noventa y nueve, que muestran el visible enrojecimiento e inflamación de sus mejillas que alteraban la apariencia normal de su rostro.
- Advertida de la causa de la inflamación de sus mejillas, regresó al consultorio del demandado quien le efectuó dos incisiones en la parte

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

interna de sus mejillas para extraer la sustancia metacrilato, efectuándole una lipoaspiración de los surcos nasogenianos desde el lado externo, ingresando por ambos lados del tercio inferior de la nariz. Que al día siguiente de la operación le preguntó si la sustancia que se le aplicó era metacrilato o cartílago de tiburón, a lo que él le contestó de que no estaba seguro que era y que ya le había aspirado dicha sustancia.

- Precisa que el Doctor Cedrón previo al procedimiento de retiro del material, le indicó que se sacara una resonancia magnética. En dichas pruebas el cirujano apreció que el metacrilato se extendió por gran parte de su rostro, lo que causó fibrosis en el tejido con el que entró en contacto y que formaban las protuberancias. Señala que dichas pruebas se hicieron a nombre de la esposa del Dr. Cedrón, a fin de evitar el desembolso de las mismas, razón por la cual, no conserva en su poder dichas placas pero si mantiene el sobre y los datos referentes a las mismas.
- Empero, indica que como seguía con las protuberancias se le efectuó una infiltración de Kenacort de 10 mg., diluido en suero fisiológico en las zonas afectadas, que luego de ello le consultó a otro médico quien le diagnosticó un proceso flogístico nodular localizado en la mejilla derecha, por lo que le recomendó infiltraciones de acetónico de triamcinolona (kenacort) diluido al 50% en solución salina normal en volumen de 0.7 ml. y el uso de corticoides y ciprofloxacina sistemática, las que no le trajeron mejoría por lo que regresó donde la persona del demandado quien al solicitar una consulta a otro médico concluyeron que eran reacciones a la presencia de un cuerpo extraño, recomendándosele la extracción de dicho cuerpo extraño, es decir, del tejido comprometido.
- Por otro lado, señala que como el demandado se mostró reacio a hacerla es que le consultó al Dr. Morillas quien le pidió que le solicitará al Dr. Cedrón un informe escrito de su tratamiento, siendo que éste le confesó que no estaba seguro de lo que había implantado si era o no el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

metacrilato o polímetro de 5,000 de densidad conocido como cartílago de tiburón, debido a una negligencia de la enfermera que lo asistió durante la infiltración.

- Una vez obtenidos los informes el Dr. Morillas se negó a intervenirla, por lo que buscó al Dr. Kirschbaum quien le manifestó que seguramente su tratamiento lo había efectuado el Dr. Cedrón ya que había tratado a otros pacientes con los mismos síntomas, y le recomendó consultar al Dr. Arrunátegui, quién le indicó que tenía que extraer de inmediato el material infiltrado ya que si transcurría el tiempo este se podía contaminar y destruir las células sanas ubicadas en la zona donde se había efectuado la infiltración.
- Por dicho motivo viajó a Brasil a atenderse en la Clínica del Doctor Arrunátegui, para lo cual el Doctor Cedrón aceptó asumir los gastos de la operación y el tratamiento el que ascendió a ocho mil dólares americanos (\$ 8,000.00) y que le iba entregar el dinero en su domicilio al cual concurrió con el Abogado Mario Vidal Olcese, pero que la entrega de la suma de dinero estaba condicionada a la firma de un documento el que resultó ser una transacción extrajudicial con la cual pretendía que a cambio de cubrir su tratamiento médico, renunciaría a todos sus derechos exculpándolo de lo sucedido, que debido primero a su negativa de firmar dicho documento pero luego a la premura del tiempo y a la zozobra en la que se encontraba su persona es que se vio en la necesidad de suscribirlo, y si bien dicho documento tiene fecha cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en realidad se suscribió con fecha siete de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.
- Asimismo, manifiesta que después de la operación se le indicó que en caso que presentara una inflamación crónica tenía que volver a someterse a otra operación; que luego de tres días de operada, al ver su rostro, advirtió que presentaba una gran hendidura en el lado derecho, además de hematomas y costuras muy visibles, lo que le produjo una

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

gran depresión por lo que viajó a los Estados Unidos a casa de una hermana para su convalecencia pues no quería que nadie la vea menos sus hijas. Cuando intentó reincorporarse a sus labores profesionales como profesora y promotora de un Centro de Educación Inicial, notó que los niños se mostraban asustados por su apariencia, por lo que no pudo seguir con sus labores y se vio en la necesidad de contratar a una profesora suplente.

- Debido a ello, solicitó una indemnización al demandado quien al principio accedió pero luego se negó rotundamente; que como consecuencia de todo ello presentó una denuncia ante el Colegio Médico del Perú contra él, ya que durante todo el tiempo viene sufriendo de una inflamación crónica, dolores en la zona tratada y deformación permanente de su rostro, teniendo que consumir cortisona lo que le ha causado también daños a su organismo.

2.- CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante escrito de fecha veinticuatro de enero de dos mil dos, obrante de fojas ciento noventa y nueve, el doctor **Juan Otto Cedrón Goicochea** contesta la demanda, en los términos siguientes:

- Señala que en efecto, le realizó a la demandante una operación de cirugía plástica de lipoescultura y dermolipsectomia, así como un procedimiento de infiltración de una sustancia de relleno en ambos surcos nasogenianos, la que se llevó a cabo sin mayores inconvenientes.
- Agrega que debido a pequeñas protuberancias presentadas en la zona operada, procedió en febrero de mil novecientos noventa y ocho a efectuar unos retoques en la zona a efectos de emparejar pequeñas imperfecciones visualizadas en el tercio inferior del mismo, que culminó satisfactoriamente y sin complicación alguna.
- Asimismo, refiere que el problema se suscita cuando la demandante sin consultarle decide en junio de mil novecientos noventa y nueve (casi año

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

y medio después de la segunda intervención), someterse a un tratamiento de endodoncia en el canino superior izquierdo, lo cual le produjo una inflamación y enrojecimiento en la mejilla izquierda, siendo dicho tratamiento de endodoncia el que le provocó que su organismo reaccione frente a la presencia de elementos extraños.

- Por otro lado, precisa que la transacción extrajudicial celebrada el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, no adolece de la causal de dolo omisivo ni causal de violencia impulsiva que haya podido ejercer el recurrente para la celebración de dicho acto jurídico, ya que fue suscrito voluntariamente por la demandante, bajo el asesoramiento de su abogado, añade, que en la celebración de la transacción extrajudicial la demandante estuvo asesorada en todo momento por el abogado Bruno Olcese Chepote, por lo que, no puede afirmar que se haya actuado de mala fe, aprovechándose del error en que estaba inmersa para solicitar la anulación de la referida transacción.
- Del mismo modo, refiere que la demandante recurrió a numerosos médicos efectuando una serie de interconsultas respecto del mal que la aquejaba, los cuales refiere que fueron todos coincidentes en el diagnóstico, esto es, estuvo debidamente informada, por tanto, no hubo engaño o aprovechamiento como refiere la actora en su demanda, tal es así que ella escogió al médico que le atendería en el extranjero, recibió el dinero y viajó con su tía a operarse.
- Finalmente, alega que la demandante decidió voluntariamente atenderse con su persona por la seriedad, buen trato y profesionalismo con el que siempre ha actuado y le constaba; aunado a ello, la demandante no ha aportado medio probatorio alguno conducente a sustentar la suma solicitada como indemnización.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

3.- PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante resolución de fecha once de julio de dos mil dos, obrante a fojas doscientos ochenta y dos, se fijaron como puntos controvertidos:

- Determinar si procede la anulación del acto jurídico denominado transacción extrajudicial celebrado entre la demandante y el demandado y si ésta se funda en el dolo omisivo o en la violencia impulsiva del demandado.
- Determinar si los daños alegados en la demanda son consecuencia de la intervención médica realizada por el demandado.
- Determinar si procede la indemnización teniendo en cuenta el hecho y el daño producido y la secuela en el tiempo.

4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite procesal correspondiente, el Juez del Décimo Primer Juzgado Civil de Lima, mediante sentencia de fecha veintisiete de enero de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento setenta y dos, declara **fundada** en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios; en consecuencia, ordena que el demandado pague a favor de la demandante la suma de cincuenta mil dólares americanos (US\$ 50,000.00), de los cuales corresponde trece mil dólares americanos (\$ 13,000.00) por daño emergente, dos mil dólares americanos (\$ 2,000.00) por lucro cesante y treinta y cinco mil dólares americanos (\$35,000.00) por daño moral; bajo los siguientes fundamentos:

- Señala que, en el caso de autos, la accionante manifiesta que la persona del demandado la obligó a suscribir el acto jurídico cuya anulabilidad se demanda con el objeto de facilitarle dinero para su intervención quirúrgica y de entregarle los pasajes para viajar a Brasil; para probar dichas pretensiones la parte demandante ha acompañado el solo mérito de la Carta Notarial de fecha cuatro de enero de dos mil, obrante de fojas dieciocho a diecinueve, y el mérito de la Carta Notarial de fecha once de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

febrero de dos mil dos, las que por sí solas resultan insuficientes para acreditar de que la parte demandada hubiere actuado con dolo omisivo y violencia impulsiva contra la demandante para hacerla suscribir la misma, por lo que la primera pretensión y la segunda pretensión subordinada a la primera para que se declare la anulabilidad del acto jurídico denominado transacción extrajudicial no puede ampararse.

- Respecto a la segunda pretensión autónoma de indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la mala praxis médica que refiere sufrió la recurrente por parte del demandado por haberse sometido a una operación de cirugía plástica de lipoescultura y dermolipsectomia, así como por haberle infiltrado una sustancia de relleno denominada metacrilato en ambos surcos nasogenianos el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho en el Centro Médico Monte de los Olivos, debe de tenerse en cuenta que con el mérito de las muestras fotográficas de fojas diecisiete, veintitrés, veinticuatro y treinta y cuatro se puede apreciar el rostro de la demandante y las secuelas que le produjo dicha intervención quirúrgica; ahora con respecto al uso del medicamento que se le implantó en el rostro llamado metacrilato, el mismo no contaba con registro sanitario tal como es de verse del informe del Ministerio de Salud de fojas veinte.
- Asimismo, debe tenerse en cuenta que en los dictámenes periciales se ha efectuado tanto un estudio de la documentación obrante en autos, como de la persona de la demandante con relación a las lesiones ocasionadas como consecuencia de la operación a la que se sometió indicando un estudio clínico de la misma, y si bien no se pudo efectuar un análisis respecto de cuál fue la sustancia que se le inyectó a la parte actora, debe de tenerse en cuenta que de los propios dictámenes periciales se concluye que no es posible retirar mayor cantidad de material sin correr el riesgo de lesionar estructuras nerviosas que le podrían producir parálisis facial; hecho al que también llega el peritaje efectuado por el Médico

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Legista del Ministerio Público David Ruiz Vela en su dictamen pericial de fojas ochocientos catorce, que habiéndose acreditado la responsabilidad del demandado como causante del evento dañoso producido a la demandante, debe procederse a determinar el monto de la indemnización a resarcir con respecto a los daños ocasionados a su persona.

- Asimismo, con el mérito de la constancia de tratamiento psicológico de fojas treinta, de los resultados del informe de patología de fojas treinta y uno, del certificado médico de fojas treinta y dos y del informe médico de fojas treinta y cinco, se acreditan los diversos tratamientos y los análisis clínicos efectuados a la demandante los que acreditan que ha tenido que realizar gastos por medicina y por diversos tratamientos médicos especializados; que asimismo debe de tenerse en cuenta que como consecuencia de la mala praxis médica ha dejado de percibir una suma de dinero por el trabajo que efectuaba en Centro de Educación Inicial, tal como se desprende de la declaración testimonial de fojas ochocientos cincuenta, y si bien no se ha determinado cuanto era el monto real que se le abonaba por tal concepto, ello acredita de alguna manera de que la actora tenía un trabajo estable.
- Del mismo modo, respecto al daño moral debe de tenerse en cuenta que el mismo se encuentra representado por el estado emocional en el que habría quedado la persona de la actora como consecuencia de la operación a la que se sometió, puesto de que la misma con el ánimo de lucir un mejor aspecto facial en su ámbito amical y social quedo marcada por la desfiguración que sufrió lo que repercutió en su entorno familiar, amical y laboral, puesto que ha tenido que ser sometida a diversos tratamientos médicos para tratar de recuperar su anterior expresión facial.
- Por otro lado, y si bien se postula como monto indemnizatorio la suma de cuarenta y cuatro mil dólares americanos (\$ 44,000.00) por concepto de daño emergente, cuatro mil dólares (\$ 4,000.00) por concepto de lucro cesante y doscientos cincuenta mil dólares (\$ 250, 000.00) por concepto

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

de daño moral, al no haberse podido determinar debidamente en autos a cuanto ascenderían los daños ocasionados al demandante por tales conceptos dicho monto el Juzgado deberá fijarlos con criterio prudencial.

5.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

El demandado **Juan Otto Cedrón Goicochea** interpone apelación mediante escrito de fecha dieciséis de febrero de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento noventa y tres, señalando lo siguiente:

- Señala que la pericia emitida por la Dra. Elena Eyzaguirre Delgado no cumple con desarrollar ni sustentar y menos aclarar si el recurrente estaba en la posibilidad de advertir que la extracción del metacrilato de la demandante podía causar deformación en su rostro.
- Asimismo, refiere que en el dictamen pericial se hace el siguiente comentario "proceso inflamatorio crónico facial a cuerpo extraño posterior a procedimiento cosmético con infiltración de material desconocido", mencionar solamente "cuerpo extraño" resulta confuso, impreciso e incompleto, puesto que si no se aclara cuál es el cuerpo extraño, o al menos sus componentes químicos, entonces cómo se le puede imputar responsabilidad alguna al recurrente.
- Indica que el dictamen pericial realizado por el Dr. David Ruiz Vela, se encuentra lleno de afirmaciones sin sustento, ni mayor estudio y análisis médico del material denominado Metacrilato. Por otro lado, alega que al resolver las observaciones efectuadas a las pericias médicas se concluyó que no fue posible corroborar que a la demandante se le haya aplicado metacrilato; sin embargo, se desestimó las observaciones planteadas.
- En cuanto a la tercera pretensión, la cual consiste en una indemnización por los daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis médica del recurrente, no se trata de una pretensión autónoma sino subordinada a que las dos primeras pretensiones sean amparadas; sin embargo, de la sentencia materia de apelación se advierte que no encontró elementos de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

juicio para decretar la anulación de la transacción extrajudicial celebrada el cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, entre la demandante y el recurrente, ello quiere decir que la citada transacción extrajudicial se encuentra plenamente vigente, por tanto las obligaciones pactadas por las partes en dicho documento se encuentran vigentes y es de obligatorio cumplimiento, y estando que en su tercera y cuarta cláusula la accionante reconoció que su padecimiento no se debe a negligencia ni impericia médica del recurrente; y asimismo, renunció a cualquier acción judicial o extrajudicial contra el apelante, y por ello se dio por culminada cualquier controversia originada por la intervención quirúrgica.

- Finalmente, alega que no hay pronunciamiento sobre el incumplimiento de la actora del procedimiento previo de conciliación, por cuanto del acta de conciliación extrajudicial adjuntada a la demanda se desprende que esta versó sobre nulidad de transacción extrajudicial mientras que la demanda planteada fue sobre anulabilidad de la transacción extrajudicial, pretensión totalmente diferente.

6.- SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista de fecha cinco de junio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil doscientos noventa y seis, **confirma** la sentencia de primera instancia de fecha veintisiete de enero de dos mil quince, que declara **fundada en parte la demanda** de indemnización por daños y perjuicios, bajo los siguientes argumentos:

- Corresponde precisar que la transacción extrajudicial que pretende oponer el demandado en el presente caso ha sido ya desestimada por Resolución número seis, de fecha diecisiete de mayo de dos mil dos y confirmada por esta Superior Sala mediante Resolución número dos, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres, siendo el argumento central que dicha transacción extrajudicial al no haber sido homologada por un Juez,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

no puede tener la calidad de cosa juzgada y menos dar por concluido cualquier debate sobre la controversia sometida a transacción.

- Indica que de las instrumentales detalladas ha quedado acreditado que el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, la demandante fue sometida a un procedimiento cosmético facial en zonas nasogenianas de infiltración de sustancia de relleno (metacrilato), procedimiento que fue llevado por el médico demandado como fluye de los informes médicos expedidos por éste, y de la copia de la historia clínica, si bien refiere el demandado que fue con el consentimiento de la demandante la aplicación de la sustancia denominada metacrilato; sin embargo, de la revisión de la historia clínica, no se aprecia que la demandante haya dado su consentimiento informado (autorización) para la aplicación de la aludida sustancia, toda vez que a fojas novecientos cuarenta y ocho, obra solamente autorización para la operación de lipoescultura y dermolipectomía.
- Asimismo, el médico demandado usó como material de relleno para mejorar los surcos nasogenianos una sustancia como es el metacrilato, que no contaba a la fecha de su aplicación con registro sanitario, como lo informó la DIGEMID.
- Siendo el metacrilato la sustancia causante de la deformación en el rostro de la demandante, lo que conllevó al demandado a llegar a una transacción extrajudicial con la demandante, donde reconoce haber infiltrado en las zonas nasogenianas el material de relleno denominado metacrilato, y durante el post operatorio ambulatorio la demandante presentó hinchazón y enrojecimiento en las zonas infiltradas, por lo que asumió el pago del tratamiento especializado.
- Por lo tanto queda claro que el procedimiento a que fue sometida la demandante en su rostro, fue realizado con una sustancia -metacrilato- que no contaba con registro sanitario en nuestro país para ser usado como sustancia de relleno en zonas naso-genianas, por lo tanto, es ilegal

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

utilizar dicho producto que haya ingresado al país sin contar con la aprobación y registro correspondiente de la DIGEMID.

- Se debe añadir que el médico demandado a la fecha en que le realizó la intervención quirúrgica a la actora no tenía título de especialista en cirugía plástica y reparadora reconocida en el país.
- En la indemnización se debe señalar que el daño emergente se ha configurado cuando la actora quedó con secuelas deformantes en el rostro producido por la infiltración de una sustancia.
- Finalmente respecto al daño moral -daño no patrimonial, se afectó la parte emocional de la demandante, al quedar ésta con secuelas deformantes en el rostro producido por la infiltración de una sustancia denominada metacrilato por parte del demandado, producto que no contaba con registro sanitario, procedimiento al que se sometió en la creencia que iba a representar una mejora en su apariencia física, la que devino en un perjuicio y para corregir el daño ocasionado ha tenido que someterse a diversos tratamientos médicos a fin de corregir la deformación causada en su rostro, incluso a una intervención quirúrgica para retirarse el metacrilato infiltrado, por lo que debe fijarse un monto indemnizatorio.

III.- CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

El recurso de casación, de fojas mil trescientos veinticinco, que interpone el demandado **Juan Otto Cedrón Goicochea**, ha sido declarado **procedente**, mediante auto calificadorio de fecha doce de marzo de dos mil dieciocho, por las causales que a continuación se detallan:

a. Infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y de los artículos VII del Título Preliminar, 50 inciso 6 y 122 inciso 4 del Código Procesal Civil. Señala que la Sala Superior ha incurrido en un vicio consistente en la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

vulneración a su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en su expresión concreta referida al principio de congruencia procesal, ya que existe omisión sobre argumentos esenciales que hubieran determinado que la tercera pretensión de indemnización por daños y perjuicios sea declarada infundada. Asimismo, refiere que en la sentencia recurrida existe una falta de valoración de los medios probatorios y por ello la deficiente e incongruente motivación de la sentencia impugnada, colisiona y atenta contra la observancia del debido proceso y la motivación razonada y conjunta de los medios probatorios, ya que no existe identidad entre la prueba aportada y lo resuelto. Añade, que la sentencia impugnada contiene una motivación defectuosa por violación del principio lógico de no contradicción y por motivación aparente, por lo que, debe sancionarse su nulidad. Del mismo modo, alega que es inejecutable la indemnización por daños y perjuicios, ya que no se ha acreditado los supuestos esenciales para establecer que exista un nexo causal entre el demandante y la conducta atribuida al demandado, otorgarle la pretensión por indemnización por daños y perjuicios, habiendo quedado válida la transacción extrajudicial no puede pretenderse el pago de una indemnización, al no existir un nexo causal entre la conducta antijurídica atribuida al demandado y el supuesto daño ocasionado a la demandante. Agrega, que existe deficiencia en la motivación, por cuanto el *A quo* no ha valorado debidamente los medios probatorios, para establecer la concurrencia de los supuestos regulados en el Código Civil para concluir que existe un nexo causal, entre la conducta antijurídica atribuida al demandado con el daño ocasionado supuestamente a la demandante, conforme es de verse de los presentes autos, no se valoró debidamente la transacción extrajudicial de fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve. Además, precisa que siendo el hecho de amparar la pretensión por indemnización de daños y perjuicios una transgresión a la cosa juzgada, ya que la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

transacción extrajudicial no ha sido declarada nula, consiguientemente es válida y por ende no procede el pago de una indemnización. Finalmente, indica que la sentencia de vista vulnera la naturaleza del Código Civil y el Primer Pleno Casatorio Civil que reconocen a la transacción y lo vuelven un acto no definido, discutible en sede judicial cuando una de las partes otorgantes así lo determina.

b. Infracción normativa del artículo 6 de la Ley de Conciliación Extrajudicial, manifiesta que *“del Acta de Conciliación obrante en autos, se puede apreciar que la accionante invita a una conciliación al demandado Cedrón Goicochea, así como al Centro Médico Monte Los Olivos, delimitando a los sujetos procesales del proceso de Conciliación. Sin embargo, refiere que de una simple lectura del escrito de demanda, se advierte que no existe una coincidencia entre los sujetos del proceso de conciliación y los sujetos demandados en el presente proceso, situación que acarrea la improcedencia de la presente demanda, debiéndose ordenar que, si la accionante pretende demandar únicamente a mi persona, inicie un nuevo proceso Conciliatorio. Asimismo, alega que en efecto se le citó conjuntamente con el Centro Médico Monte de Los Olivos, a fin de conciliar respecto de la nulidad de la transacción que celebró con la accionante, empero, indica que no les invito jamás para tratar el tema de una supuesta indemnización, razón por la cual, señala que la presente demanda deviene en improcedente por no haberse efectuado, previamente un proceso de conciliación respecto a la supuesta anulabilidad del referido acto jurídico” (sic).*

c. Infracción normativa de los artículos 1302 y 1303 del Código Civil, señala que la sentencia de vista omite la aplicación contenida en los artículos 1302 y 1303 del Código Civil, al no reconocer la transacción suscrita, que las mismas sentencias expedidas han reconocido como

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

válidas, y ampara mal la pretensión indemnizatoria, cuando ésta debió de declararse infundada en razón de existir transacción entre las partes con la calidad de cosa juzgada, con la cual se decidió poner fin a la controversia, renunciando a cualquier acción relacionada con lo que es objeto de la transacción, que no es otra, que la intervención quirúrgica.

III.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

En el caso de autos, la cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria, consiste en determinar en primer término, si en el caso de autos se ha cumplido o no con el requisito de conciliación extrajudicial y una vez descartado ello, se deberá verificar si la sentencia de vista ha infringido las reglas de la debida motivación y la calidad de cosa juzgada de la transacción.

IV.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

PRIMERO.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios lo regulan.

Infracción normativa del artículo 6 de la Ley de Conciliación Extrajudicial

SEGUNDO.- El recurrente cuestiona que no se ha cumplido con el requisito consistente en la conciliación previa a la interposición de la demanda, en tanto no existiría coincidencia entre los sujetos del proceso

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

de conciliación y las partes demandadas en el presente proceso; así como, la citación efectuada no fue para tratar las materias demandadas.

Al respecto, el artículo seis de la Ley de Conciliación Extrajudicial, vigente a la fecha de interposición de la demanda, establecía que el procedimiento conciliatorio es un requisito de admisibilidad para los procesos a que se refiere el artículo nueve. Este último artículo prescribía, entre otros, que son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

Ahora bien, de la revisión de autos, se advierte que **a folios veintinueve obra el acta de conciliación**, de la cual se desprende que la ahora demandante invitó a conciliar al ahora demandado Otto Cedrón Goicochea, por las siguientes materias: indemnización por daños y perjuicios y declaración de nulidad de la transacción extrajudicial de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, con lo cual se acredita que la actora cumplió con el requisito exigido en la Ley de Conciliación previo a la interposición de su demanda, existiendo coincidencia en la parte demandada y también en la pretensión, pues si bien es cierto, la actora formuló demanda por la pretensión de anulabilidad de la transacción extrajudicial, también lo es que el cambio de la calificación jurídica en la pretensión no le resta validez al acto de conciliación, más aún, si en la misma se estableció la intención de la demandante de dejar sin efecto el mencionado documento, siendo esta la misma finalidad pretendida en la presente demanda.

Siendo ello así, corresponde desestimar la infracción normativa denunciada.

CASACIÓN N° 5634-2017
LIMA
NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Infracción normativa del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado y de los artículos VII del Título Preliminar, 50 inciso 6 y 122 inciso 4 del Código Procesal Civil

TERCERO.- El derecho fundamental al debido proceso, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional, es un derecho continente pues comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal.

Este derecho, *“por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, características del Tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa”*¹.

CUARTO.- *“El derecho al debido proceso supone el cumplimiento de las diferentes garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los procesos o procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal o privado que pueda afectarlos. Su contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etc. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los*

¹ Faúndez Ledesma, Héctor. “El Derecho a un Juicio Justo”. En: Las Garantías del Debido Proceso (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, pág. 17.

CASACIÓN N° 5634-2017
LIMA
NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

A través de esto último, se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas”².

Sobre la motivación de las resoluciones judiciales

QUINTO.- En ese sentido, cabe precisar que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva constituyen principios consagrados en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, los cuales comprenden a su vez, el deber de los jueces de observar los derechos procesales de las partes y el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquiera etapa del proceso. De ahí que dichos principios se encuentren ligados a la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso 5 del referido artículo constitucional, esto es, que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron.

SEXTO.- De igual manera, el Tribunal Constitucional estableció que “*El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la*

² EXP. N.° 02467-2012-PA/TC

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso”. A mayor abundamiento, el Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido “que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso”³.

SÉTIMO.- Aunado a ello, se debe precisar que este derecho no tiene relevancia únicamente en el ámbito del interés particular correspondiente a las partes involucradas en la *litis*, sino que además tiene valoración esencial dentro del sistema de justicia en su conjunto, dado que la debida motivación de resoluciones constituye una garantía del proceso judicial, siendo factible así conocer cuáles son las razones que sustentan la decisión tomada por el juez a cargo del caso desarrollado.

Por ello, dicho derecho constitucional ha sido desarrollado por diversas normas de carácter legal como los artículos 50 inciso 6, 121 y 122, inciso 3, del Código Procesal Civil, por el cual se exige la fundamentación de los autos y las sentencias, siendo que dicha motivación debe contar con una exposición ordenada y precisa de los hechos y el derecho que las justifican.

³ EXP. N.º 03433-2013-PA/TC LIMA SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. - SERPOST S.A. Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS - ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

OCTAVO.- En cuanto a las patologías de la motivación de las resoluciones judiciales, en el Expediente. N° 3943-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: **a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. **b) Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. **c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas:** (...) cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. **d) La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

*pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. e) **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)»⁴.*

NOVENO.- El agravio de la infracción normativa procesal denunciada por el recurrente se centra fundamentalmente en que existe afectación al derecho a obtener una resolución judicial debidamente motivada pues el Colegiado Superior no ha establecido el nexo causal entre el daño causado a la demandante y la conducta atribuida al demandado; así como, aduce una falta de valoración de la transacción extrajudicial de fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, la cual tendría la calidad de cosa juzgada.

⁴ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC- LIMA GIULIANA LLAMOJA HILARES

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Revisada la sentencia de vista, este Tribunal Supremo verifica que el Colegiado Superior sí ha establecido con claridad la existencia del nexo causal entre el daño causado a la demandante y la conducta antijurídica del demandado. En ese sentido ha señalado que: **i)** Ha quedado acreditado que el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, la demandante fue sometida a un procedimiento cosmético facial en zonas naso-genianas de infiltración de sustancia de relleno (metacrilato), procedimiento que fue llevado por el médico demandado como fluye de los informes médicos expedidos por éste, de las diferentes pericias actuadas en el presente proceso y de la copia de la historia clínica. Si bien refiere el demandado que fue con el consentimiento de la demandante la aplicación de la sustancia denominada metacrilato, sin embargo, de la revisión de la historia clínica, no se aprecia que la demandante haya dado su consentimiento informado (autorización) para la aplicación de la aludida sustancia, toda vez que a fojas novecientos cuarenta y ocho, obra solamente autorización para la operación de lipoescultura y dermolipsectomía. **ii)** Que la sustancia introducida por el médico demandado no contaba a la fecha de su aplicación con registro sanitario, como lo informó la DIGEMID. **iii)** Siendo el metacrilato la sustancia causante de la deformación en el rostro de la demandante, que conllevó al demandado a llegar a una transacción extrajudicial con la demandante, donde reconoce haber infiltrado en las zonas naso-genianas el material de relleno antes mencionado y asume el pago del tratamiento especializado para la recuperación de la demandante. **iv)** Los hechos descritos llevan a determinar que el médico demandado incurrió en mala praxis médica al exponer a la paciente a riesgos injustificados.

En cuanto a los argumentos relacionados al documento denominado transacción extrajudicial tantas veces aludido por el recurrente, que a decir de éste, habría dado fin a la controversia, al tener la calidad de cosa

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

juzgada; dichas alegaciones también se desvanecen, pues la Sala Superior ha señalado al respecto que, la transacción extrajudicial que pretende oponer el demandado en el presente caso ha sido ya desestimada por Resolución número seis, de fecha diecisiete de mayo de dos mil dos y confirmada mediante Resolución número dos, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres, siendo el argumento central que dicha transacción extrajudicial al no haber sido homologada por un Juez, no puede tener la calidad de cosa juzgada y menos dar por concluida cualquier debate sobre la controversia sometida a transacción.

En consecuencia, la Sala Superior se ha ceñido a la situación fáctica establecida en sede de instancia y a la actuación probatoria desplegada en autos para determinar la relación de causalidad entre el daño causado a la actora y la conducta antijurídica atribuida al demandado. Sin embargo, este Supremo Tribunal observa que sí existiría una deficiente motivación en el extremo de la fijación del *quantum* indemnizatorio, en tanto el Colegiado Superior sustenta la ocurrencia del daño emergente indicando únicamente que éste se configura cuando la actora quedó con secuelas deformantes en el rostro producido por la infiltración de una sustancia denominada metacrilato por parte del demandado, por lo que tuvo que recurrir a diferentes especialistas médicos a fin de ser tratada, pero dicho argumento resulta ser insuficiente si consideramos que el daño emergente comprende a las pérdidas que sufre la parte afectada como consecuencia de la conducta antijurídica en este caso del demandado; en otras palabras, viene a ser el empobrecimiento del patrimonio del acreedor⁵, lo cual debe quedar fehacientemente acreditado.

En el caso de autos, si bien la demandante ha adjuntado diversos informes médicos que acreditan cuál fue la sustancia de relleno

⁵ Osterling, F. La indemnización de daños y perjuicios. En:
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

introducida en la zona de sus mejillas y las reacciones que la misma le ocasionó, también lo es que, no ha cumplido con acreditar cuáles fueron los gastos adicionales efectivamente incurridos en el tratamiento de recuperación que aduce realizó tanto en el Perú como en el extranjero, teniendo en consideración que el demandado le llegó a entregar la cantidad de siete mil doscientos dólares americanos (US\$ 7,200.00) mas dos pasajes al país de Brasil, conforme se desprende del acta de transacción extrajudicial presentado por la propia demandante, además de ser un hecho aceptado por ésta en su escrito de demanda que obra a fojas cuarenta y siete. En este punto, cabe precisar que si bien el documento denominado transacción extrajudicial no ha sido considerado en el presente proceso como un instrumento idóneo que resolvió el conflicto suscitado entre las partes, al no haber sido homologado ante el órgano jurisdiccional, ello no impide, que los hechos ahí plasmados sean merituados por las instancias de mérito a fin de arribar a una decisión prudencial y razonable.

La misma patología en la motivación se aprecia en el extremo de la sentencia de vista que alude al lucro cesante. La Sala Superior ha señalado que respecto a las utilidades que dejó de percibir la demandante, con motivo de la inejecución de la obligación, se tiene que la actora no pudo laborar por un periodo de tiempo en el Centro de Educación Inicial debido a las deformaciones que presentaba su rostro, por lo que dejó de percibir un ingreso mensual, conforme se desprende de la declaración testimonial brindada por Milagros Seminario Bozovich en la Audiencia de Pruebas (fojas ochocientos cuarenta y ocho). Sin embargo, una declaración unilateral no puede servir como único sustento probatorio para acreditar las ganancias que la demandante supuestamente dejó de percibir a consecuencia del hecho ocurrido; por lo que, dicho extremo tampoco ha quedado acreditado en autos.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

En este sentido, se ha advertido una motivación inadecuada en la sentencia de vista, en relación al monto indemnizatorio fijado, que acarrearía, en principio, la nulidad de la sentencia de vista por la causal de infracción normativa procesal denunciada; no obstante, en atención a que la finalidad en concreto del proceso es solucionar el conflicto de intereses surgido entre las partes, en aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, esta Suprema Sala considera actuar en sede de instancia, procediendo a efectuar la correspondiente rectificación, debiendo por consiguiente confirmarse en parte la sentencia de primera instancia y revocar en el extremo del monto indemnizatorio, fijándose el mismo únicamente en la suma de treinta y cinco mil dólares americanos (US\$ 35,000.00) correspondiente al daño moral, el cual ha quedado debidamente sustentado en la afectación emocional que padeció la demandante, producto de las secuelas deformantes en el rostro producido por la infiltración de una sustancia denominada metacrilato por parte del demandado.

DÉCIMO.- Finalmente, en cuanto a **la infracción normativa de los artículos 1302 y 1303 del Código Civil**, a través de la cual el recurrente insiste en que la transacción extrajudicial suscrita con la demandada adquirió la calidad de cosa juzgada, como bien se ha señalado en líneas precedentes, dicho cuestionamiento quedó dilucidado en la resolución número seis que desestimó la excepción de transacción extrajudicial formulada por el demandado, la cual fue confirmada mediante resolución de vista número dos, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres, en donde se determinó que la transacción extrajudicial al no haber sido homologada por un Juez, no puede tener la calidad de cosa juzgada y menos dar por concluida cualquier debate sobre la controversia sometida a transacción. Siendo ello así, el recurrente no puede pretender que en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 5634-2017

LIMA

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

sede casatoria se reexamine los mismos argumentos esgrimidos en los medios técnicos de defensa formulados por las partes, al escapar de su finalidad; por lo que, en ese sentido, corresponde desestimar dicha causal por infundada.

V. DECISIÓN:

Por tales consideraciones y de conformidad con lo regulado en el inciso 396° del Código Procesal Civil:

- A)** Declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado **Juan Otto Cedrón Goicochea**, con fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil trescientos veinticinco; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha cinco de junio de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil doscientos noventa y seis.
- B)** **Actuando en sede de instancia, CONFIRMARON EN PARTE** la sentencia de primera instancia de fecha veintisiete de enero de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento setenta y dos, que declara **fundada** en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios; **REVOCARON** la sentencia de primera instancia en el extremo que fija el monto indemnizatorio ascendente y cincuenta mil dólares americanos (\$50,000.00), y **reformándolo**, lo fijaron en la suma de treinta y cinco mil dólares americanos (**\$ 35,000.00**) correspondiente al daño moral.
- C)** **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por MGST con Juan Otto Cedrón Goicochea sobre nulidad de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron. Interviniendo como ponente, el señor Juez Supremo **Salazar Lizárraga**.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N° 5634-2017
LIMA
NULIDAD DE ACTO JURÍDICO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

HUAMANI LLAMAS

SALAZAR LIZÁRRAGA

CALDERÓN PUERTAS

PTC/sg.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Sumilla: *En atención al Principio de la Adecuada Motivación de las Resoluciones Judiciales, y el de Congruencia, los Jueces revisores deben resolver los autos, respondiendo los agravios que sustentan el recurso de apelación.*

Lima, dos de octubre
de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número cuatro mil novecientos treinta y dos - dos mil quince; en Audiencia Pública de la fecha; y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: -----

I. ASUNTO: -----

Se trata del recurso de casación, interpuesto por FMSE, de fojas trescientos cincuenta y cuatro, contra la sentencia de vista, de fecha siete de setiembre de dos mil quince, de fojas trescientos treinta y ocho, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; que confirma la sentencia apelada de fecha diecisiete de julio de dos mil trece, que declara infundada la demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios.-----

II. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE: -----

El tema en debate radica en determinar si los Jueces revisores respondieron los agravios que sustentan el recurso de apelación para determinar si efectivamente la pérdida de la visión de la demandante fue a consecuencia o no, de una mala *praxis* médica. -----

III. RECURSO DE CASACIÓN: -----

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas cuarenta y cuatro del presente cuadernillo, de fecha treinta y uno de enero de dos mil diecisiete, ha estimado procedente el recurso de casación por la causales de: **Infracción normativa de**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 4932-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

los artículos VII del Título Preliminar del Código Civil y del Código Procesal Civil y de los artículos 1321 y 1970 del Código Civil.- Alegando que los dos primeros artículos hacen referencia a que el Juez no está obligado a seguir a los litigantes en sus planteamientos jurídicos, sino que puede apartarse de ellos cuando lo considere, invocando el *iura novit curia*. En el presente caso la Sala ha infringido dichas normas y la señalada en el artículo 1970 del Código Civil, porque el presente caso se trata de un proceso por Indemnización por Daños y Perjuicios, donde el demandado en su calidad de médico realizó una operación de blefaroplastia a sus párpados superior e inferior de ambos ojos, el siete de noviembre de dos mil ocho, hecho probado y aceptado por el demandado en la sentencia; que no contaba con Historia Clínica, hecho probado y aceptado en la sentencia, que no tenía personal calificado, solo una enfermera, hecho probado y aceptado en la sentencia; que no tenía equipo de auxilio ante una emergencia, hecho probado y aceptado en la sentencia, que no fue asistido por un oftalmólogo (como lo indica su cicatriz bajo el ojo derecho), a pesar que en este tipo de operaciones es necesario y obligatorio, hecho probado y aceptado en la sentencia, que fue operada en un consultorio y no en una clínica, hecho probado y aceptado en la sentencia, que no contaba con licencia municipal de funcionamiento, hecho probado y aceptado en la sentencia; que le aplicó anestesia después de cuatro (4) días e hizo un huequito para drenarle la sangre, en una *praxis* arriesgada que corresponde a un oftalmólogo (como lo indica mi cicatriz bajo el ojo derecho), sin prever que estando el ojo hinchado se podía producir un shock del nervio óptico, hecho probado y aceptado en la sentencia, que antes de la operación no tenía ceguera del ojo derecho, hecho probado y aceptado en la sentencia con la licencia de conducir sin restricciones, (a la falta del informe en la historia clínica que diga lo contrario). Agrega que, ingresó al consultorio viendo por ambos ojos y salió viendo por uno solo. Refiere que después de la operación, con fecha seis de diciembre de dos mil nueve, el Centro Oftalmológico Ñahui le diagnosticó atrofia óptica del ojo derecho (“nervio árido”, nervio muerto) hecho probado y aceptado en la sentencia, que después de la operación, con fecha veintiocho de enero de dos mil nueve, el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Instituto Nacional de Oftalmología informa que el ojo derecho del paciente no responde a los estímulos luminosos mostrados en la prueba y en la Unidad de electrofisiología, es decir, ceguera del ojo derecho, hecho probado y aceptado en la sentencia. En consecuencia el artículo a aplicarse en este proceso es el 1970 del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad objetiva, porque en este caso la operación practicada por el médico es una actividad riesgosa, es decir, que no se requería que exista una conducta dolosa o culposa por parte del agente, basta que exista nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa o riesgosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad. -----

IV. FUNDAMENTOS: -----

PRIMERO.- Que, previamente a la absolución del recurso de casación *sub examine*, es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. La demandante FMSE alega que con fecha siete de noviembre de dos mil ocho, fue intervenida de una cirugía estética de párpados de ambos ojos o blefaroplastía, por el demandado Gonzalo Erasmo Parker Oyola y a consecuencia de ello, perdió la visión del ojo derecho. Señala que la pérdida de la visión se debió a la presión que el demandado hizo con las dos manos sobre su ojo para drenarle la sangre sin tener en consideración que la hemorragia era interna y no solamente externa, debiendo drenarlo por el lado de la sien, ya que la sangre acumulada no solo era por fuera sino por atrás del globo del ojo que aprisionaba el nervio hasta estrangularlo, ocasionando la falta de oxígeno hasta la muerte de células y el nervio óptico. -----

SEGUNDO.- El demandado Gonzalo Erasmo Parker Oyola contesta la demanda señalando que, si bien se le ha practicado a la demandante un procedimiento quirúrgico de *blefaroplastía* superior e inferior de ambos ojos, la equimosis que presentó la demandante a nivel de la piel, motivó a que tenga que drenarla a través de una incisión, pero que nunca le presionó el ojo con ambas manos, lo que hizo

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA**

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

fue soltarle los puntos, apreciándose un sangrado ligero superficial, realizando una maniobra de excreción en párpados inferiores, no así en el globo ocular. -----

TERCERO.- Mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, de fecha diecisiete de julio de dos mil trece, el *A Quo* ha declarado infundada la demanda de Indemnización de Daños y Perjuicios, sustentando que: **a)** Ambas partes concuerdan que con fecha siete de noviembre de dos mil ocho, el demandado practicó a la demandante un procedimiento quirúrgico de cirugía estética de párpados de ambos ojos o blefaroplastia; sin embargo, por un lado la demandante señala que se le realizó una mala *praxis* en su ojo derecho y de otro lado el demandado argumenta que en el procedimiento quirúrgico ha actuado de manera muy profesional y que los daños alegados no son a consecuencia de la intervención quirúrgica que realizó; **b)** En la Historia Clínica de la demandante queda acreditada que el emplazado le practicó un tratamiento de *blefaroplastia* a la accionante, asimismo del Centro Médico Oftalmológico Ñahui se aprecia que la actora acudió a dicho nosocomio el treinta de setiembre de dos mil cinco, donde se le diagnosticó *ametropía y presbicia*, indicándosele el uso de anteojos correctores; del mismo modo, con fecha seis de diciembre de dos mil ocho, la demandante vuelve a acudir a dicho Centro Oftalmológico en el que se le diagnosticó “*embolia arterial retinal en ojo derecho y atrofia óptica de ojo derecho*”; de igual forma del informe de campo visual de fecha veintiocho de enero de dos mil nueve, se diagnosticó “*ojo derecho el paciente no responde a los estímulos luminosos mostrados en la prueba y en la evaluación de la Unidad de Electrofisiología, se evidencia severa disfunción de estructuras neurópticas en ojo derecho*”; y, **c)** Si bien es cierto, de los informes médicos antes mencionados se ha comprobado que la actora padece de la *atrofia de su ojo derecho*, también es cierto que los mismos no concluyen que dicho diagnóstico sea producto del procedimiento quirúrgico que le efectuara el médico demandado, lo que tampoco se advierte de ninguno de los medios probatorios actuados en autos. No es atendible que se le atribuya al demandado haber efectuado una mala operación (mala *praxis* médica) y a la vez

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

se le atribuya que deliberadamente no haya ejecutado la obligación (dolo) por lo tanto, el juzgador concluye que al no haberse acreditado con medios probatorios la pretensión solicitada, resulta de aplicación el artículo 200 del Código Procesal Civil.

CUARTO.- Por resolución de fojas trescientos treinta y ocho, de fecha siete de setiembre de dos mil quince, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada que declara infundada la demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios; sustentando que de los informes médicos practicados a la demandante después de haberse producido la operación de *blefaroplastia*, no concluyen que la pérdida de la visión del ojo derecho haya sido como consecuencia de dicha intervención quirúrgica, tampoco se indica que la causa haya sido la presión ejercida por el médico demandado para drenarle la sangre. -----

QUINTO.- Que, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción normativa procesal y material. Teniendo en cuenta ello, es de advertirse que conforme lo dispone el artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por vulneraciones a las normas que garantizan el Debido Proceso o las infracciones de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales en todos los supuestos se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo, mientras que si se declara fundado el recurso por las otras causales contempladas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, la Sala Suprema actuando en sede de instancia deberá resolver el conflicto según su naturaleza. Es por ello, que la revisión de las causales por las que ha sido declarado procedente el recurso de casación debe comenzar por el análisis de la alegación de vulneración a las normas que garantizan el Derecho a un Debido Proceso. -----

SEXTO.- La afectación al Debido Proceso, es un derecho complejo, pues, está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA**

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho - incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina procesal y constitucional, *"por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, características del Tribunal o Instancias de Decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa (Faúndez Ledesma, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: Las garantías del Debido Proceso (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, p, 17)*. Dicho de otro modo, el Derecho al Debido Proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen, la Tutela Procesal Efectiva, la Observancia de los Principios o reglas básicas y de la competencia predeterminada por ley, así como la Pluralidad de Instancias, la Motivación y la Logicidad y Razonabilidad de las Resoluciones, el respeto a los derechos procesales de las partes (Derecho de Acción, de Contradicción) entre otros. -----

SÉTIMO.- Que, bajo ese contexto dogmático, la causal de la infracción normativa procesal denunciada se configura entre otros supuestos en los casos en los que en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento o si la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente a la naturaleza del proceso, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento. -----

OCTAVO.- Que, el principio denominado Motivación de los Fallos Judiciales, constituye un valor jurídico que rebasa el interés de los justiciables por cuanto se fundamenta en principios de orden jurídico, pues la declaración del derecho en un caso concreto, es una facultad del Juzgador que por imperio del artículo 138 de la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Constitución Política del Perú, impone una exigencia social de que la comunidad sienta como un valor jurídico, denominado, fundamentación o motivación de la sentencia; el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 122 incisos 3 y 4, y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil. -----

NOVENO.- Que, la Motivación Escrita de las Resoluciones Judiciales constituye un principio y un Derecho de la Función Jurisdiccional, y debe ser el resultado del razonamiento jurídico que efectúa el juzgador sobre la base de los hechos acreditados en el proceso (los que forman convicción sobre la verdad de ellos) y la aplicación del derecho objetivo. -----

DÉCIMO.- Por su parte, el “Principio de Congruencia Procesal” se encuentra íntimamente relacionado con el Principio de Motivación de Resoluciones Judiciales y el de *iura novit curia*, regulado en el segundo párrafo del **artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil**, concordante con los artículos 50 inciso 6 y 112 inciso 4 del mismo Código Adjetivo; según el cual en toda resolución judicial debe existir: 1) Coherencia entre lo solicitado por las partes y lo finalmente resuelto, sin omitirse, alterarse o excederse dichas peticiones (congruencia externa); y, 2) Armonía entre la motivación y la parte resolutive (congruencia interna); en suma, la congruencia en sede procesal, es el “(...) principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones Judiciales que deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (...) para que exista *Identidad Jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (...)*”¹; de donde los jueces tienen el deber de motivar sus resoluciones, como garantía de un debido proceso; no están obligados a darle la razón a la parte pretendiente, pero sí a indicarle las razones de su sin razón y a respetar todos los puntos de la controversia fijados por las partes, respetando así el Principio de Congruencia. -----

¹ Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Tomo II, p. 533.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA**

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

DÉCIMO PRIMERO.- En el presente caso, según se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, el proceso se ha iniciado con motivo de la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por FMSE pretendiendo que el demandado le indemnice por daños y perjuicios a consecuencia de haber perdido la visión del ojo derecho a consecuencia de una intervención quirúrgica de *blefaroplastia*.-----

DÉCIMO SEGUNDO.- En este contexto, puede evidenciarse que el meollo del presente proceso radica esencialmente en determinar si efectivamente la pérdida de la visión de la demandante fue a consecuencia de una mala praxis médica, respecto de lo cual la recurrente, al sustentar su recurso de apelación contra la apelada que declara infundada la demanda, sustentó que la imprudencia del emplazado radica en el hecho de que por un lado le habría colocado anestesia en el nervio óptico derecho, cuando ambos ojos se encontraban muy hinchados por acumulación de sangre, sin prever las consecuencias químicas de su aplicación, ocasionándole un shock en el nervio que le causó la pérdida de la visión, así como haber ejercido presión sobre su ojo para drenarle la sangre acumulada, sin prever que la presión ejercida con la mano podía causarle daño interno en el ojo y con ello la ceguera; asimismo señaló también que el demandado no cuenta con autorización del Ministerio de Salud que autorice el funcionamiento del establecimiento médico donde se le intervino quirúrgicamente, ni contaba con médicos auxiliares, anestesiólogo, ni enfermera de apoyo, hechos que no han sido tomados en cuenta por el Juez. -----

DÉCIMO TERCERO.- Ahora bien, al analizar la sentencia de vista objeto de impugnación, este Colegiado observa que el asunto antes descrito no ha merecido un examen razonado por parte de la Sala Superior, amparándose de manera muy somera en los mismos argumentos que el *A Quo*, en el sentido de que los informes médicos no han concluido que la pérdida de la visión del ojo derecho haya sido

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4932-2015
LIMA**

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

como consecuencia de la intervención quirúrgica, sin antes tener en cuenta los siguientes aspectos: -----

- a) Si la cirugía de la *blefaroplastia* o cirugía de los párpados puede ser realizada por un médico cirujano o necesariamente por un médico especialista en cirugía plástica. -----
- b) Determinar a través de un peritaje si la cirugía de la *blefaroplastia* o cirugía de los párpados puede ocasionar *atrofia del nervio óptico*, y en qué casos. --
- c) Valorar caudal probatorio referidos a los emails obrantes a fojas noventa y seis, siete, noventa y ocho, noventa y nueve, ciento uno, ciento dos y ciento tres, los mismos que no han sido tachados, ni cuestionados. -----

Se ha incurrido con ello en una motivación defectuosa y afectación al Principio de Congruencia, conforme a lo expresado en los párrafos precedentes de la presente resolución. -----

DÉCIMO CUARTO.- En este orden de ideas, la resolución de vista objeto de impugnación, así como la apelada, han vulnerado el contenido normativo del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Perú, así como del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por infracción al Debido Proceso. Razón por la cual corresponde a esta Suprema Sala declara fundado el recurso y ordenar a la Sala Superior la emisión de una nueva decisión; careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las infracciones de contenido material, en vista a los efectos anulatorios previstos en el artículo 396, inciso 1, del Código Procesal Civil. -----

V. DECISIÓN: -----

Por los fundamentos precedentes y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil: declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por FMSE a fojas trescientos cincuenta y cuatro; por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista, de fecha siete de setiembre de dos mil quince, de fojas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 4932-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

trescientos treinta y ocho, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, e **INSUBSISTENTE** la apelada, **ORDENARON** que el *A Quo* emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la presente resolución; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por FMSE contra Gonzalo Erasmo Parker Oyola, sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y *los devolvieron*. **Ponente Señor De la Barra Barrera, Juez Supremo.-**

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL**

Código: I- 6.a

JUVENAL LUCIO BRICEÑO RAMOS
FRANCISCO ZUZUNAGA FLORES Y OTROS
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS
3 JEC-CUTIPA VARA

CAUSA NRO. 1993-006-0-0401-JR-CI-1

SENTENCIA DE VISTA NRO. 923

RESOLUCIÓN NRO. 193 (DIEZ-1SC)

Arequipa, dos mil ocho
noviembre, veintiséis.-

VISTOS: En audiencia pública y con los informes orales recibidos, viene en grado de apelación la sentencia número setenta y dos-dos mil ocho de fojas mil quinientos treinta y seis, su fecha ocho de mayo del dos mil ocho, que declaró fundada en parte la demanda de indemnización de daños y perjuicios; y, **CONSIDERANDO:** -----

PRIMERO.- LA RECURRIDA (fojas mil quinientos treinta y seis): Sustenta que: a) El demandado estaba desactualizado en los avances de su especialidad ya que trabajaba con un texto médico de hace treinta y cinco años. b) No se ha acreditado el daño emergente, pero si se ha acreditado el lucro cesante, el daño moral y el daño personal. c) Los daños acreditados deben estimarse prudencialmente. d) Se realizó una mala limpieza y era evidente que el pie no tenía irrigación, lo cual ameritaba una operación quirúrgica, por lo que no era razonable que el demandado pretenda exonerarse de responsabilidad, alegando que la gangrena ocurrió cuando el demandante ya estaba bajo responsabilidad del médico del Cristal. -----

SEGUNDO.- EL RECURSO (fojas mil quinientos setenta): Sostiene que: a) La demanda debió ser declarada improcedente porque se debió solicitar en nuevos soles y no en dólares americanos. b) No se configuran los elementos de la responsabilidad civil debido a que la sentencia está plagada de apreciaciones subjetivas. c) El demandado no aplicó el texto (desactualizado) al que se refiere la sentencia, ya que aplicó el protocolo Cambel's. d) La causa de la amputación fue un taponamiento por coágulos y no una mala limpieza como se argumenta en la sentencia. e) La demora en la atención por parte de los médicos de Lima fue la causa de la amputación, ya que en Arequipa no fue necesaria la ligadura de la arteria por cuanto esta no sangraba. f) El monto debe fijarse de manera equitativa y no en una suma exorbitante. -----

TERCERO.- REGIMEN APLICABLE: -----

3.1.- La sentencia ha considerado que el régimen aplicable es el extracontractual, dado que no existió contrato entre las partes. -----

1205

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

3.2.- Marco normativo: Sin embargo, debe señalarse que nuestro código civil no refiere a una responsabilidad contractual sino por inexecución de las obligaciones (Título IX, Sección Segunda. Libro VI: "Las Obligaciones" del Código Civil); las mismas que pueden provenir de un contrato, de la promesa unilateral o de la ley. -----

3.3.- En el caso de autos, las obligaciones contraídas por el demandado en la prestación de sus servicios médicos provienen de la Ley y se encontraban reguladas en las normas siguientes: **a)** Código de Sanitario (Decreto Legislativo diecisiete mil quinientos cinco): artículos ciento dieciocho que impone el deber genérico del médico para la recuperación de la salud del paciente. **b)** Decreto Legislativo dieciséis mil novecientos nueve: artículo tres concordante con el artículo sesen.3 y seis de su Reglamento (Decreto Supremo cero vointitrés-ochenta y siete-SA) que prescribe la obligación de los médicos del servicio de emergencia de llamar para consulta al especialista. **c)** Ley de Trabajo Médico (Decreto Legislativo quinientos cincuenta y nueve): artículo cuatro que establece la alta responsabilidad moral y legal de sus servicios. -----

3.4.- Valoración: El régimen normativo que éste colegiado aplicará es el de la inexecución de las obligaciones referido en el marco normativo citado; y en forma supletoria el régimen extracontractual en aquello no previsto por el primero; teniendo en cuenta que la aplicación de uno u otro régimen en el caso de autos no tiene mayor incidencia, por lo común de sus elementos; concepción que se encuentra enmarcada en la corriente de unificación de ambos regímenes que la jurisprudencia casatoria peruana preconiza (Casaciones número trescientos cuarenta y cuatro-dos mil-Lima, publicada el veinticinco de agosto del dos mil, página seis mil ciento dos de la separata del Peruano y número mil quinientos treinta y cinco-dos mil uno-!cayali, publicada el tres de diciembre del dos mil dos, página nueve mil seiscientos ochenta y cuatro de la misma separata). -----

CUARTO.- DEL MARCO FACTICO: De autos aparece probados los hechos siguientes: -----

4.1.- Los ocurridos en la ciudad de Arequipa: -----

4.1.1.- El veinticinco de noviembre del año mil novecientos noventa y uno a las quince horas con treinta minutos (fojas veintiuno: escrito de demanda: numeral uno), en circunstancias que el demandante con signos de intoxicación alcohólica (fojas ciento ochenta y cuatro vuelta) circulaba manejando una motocicleta en la vía hacia el aeropuerto; ante la existencia de material de construcción y arena en la pista, el actor se vio obligado a frenar, cayéndose al suelo y sufriendo una doble fractura de la tibia y el peroné de la pierna derecha (fojas veintidós: numeral uno). De inmediato fue auxiliado y hospitalizado en la Clínica San Juan de Dios, interviniéndolo quirúrgicamente el

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

demandado a dieciséis horas con treinta minutos (fojas ciento ochenta), realizándole una limpieza y colocación de un yeso mulso medio (fojas ciento ochenta). Consta en las anotaciones de enfermería (fojas ciento ochenta y ocho) que durante la noche el paciente refirió dolor; colocándole calmantes por indicación de la Dra. Zavala. -----

4.1.3.- Por la mañana del día veintiséis de noviembre el paciente fue evaluado por el demandado, disponiendo se le administre analgésicos y se tome placa de rayos x (fojas ciento ochenta y ocho) y por la tarde, a las catorce horas con treinta y cinco minutos la Dra. Elisa Lucila Villafuerte Charca hizo constar en la historia clínica (fojas ciento setenta y nueve y ciento setenta y nueve vuelta, ratificado a fojas doscientos noventa y cuatro) la presencia de sangrado y ausencia de sensibilidad en los dedos, con leve sianosis; recomendando comunicar al médico tratante (el demandado); sin embargo, no se acredita si el demandado fue avisado por el personal de la clínica; y siendo las veinte horas con cuarenta minutos del día se hicieron presentes el demandado y el doctor Ramón Aparicio como médico del Club Sporting Cristal, afirmando que el paciente se encontraba bien, pero que no se le realice ningún tratamiento más, quedando bajo su responsabilidad desde ese momento, por cuanto sería trasladado a la ciudad de Lima (fojas ciento setenta y nueve y ciento setenta y nueve vuelta). Consta en la historia clínica que a las dos horas con treinta minutos del día siguiente veintisiete de noviembre fue evaluado por la Dra. Villafuerte; quién recomienda se llame al demandado (fojas ciento ochenta y ocho vuelta). No se acredita tampoco si el personal de la clínica cumplió con avisarle. -----

4.1.4.- El día veintisiete por la mañana a las siete horas con cuarenta y cinco minutos, el demandante a su solicitud y bajo su responsabilidad fue dado de alta (fojas ciento setenta y nueve vuelta) para ser trasladado a la ciudad de Lima por el médico Ramón Aparicio; lo cual ocurrió recién a las veinte horas con cuarenta minutos (fojas cien o cuarenta y cinco); percatándose al momento de evacuar al actor que sufría de un síndrome compartimental (fojas quinientos sesenta y dos). No consta en la historia clínica lo ocurrido durante ese día.

4.2.- Los hechos ocurridos en la ciudad de Lima: -----

4.2.1.- El mismo día veintisiete, desde el aeropuerto Jorge Chávez de la ciudad de Lima el actor fue evacuado a la Clínica Virgen del Carmen (fojas quinientos veintisiete). No se ha acreditado el estado de salud durante la noche del veintisiete al veintiocho del mes señalado. En dicha clínica fue hospitalizado, anotándose en la historia clínica (fojas quinientos veintisiete y quinientos veintiocho) la ausencia de pulso pédico; por lo que el doctor Ramón Aparicio y doctor Hugo Barriga realizaron una operación a las doce horas con treinta minutos (fojas quinientos veintinueve) en donde encuentran el síndrome compartimental severo y la arteria tibial posterior rota (fojas quinientos

1998
Sala Civil

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

veintiuno). -----

4.2.2.- El tres de diciembre se le traslada a la Clínica San Felipe para continuar su tratamiento especializado (fojas quinientos treinta y uno); y el día seis de febrero de mil novecientos noventa y dos se le amputa los dedos del pie derecho (fojas seiscientos treinta y cuatro) y el catorce del mismo mes, la pierna derecha por debajo de la rodilla (fojas seiscientos treinta y seis). -----

QUINTO.- DE LA PRUEBA PERICIAL: Los peritos, cuyos dictámenes han sido ratificados a fojas mil doscientos cuarenta y tres a mil doscientos cuarenta y seis) han establecido que: -----

5.1.- De la lesión: La lesión es una expuesta de tipo 3-C, la más grave de todas: a) Una fractura abierta con el hueso expuesto al medio exterior tiene el riesgo de infección causada por los contaminantes que se encuentran en el ambiente. b) Éste riesgo de infección va en aumento, según se trate de una fractura expuesta de tipo uno, dos o tres; siendo ésta última la producida por gran impacto en las que el daño de los tejidos blandos es extensa y el grado de contaminación es alta. c) Éstas fracturas se clasifican en 3A, 3B y 3C; siendo ésta última la de mayor gravedad, ya que es más probable la pérdida de la función o pérdida de la misma extremidad a través de la amputación, porque existe daño vascular; pudiendo afirmar que el paciente fue portador de una grave lesión en la pierna, producto del accidente y que aún en las mejores condiciones de tratamiento y en los mejores centros asistenciales dotados de alta tecnología, la posibilidad de que pierda la pierna es una posibilidad latente (fojas mil ciento ochenta y tres y mil ciento ochenta y cuatro: numerales tres a cinco). -----

5.2.- De la conducta del demandado: El tratamiento practicado por el demandado correspondió a su especialidad de traumatólogo; y que por la ausencia de sangrado abundante no se pudo establecer, en ese momento, la existencia de alguna arteria rota (fojas mil ciento veintisiete: numeral dos); sin embargo, por el tipo de fractura de tipo 3-C; se debió explorar el pulso tibial (fojas mil ciento dieciocho) y era conveniente evaluar la posibilidad de una lesión vascular (fojas mil ciento veintiocho: numeral uno y fojas mil ciento ochenta y cuatro: numeral cuatro); por un cirujano vascular (fojas mil ciento veintiocho: numeral uno y fojas trescientos diez). La inmovilización transitoria con yeso es un procedimiento aceptado (fojas mil ciento ochenta y cinco: numeral siete y fojas trescientos veintitrés: numeral cuatro, última parte); no existiendo restos extraños en la primera limpieza quirúrgica realizada en Lima (fojas trescientos veintitrés: numeral uno, fojas quinientos veintinueve y fojas quinientos sesenta y dos: respuesta segunda). -----

5.3.- De la conducta del propio actor y de terceros: Que si el paciente se hubiera

10
10/11/11

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

quedado en Arequipa se podía haber realizado la segunda evaluación y encontrado el síndrome compartimental y la necrosis muscular (fojas mil ciento ochenta y siete: numeral B, parte final); dado que si el daño no se repara oportunamente, puede causar la isquemia de los tejidos, su necrosis y terminar en amputación (fojas mil ciento ochenta y cinco); pero lo que ocurrió fue que la toma de decisiones definitiva estuvo interferida por el deseo del paciente de ser transferido a otro centro para su tratamiento (fojas mil doscientos cuatro: numeral cinco, parte final); y lo que se hizo en Lima fue una revascularización; es decir, un by-pass arterial para salvar la obstrucción de la misma, y que llegue sangre al segmento distal del miembro (fojas mil doscientos treinta: numeral tres). -----

SEXTO.- DE LA PRUEBA TESTIMONIAL MÉDICA: Declaran que: -----

6.1.- Siendo que la segunda cirugía (realizada en la Clínica Virgen del Carmen) restableció la circulación del miembro (fojas quinientos sesenta y cinco: Declaración testimonial del doctor Primo Ricardo Pacheco Núñez: respuesta sexta); quedando demostrado que la reparación arterial y la fasciotomía fue bien realizada (fojas quinientos sesenta y cuatro: respuesta primera: declaración del médico que practicó el examen de Doppler o flujómetro después del segundo acto operatorio del doctor Aparicio en la ciudad de Lima. -----

6.2.- Posteriormente (en la ciudad de Lima) se realizaron seis intervenciones quirúrgicas que consistieron en limpiezas quirúrgicas para poder retirar la enorme cantidad de tejidos y de masa muscular necróticas, además de drenar infinidad de accesos que se encontraban hasta la región poplítea; también se intentaron algunos injertos de piel. Además, el tratamiento se complementó con las curaciones diarias usando antibacterianas tópicos y sistémicos, sin embargo el paciente por la gravedad de sus lesiones tuvo una mala evolución y debido a la fuerte infección y a un trastorno circulatorio muy severo se determinó por la amputación (fojas quinientos sesenta y cinco: respuesta a la pregunta quinta, realizada por el doctor Hugo Chiabra Barrios con fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, quién fue uno de los médicos tratantes de la Clínica San Felipe: historia clínica de fojas seiscientos once a setecientos noventa y seis). -----

SÉPTIMO.- DEL DAÑO RESARCIBLE: -----

7.1.- MARCO FÁCTICO: De autos aparece que: a) El veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, la Clínica San Juan de Dios emitió la Factura número dos mil trescientos treinta y dos por la suma de ochocientos cuarenta y nueve nuevos soles con dieciséis céntimos (fojas ciento setenta y siete). b) El ocho de enero de mil novecientos noventa y dos, INVERTUR S.C.R.L. remitió comunicación al Club Sporting Cristal sobre

*del 90
mar 90
causant*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

los gastos del traslado del demandante a la ciudad de Lima, los cuales han sido pagados por el citado Club (fojas ciento cuarenta y cuatro). **c)** El trece de marzo de mil novecientos noventa y dos, el Club Sporting Cristal solicitó a la Clínica San Felipe que se facture los gastos del demandante a nombre de la citada institución (fojas ciento ocho); y el día catorce, la doctora Suzana Vázquez Mantilla emitió una factura a nombre del demandante por un monto de mil ochocientos veinticuatro nuevos soles, por concepto de atención psicológica (fojas ciento nueve). **d)** El veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco el Club Sporting Cristal expidió un certificado de remuneraciones de que el demandante ganaba un sueldo de mil dólares mensuales, un premio de cuatrocientos dólares mensuales y una prima por contrato deportivo de dieciséis mil dólares (fojas ochocientos uno). -----

7.2.- MARCO NORMATIVO: El Código Civil establece que los daños indemnizables son el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona (artículo mil trescientos veintiuno, mil trescientos veintidós y mil novecientos ochenta y cinco). -----

7.3.- VALORACIÓN: En base a lo expuesto éste Órgano Colegiado estima que: **a) Del daño emergente:** Durante el proceso no se ha acreditado la existencia de daño emergente, debido a que el monto pagado a la Clínica San Juan de Dios fue por las atenciones médicas prestadas al demandante por su propio accidente de tránsito; asimismo, las facturas por las atenciones médicas en la Clínica San Felipe y el traslado a la ciudad de Lima han sido pagados por el Club Sporting Cristal. **b) Del lucro cesante:** Ha quedado plenamente acreditado, que a raíz de la amputación de la pierna derecha, el demandante dejará de percibir como jugador del Club Sporting Cristal las remuneraciones, premios y primas. **c) Del daño moral:** También ha quedado acreditado el dolor emocional sufrido por las constantes operaciones efectuadas y por habersele truncado su carrera deportiva al haber quedado inválido en forma definitiva. **d) Del daño a la persona:** También ha sido acreditado, ya que su incapacidad física (daño somático) es permanente, convirtiéndolo en una persona minusválida. -----

OCTAVO.- DEL NEXO CAUSAL: -----

8.1.- MARCO NORMATIVO: El Código Civil establece que debe existir una relación de causalidad adecuada, directa e inmediata entre el hecho y el daño producido, (artículo mil trescientos veintiuno y mil novecientos ochenta y cinco); siendo causa de exoneración o reducción de la indemnización, la concurrencia de causas ajenas, como la imprudencia de la víctima, el hecho determinante de terceros, caso fortuito o fuerza mayor (artículo mil trescientos quince y mil novecientos setenta y dos concordante con el artículo mil novecientos setenta y uno). -----

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

8.2.- VALORACIÓN: -----

8.2.1.-DE LAS CAUSAS DEL DAÑO: Existen como hechos-causa en la producción de los daños del demandante, los siguientes: a) El hecho del propio demandante, que manejando una motocicleta con signos de intoxicación alcohólica, ocasionó su propio accidente de tránsito y fractura de tipo 3C, la más grave de todas en su pierna derecha. b) La omisión del demandado de tomar el pulso pédico (al pie) y recurrir a un especialista vascular, en vista de la gravedad de la fractura de tipo 3C para descartar la ruptura de las arterias. c) La suspensión del tratamiento en Arequipa, aceptado por el demandante y requerido por el médico Ramón Aparicio del Club Sporting Cristal y demora en el traslado a la ciudad de Lima desde las siete horas con cuarenta y cinco minutos de la mañana del día veintisiete de noviembre hasta las doce horas con treinta minutos pasado meridiano del día veintiocho (aproximadamente veintinueve horas de desatención) en que se efectuó la segunda intervención quirúrgica en la Clínica Virgen del Carmen. d) La reacción desfavorable del organismo del actor de las seis intervenciones quirúrgicas y el tratamiento que no tuvo el resultado esperado después de aproximadamente dos meses y medio desde el accidente; una fuerte infección y un trastorno circulatorio muy severo, determinó la amputación de la pierna derecha por debajo de la rodilla. -----

8.2.2.- DE LAS CAUSAS ADECUADAS: En base a lo informado por los peritos y testimoniales de los médicos tratantes; se determina que: a) La causa determinante de la amputación de la pierna se debió al hecho del accidente mismo que produjo la lesión más grave en este tipo de lesiones, con probabilidad de amputación; no obstante el tratamiento realizado. b) Las causas contributivas fueron la conducta omisiva del demandado en las primeras dieciséis horas del accidente y la interferencia del médico del Club Sporting Cristal que originó la desatención del paciente durante aproximadamente veintinueve horas siguientes; y finalmente la desfavorable reacción del organismo (factor fortuito) que pese a las seis intervenciones quirúrgicas posteriores en un lapso de dos meses no evitó un cuadro de fuerte infección y trastorno circulatorio muy severo. -----

8.2.3.- DE OTROS HECHOS ALEGADOS, PERO NO PROBADOS: A pesar de haber sido alegadas en la demanda, no constituyen causas de la producción del daño las siguientes conductas: a) La limpieza realizada por el demandado, ya que conforme se desprende de la historia clínica remitida por la Clínica Virgen del Carmen, al momento de realizar la segunda intervención quirúrgica no se encontraron asfalto o cualquier otro residuo ajeno al cuerpo humano, lo que demuestra que la limpieza practicada por el demandado fue adecuada. b) El poner yeso a la pierna del demandante tampoco constituye causa adecuada del daño, por cuanto los peritos han establecido que este

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

10
mil 50
40

procedimiento es utilizado en este tipo de situaciones. -----

NOVENO.- DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN: -----

1.- MARCO NORMATIVO: El Código Civil establece que aquel que por culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, (artículo mil trescientos veintiuno y mil novecientos sesenta y nueve). -----

9.2. VALORACIÓN: Se estima que: **a)** La actividad médica es una actividad que requiere el máximo cuidado por parte de los profesionales que la practican, dado que está dirigida a preservar la salud de las personas. **b)** El demandado conocía de la gravedad de la lesión, que debió llevar a adoptar todas las precauciones necesarias para descartar la presencia de una ruptura vascular (diligencia debida), como son, el llamar a un especialista o tomar el pulso del pie; por lo que debe responder por los daños ocasionados, en proporción a la contribución de su conducta con relación a otras causas ajenas como son: la conducta imprudente del actor en la producción del accidente, la conducta imprudente-negligente de terceros que interfirieron el inicial tratamiento y finalmente la reacción desfavorable (factor fortuito) del organismo del paciente. -----

DÉCIMO.- DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO: -----

10.1.- MARCO NORMATIVO: El Código Civil establece que si la conducta de la víctima solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias del caso (artículo mil novecientos setenta y tres). Asimismo, el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, (artículo mil novecientos ochenta y cuatro). -----

10.2.- MARCO JURISPRUDENCIAL: La Corte Suprema ha establecido que si bien en virtud de la teoría valorista se viene utilizando como unidad de referencia una moneda dura como el dólar americano, debe entenderse que sólo sirve para graduar el monto, más no para autorizar una indemnización en moneda extranjera (Casación número dos mil seiscientos treinta y seis-dos mil tres-San Martín, treinta y uno de mayo del dos mil cinco, página catorce mil ciento sesenta y tres). -----

10.3.- VALORACIÓN: En base a lo expuesto en el numeral cuatro punto uno-sobre el marco fáctico del daño y lo señalado en forma precedente; este Órgano Colegiado estima que: -----

10.3.1.- Del medio de pago: No existe ninguna prohibición legal para que el demandante solicite la indemnización en moneda extranjera; pudiendo el demandado pagar la indemnización en moneda de curso nacional, previa conversión a su equivalente en soles al momento del pago; máxime que el actor percibía su remuneración en dólares americanos. -----

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

17/05/2010
10:30

10.3.2.- Del lucro cesante: El demandante era futbolista profesional y contaba con veinticinco años a la fecha de producción del accidente; y atendiendo que la vida útil promedio de un futbolista es hasta los treinta años; las remuneraciones dejadas de percibir corresponden a un periodo de cinco años; que anualmente percibía dieciséis mil ochocientos dólares americanos (doce mil por remuneraciones, y cuatro mil ochocientos por premios) el lucro cesante asciende a la suma de ochenta y cuatro mil dólares americanos; sin contabilizar la prima de dieciséis mil dólares, que se cobran al firmarse el contrato, por una sola vez. -----

10.3.3.- Del daño moral: El demandante ha sido sometido a un tratamiento psicológico que ha buscado superar el daño moral; sin embargo, debe reconocerse que éste ha existido y debe ser compensado dentro de la función consolatoria y desincentivadora de conductas dañosas que tiene la responsabilidad civil; fijando como monto resarcible la suma de diez mil dólares, en el que se incluye el tratamiento psicológico recibido. -----

10.3.4.- Del daño a la persona: Este daño debe medirse conforme a las actividades cotidianas dejadas de realizar y la reparación adecuada, es decir, la pérdida de una pierna conlleva el dejar de realizar actividades deportivas y el simple hecho de caminar, no obstante, puede ser sujeta de reparación mediante la colocación de una prótesis que le permita recuperar un porcentaje de movilidad, pero al no haberse establecido, durante el proceso, el costo promedio de una prótesis de estas características, este colegiado determina el monto en la suma de cuatro mil dólares americanos. -----

UNDÉCIMO.- DE LA RESPONSABILIDAD ECONÓMICA DEL DEMANDADO:

11.1. Teniendo en cuenta que a la producción del daño han concurrido varias causas, una de las cuales es la conducta del demandado; el monto de la indemnización debe fijarse en forma proporcional a la mayor o menor incidencia de su producción. -----

11.2. En efecto, de acuerdo a la valoración del daño ascendente a la suma de noventa y ocho mil dólares americanos; y conforme a la determinación del nexos causal; éste colegiado estima que el demandado debe concurrir con la sexta parte de la reparación del daño producido, en vista de que a la conducta del médico del Club se le debe atribuir dos sextas partes y las otras tres sextas partes atribuirse a la propia imprudencia del actor, la gravedad de la lesión y la reacción desfavorable de su organismo después de un tratamiento especializado mayor a los dos meses; razones todas por las que:

CONFIRMARON LA SENTENCIA número setenta y dos-dos mil ocho de fojas mil quinientos treinta y seis, su fecha ocho de mayo del dos mil ocho, que declara fundada en parte la demanda de indemnización de daños y perjuicios; LA REVOCARON en el extremo que fija como monto indemnizatorio la suma de noventa y ocho mil dólares

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
PRIMERA SALA CIVIL

mod. 1
Luz

americanos; **REFORMÁNDOLA** fijaron como monto indemnizatorio el de dieciséis mil trescientos treinta y tres dólares o su equivalente en moneda del curso legal; que deberá pagar el demandado al actor en el término de tercero día; con lo demás que contiene; en los seguidos por Juvenal Lucio Briceño Ramos en contra de Francisco Zuzuriaga Flores sobre Indemnización; y, los devolvieron. Tómese razón y hágase saber. **Vocal Ponente** señor: **Carreón Romero.**

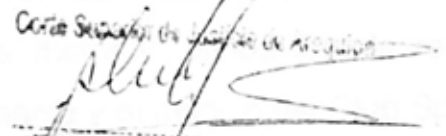
Sres.

Carreón Romero

Zamalloa Campero

Farfán Butrón

Devuelto por reintorno
U 2 810 2000
hoy _____

Corte Superior de Justicia de Arequipa

Luz Alicia Chávez Maciel
SECRETARIO (A)
Primera Sala Civil

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TRIGÉSIMO TERCER JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL**

EXPEDIENTE : 45773-2002-0-1801-JR-CI-49
MATERIA : INDEMNIZACION
JUEZ : PASCUAL SERNA, DIANA ANGELA
ESPECIALISTA : BUENO BASOMBRIO LUIS MIGUEL
CURADOR DEL DDO : PALPA LOPE BETUEL CURADOR PROCESAL DE DON HUGO
SALINAS WONG
DEMANDADO : GLADIS SABA BARREDA VDA DE AGUILAR, EDDY ROLANDO AGUILAR SABA, ILANE EVA AGUILAR SABA, PATRICIA ASUNCION AGUILAR SABA Y EUSEBIO AGUILAR SABA SUCESORES PROCESALES DE DON, AGUILAR SALINAS EUSEBIO
DEMANDANTE : RSVS

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO CIENTO TREINTA Y OCHO

Lima, veinte de octubre
del año dos mil veintidós. -

VISTOS:

Con el expediente administrativo seguido por doña RSVS, contra don Eusebio Aguilar Salinas, ante el Colegio Médico del Perú; el expediente de diligencia preparatoria seguido por doña RSVS, contra el Colegio Médico del Perú; y los dos cuadernos de embargo y un cuaderno de apelación que se tiene a la vista. De acuerdo a la sentencia de vista de fecha 02 de marzo de 2012 y el Recurso de Nulidad de fecha 25 de octubre de 2012.

1. DEMANDA. - Por escrito de fecha 3 de setiembre de 1992 (páginas 2 a 4), subsanado mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 1992 (página 7), **RSVS** interpone demanda de Indemnización por daños y perjuicios contra **EUSEBIO AGUILAR SALINAS**.

1.1.- Petitorio. - Que el demandado le pague por concepto de indemnización derivados de responsabilidad por daños y perjuicios, la suma de US\$ 50,000.00 (cincuenta mil con 00/100 dólares americanos), por concepto de daño moral y físico, pago de intereses legales y gastos de una nueva operación de cirugía plástica.

1. 2.- Fundamentos de hecho y de derecho. - La demandante alega lo siguiente:

- Con fecha 22 de abril de 1991, contrató con el demandado a fin que este le realizara una operación denominada “**dermolipectomia abdominal**”, trato que se plasmó mediante documento.
- La demandante cancelo el integro de la suma pactada (US\$ 1,800.00 dólares) por los honorarios profesionales, con fecha 23 de abril de 1991.
- Por indicación del demandado fue internada en la Clínica Bedoya, donde fue intervenida, cancelando la suma de doscientos noventa y seis 06/100 intis millón, con fecha 25 de abril del mismo año.
- Antes de la intervención tuvo cuatro partos eutócicos, no requiriendo ninguna intervención quirúrgica abdominal; por lo que luego de verificarse la operación, es de responsabilidad exclusiva del médico demandado los resultados, ya que han quedado enormes cicatrices en el abdomen, las cuales jamás tuvo, las mismas que son recusables a la negligencia y responsabilidad del demandando.
- Los daños causados consisten en: a) una cicatriz en la región central del abdomen de aspecto romboide, circunscrita por cicatriz hipertrófica y con desviación de seis milímetros a la izquierda de la línea media; b) una cicatriz infraumbical que loide en la línea media de disposición vertical algo oblicua a la derecha, de más o menos seis centímetros y otras adyacentes a ambos lados; c) una cicatriz suprapúbica hipertrófica de disposición horizontal más elevada en el lado izquierdo, de treinta y un centímetros de longitud, que presenta en los extremos redundancia dermograsa (orejas de perro); d) prominencia blanda a manera de protucción en el hemiabdomen inferior, en la región lateral derecha con respecto a la línea media, que se pronuncia durante la maniobra de Valsava.
- La relación de daños a determinado que interponga la presente demanda, porque el daño físico y moral resulta irreparable, asimismo, señala que de manera simbólica está reclamando determinada cantidad; en vista que el demandado se ha negado a reparar el daño, viéndose obligada a denunciarlo ante el Colegio Médico del Perú, entidad que ha llegado a la conclusión que efectivamente el demandado había realizado una intervención con desconocimiento cabal de la técnica quirúrgica que se emplea para los casos de dermolipectimia (termino adecuado dermolipectomia); asimismo ha existido ausencia de gracia y arte que es muy necesaria en la especialidad de cirugía plástica y finalmente ha existido poca autocrítica y responsabilidad en el resultado.
- Siendo esto así, el demandado se encuentra incurso en responsabilidad directa, porque ha existido culpa estrictu sensu la negligencia y descuido, habiendo existido además falta de previsión, por lo que el Colegio Médico, con fecha 22 de julio de 1992, ha sancionado al médico demandado, con amonestación pública, por falta a los artículos 16 y 49 del Código de Ética y Deontológica del Colegio Médico del Perú.
- Estando determinado que el único responsable de los daños causados es el demandado, hace presente que acudió al consultorio que este conduce con la finalidad que realice un tratamiento altamente especializado de cirugía plástica y estética, pero este profesional con la finalidad de captar clientes, difunde propagandas en televisión y otros medios de comunicación, haciendo saber al público que conduce un gran instituto de cirugía plástica y estética; asimismo el demandado afirma que tiene estudios internacionales, y que tiene la especialidad de cirujano plástico; y que cuenta con la experticia necesaria.
- Existe otros casos similares en las cuales el demandado se encuentra comprometido, tramitados en el Colegio Médico del Perú; por todo ello, el demandado se encuentra obligado a devolver que le entrego, siendo la suma de

US\$ 1,800.00 dólares; intereses legales y por daño moral, físico y económica por haber sido afectada, al encontrarse con el abdomen destrozado, estima que los daños ascienden a la suma de US\$ 20,000. 00 dólares, más intereses legales y devengados; por el estado calamitoso en el que ha quedado su abdomen, es necesario que sea intervenida por otro profesional, siendo el costo de la operación (internamiento y otros), la suma ascendente a US\$ 20,000.00 dólares; asimismo, el demandado debe devolver la suma de 296 y 06/100 intis millón, que cancelo a la clínica A. Bedoya el 25 de abril de 1991, suma que debe comprenderse en dólares americanos, más intereses legales, hasta la fecha de su devolución.

- Ampara su demanda en los artículos 1969, 1970, 1985 y demás pertinentes del Código Civil.

2. CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN DE DEMANDA

2.1. Por escrito de fecha 22 de enero de 1993 (páginas 12 a 14), el demandado **EUSEBIO AGUILAR SALINAS** contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en los términos siguientes:

- Al practicar la operación de demoliplectomia abdominal, se hizo siguiendo las normas operatorias del caso, con la técnica indicada, no habiéndose daño alguno a la actora, ni físico ni psíquico ni moral, en consecuencia, resulta absurda e ilegal, la indemnización pedida, por cuanto la operación fue satisfactoria.
- Rebate los extremos de la demanda en los que sostiene que al practicar la operación incurrió en atención descontinuada, superficial e incompleta, porque eso no ha ocurrido en la operación del abdomen, pues ni siquiera hubo infección abdominal, ya que se estuvo asistiendo a la enferma durante todo el tratamiento, no habiéndose incurrido en lo previsto en el artículo 16 del Código de Ética y Deontología del Colegio de Médicos, ni tampoco en lo previsto en el artículo 49, pues como médico no ha expuesto a su paciente a riesgos injustificados, la operación fue satisfactoria habiendo aplicado todas las medidas de seguridad y pidió los análisis previos a la operación, por lo que no procede la devolución del precio de la operación.
- Con relación a la primera cicatriz en la región central del abdomen, es verdad que existe la cicatriz hipertrófica que es normal en toda operación, por ser una cicatriz post operatoria, dependiendo el grado de la misma estrictamente de la reacción orgánica de cada paciente, y con relación a la cicatriz infraumbilical que loideia en la línea media de la disposición vertical, también esta es responsabilidad exclusiva del organismo de cada paciente y corresponde a la tercera clasificación de cicatrices que son menos frecuentes por las más complicadas por ser de difícil tratamiento; con respecto a la cicatriz suprapúbica hipertrófica, que también es normal como las anteriores en toda reacción post operatoria, no obedece a ninguna responsabilidad del cirujano sino exclusivamente de la reacción orgánica del paciente; con respecto a la cuarta acusación; es verdad que queda un abdomen blando por el mismo fenómeno cicatrizado que afecta de alguna manera la reacción post operatoria.
- Que todos los libros y maestros del mundo comentan sobre los fenómenos de cicatrización post operatoria coinciden en que hay tres tipos de estas: 1) cicatriz hipertrófica simple, que mejora o desaparece en 8, 1, 2 o 3 meses; 2) cicatriz hipertrófica que también es normal, que termina o mejora a medida que pasa el tiempo, el cual no se puede

determinar; 3) queloidea, menos frecuente, pero la más complicada. La demandante ha tenido 4 partos, por lo que su abdomen tenía muchas estrías, lo que no tiene que ver con la dermolipectomía que se hizo, con dichas estrías, por lo que se solicita se declare sin lugar la demanda.

2.2. Asimismo, formula **RECONVENCION** contra la demandante para que se le pague la suma de US\$ 50,000.00 (cincuenta mil con 00/100 dólares americanos) por los daños y perjuicios que se le ocasiona por la ilegal denuncia, pues se manifiesta que el demandado es un pésimo profesional a quien el Colegio Médico debe retirarle la patente profesional, porque desprestigia la vocación médica responsable, con lo cual se está dañando su prestigio médico de cirugía plástica, de más de 35 años de experiencia.

2.3. Mediante escrito de fojas 2286, 2301, 2313 y 2324; Eusebio Aguilar Saba, Eddy Rolando Aguilar Saba; Patricia Aguilar Saba y Ilane Aguilar Saba contestan la demanda señalando qué entre su finado padre y doctora existió un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de la intervención quirúrgica existiendo entre las partes un concierto de voluntades tanto de naturaleza del servicio, como la retribución del concepto de honorarios profesionales. La realizada a la demandante fue absolutamente satisfactoria al haberse retirado del exceso de grasa y de piel de su abdomen; las cicatrices post operatorias que presenta la actora son consecuencia de una cirugía realizada pues todo corte conlleva una herida y luego una cicatriz. Con respecto a la prominencia blanda en el hemiabdomen inferior que reclama la actora no hay alteración asimétrica lo que sí es cierto que esto está correlacionado con los cambios corporales en el peso y la edad cronológica de la actora. La resolución de sanción emitida por el Consejo Regional del Colegio Médico no es aplicable por cuánto la misma no guarda las formalidades no tiene fecha cierta; asimismo, no existe informe de los tres médicos que evaluaron a la demandante; la resolución no fue notificada a su padre por lo tanto no pudo presentar recurso impugnatorio.

2.4. Por escrito de fojas 2505, el curador procesal de Hugo Salinas Wong contesta la demanda señalando que si bien la actora ha descrito las razones por las que se debe reconocer por concepto de indemnización por los supuestos daños causados en la intervención quirúrgica denominada demo lipectomía abdominal por el galeno Eusebio Aguilar Salinas, también lo es que no sea desgredado los daños alegados a fin de determinar con exactitud el quantum indemnizatorio y su respectiva fundamentación y merece la tutela legal como exige la ley de la materia. Asimismo, es necesario señalar que la demandante no ha establecido que la demanda derive de una

relación contractual o una extra contractual presumiendo que la pretensión está contenida en este último respecto al daño a la persona tampoco se advierte de la demanda un análisis completo y detallado de la conducta antijurídica y la acreditación del nexo causal entre el daño producido a la actora y el incumplimiento de las obligaciones legales del empleador a fin de determinar si corresponde o no a su representado el pago de la indemnización por los daños a la persona.

3. TRAMITE DEL PROCESO

- Calificada que fue la demanda, mediante resolución N° 02, de fecha 30 de noviembre de 1992 (página 7 vuelta), se admitió a trámite la misma y corrido el traslado en la vía ordinaria.
- Por escrito de fecha 22 de enero de 1993 (páginas 12 a 14), el demandado Eusebio Aguilar Salinas contesta y reconviene la demanda, en los términos ahí precisados.
- Mediante resolución N° 04, de fecha 27 de enero de 1993 (página 14 vuelta), se tiene por absuelto el traslado de la demanda corriéndose traslado de la reconvenición por el término de ley.
- Mediante escrito de fecha 09 de febrero de 1993 (páginas 17), la demandante absuelve la reconvenición mediante y por resolución N° 06, de fecha 16 de febrero de 1993 (página 17 vuelta) se tiene por contestada la reconvenición y se recibe la causa y reconvenición a prueba por el término de ley.
- Por resolución N° 40 de fecha 31 de enero de 1994 (página 209), se concedió el término de alegatos y formulados dichos alegatos por resolución N° 44, de fecha 03 de marzo de 1994 (páginas 233) se decretó autos con citación para sentencia.
- Mediante sentencia contenida en la resolución de fecha 15 de julio de 1994 (páginas 236 a 240) se declaró fundada en parte la demanda la cual a ser apelada por ambas partes y habiéndose producido el fallecimiento del demandado seguido el trámite correspondiente por resolución de página 277, se nombró un defensor de herencia.
- Por sentencia de vista de fecha 31 de julio de 1995 (página 361), el superior jerárquico declaró nula la sentencia apelada por no haberse resuelto la tacha de testigo formulada a fojas 94 y por no haberse tenido a la vista el expediente administrativo seguido en el Colegio Médico del Perú, sobre una sanción impuesta al demandado.
- Devuelto los autos a esta instancia se dio cumplimiento a lo ordenado por el superior y además por resolución N° 63, de fecha 20 de junio de 1996 (páginas 423) se ordenó la realización de una prueba pericial nombrándose para el efecto mediante resolución N° 77, de fecha 28 de agosto de 1996 (página 437), a 2 médicos de especialidad de cirugía plástica.
- Por escrito de fecha 10 de junio de 1999 (páginas 702 a 721), uno de los peritos presentó su informe el cual fue puesto en conocimiento de las partes por resolución de fecha 11 de junio de 1999 (páginas 723), siendo observado por la demandante en los términos de su escrito de páginas 746 a 749 y corrido el traslado de la observación; fue absuelto por la demandada en los términos que aparecen en su escrito de páginas 756 a 759; y por el perito respectivo mediante escrito de páginas 764 a 766; por lo que por resolución Nde fecha 06 de junio de 2001 (páginas 959) se ordenó practicar pericia médica en el local del juzgado con citación de las partes y los peritos designados la misma que se llevó a cabo en los términos que constan en el acta de páginas 995 a 996, uno de los peritos presentó su informe pericial a página 998 a 1010 y el otro perito lo hizo a páginas 1030 a 1032 siendo ambos observados por la parte demandante mediante sus escritos de páginas 1015 a 1019 y de páginas

1064 a 1066 y corrido el traslado de tales observaciones; fueron absueltos por la parte demandada y por resolución de fecha 7 de enero de 2022 (página 1085) se declararon fundadas las observaciones y se ordenó a los peritos procedan ampliar y explicar su dictamen.

- Cumplido el mandato y formuladas nuevas observaciones por la demandante quién además pidió que se declare la nulidad de la designación, juramento, dictamen y toda intervención de los peritos; por resolución N° 27, de fecha 10 de mayo de 2005 (páginas 1483 a 1484) se declaró improcedente la nulidad formulada y se ordenó designar a un nuevo perito médico.
- Debido a las sucesivas designaciones y subrogaciones de peritos médicos resultando infructuosas todas ellas. Por resolución N° 51, de fecha 31 de octubre de 2007 (páginas 1670 a 1671); se ordenó que ambas partes cumplan con proponer un perito médico cirujano plástico que efectúe la pericia ordenada; mandato que fue cumplido y después de los trámites respectivos habiéndose llevado a cabo la audiencia especial en la que se examinó a la demandante en el local del juzgado en los términos que constan en el acta de fecha 25 de noviembre de 2008 (páginas 1796 a 1799) y habiendo presentado los peritos designados su respectivos informes de páginas 1809 a 1810 y de páginas 1822 a 1826 los cuales fueron observados por cada uno de la parte contraria y absuelto los trámites respectivos, se emitió sentencia.
- Por sentencia contenida en la resolución N° 78, de fecha 28 de diciembre del 2009 (páginas 1933 a 1942), se declaró fundada en parte la demanda interpuesta por la demandante e infundada la reconvencción.
- Apelada que fue, la Segunda Sala Civil de Lima mediante sentencia de vista contenida en la resolución N° 12, de fecha 2 de marzo del 2012 (páginas 2172 a 2175), declaró nula la sentencia apelada. Ello al considerar que se ha determinado la existencia de la responsabilidad civil derivado de culpa leve, lo que no se constriñe a los presupuestos del artículo 1762 del Código civil y en tanto que los hijos (Ilane Eva Aguilar Saba, Eddy Rolando Aguilar Saba, Patricia Asunción Aguilar Saba, Eusebio Aguilar Saba y Hugo Aguilar Wong) del demandado fallecido deben ser citados y notificados con la actuación de las pericias ordenadas en autos.
- Se interpuso recurso de nulidad por lo que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, mediante recurso de nulidad número 2648-2012 de fecha 25 de octubre de 2012, declararon no haber nulidad en la sentencia de vista.
- Devuelto el expediente al juzgado se emitió la resolución N° 92, de fecha 17 de junio de 2012 (páginas 2259) mediante la que se dispone notificar a la sucesión procesal del demandado Eusebio Aguilar Salinas, con la demanda, anexos y resoluciones acaecidas en el proceso.
- Con la contestación y apersonamiento de los sucesores del demandado (Ilane Eva Aguilar Saba, Eddy Rolando Aguilar Saba, Patricia Asunción Aguilar Saba y Eusebio Aguilar Saba) y del curador procesal del sucesor Hugo Aguilar Wong se programó fecha para informe oral, el mismo que se llevó a cabo el 20 de noviembre de 2018 (página 2698) y el 14 de enero de 2020 (páginas 2716).
- Sin embargo, ante nuevo cambio de magistrado, mediante Resolución N° 136, de fecha 03 de marzo de 2022, se fijó fecha para nuevo informe oral; el mismo que se llevó a cabo el 12 de abril de 2022 por lo que autos se encuentran expeditos para sentenciar.

CONSIDERANDOS:

1. En cuanto a la **TACHA** formulada por el demandado Eusebio Aguilar Salinas mediante escrito de fecha 15 de marzo de 1995 (páginas 94 a 95), contra los testigos ofrecidos por la parte demandante, cabe

señalar que dicha cuestión probatoria se sustenta en que estos han emitido opinión como peritos ante la Sociedad Peruana de Cirugía Plástica Reconstructiva y Estética; sin embargo, dicha causal no se encuentra prevista como prohibición o impedimento en los artículos 450, 452 y 454 del Código de Procedimientos Civiles por lo que la tacha debe ser desestimada.

2. En referencia a las **OBSERVACIONES** a los informes periciales presentados por los peritos Ramón Bueno Tizón Deza y Edmundo Quintanilla Centenaro:

- En cuanto a la observación de la parte demandada Gladys Saba Barrera viuda de Aguilar mediante escrito de fecha 18 de abril de 2002 (páginas 1136 a 1138), se advierte que expresa su conformidad con los peritos, mas no formula observación alguna por lo que carece de objeto emitir pronunciamiento alguno.
- En cuanto a la observación de la parte demandante RSVS mediante escrito de fecha 18 de abril de 2002 (páginas 1143 a 1148) y escrito de fecha 03 de junio de 2002 (páginas 1172 a 1176), cabe señalar que el hecho de haber omitido rebatir el informe pericial de la Sociedad Peruana de Cirugía Plástica Reconstructiva y Estética no fue objeto de la pericia ordenada por lo que no corresponde estimar la observación en este extremo. No obstante, se debe tener en cuenta que los peritos no realizaron ampliaciones, sino solo afirmaciones corroborando lo manifestado en su anterior informe por lo que se debe estimar las observaciones en este extremo.

3. En referencia al **FONDO** del proceso debemos tener en consideración que si bien en la demanda, la actora señaló como fundamentos normativos los artículos relacionados a la indemnización por responsabilidad extracontractual; no obstante ello, de la revisión integral del expediente y tomando en cuenta el tiempo dilatado del presente proceso; se debe entender que lo que pretende la demandante es una indemnización por responsabilidad contractual; ello teniendo en consideración que así se ha tramitado a través de todo el proceso, y por cuanto ninguna de las partes ha cuestionado el mismo.

4. En ese sentido debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 1321° del Código Civil vigente:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

5. En una pretensión de indemnización por responsabilidad civil contractual¹, resulta necesario evaluar la concurrencia de elementos comunes para amparar la petición del justiciable, a saber: **a)** la existencia de una **conducta antijurídica** (antijuricidad de la conducta), que es entendida como aquel comportamiento o conducta que no se ajusta a Derecho, o se encuentra dentro del marco de lo ilícito o no permitido por el ordenamiento jurídico; **b)** la existencia de un **daño causado**, ya que si no hay daño no hay nada que reparar, entendiéndose por daño la lesión o menoscabo a todo interés jurídicamente protegido, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, el daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante y el daño extrapatrimonial comprende el daño moral y el daño a la persona; **c)** la **relación de causalidad**, esto es, que debe existir una relación de causa – efecto o antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica (típica) del autor y el daño causado a la víctima, debiéndose tener en cuenta las figuras de la concausa y la fractura causal; y, finalmente, **d)** el **factor de atribución**, que en materia de responsabilidad civil contractual según el sistema subjetivo, es la culpa (entiéndase dolo o culpa), que se clasifica en culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo, y, en materia de responsabilidad civil extracontractual, además de la culpa, según el sistema objetivo, también lo es el riesgo creado².
6. En cuanto al principio de orden procesal el que establece que corresponde a las partes probar los hechos que alegan o que constituyen el sustento de su pretensión a excepción de aquellos que conforme a ley se presume conforme lo preceptúa el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles, aplicable al presente proceso en razón a lo dispuesto en la quinta disposición transitoria del Código Procesal Civil debiéndose además concretarse las pruebas al asunto que es materia de litigio a fin de procurar certeza en el juzgador.
7. Del tenor de la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción se advierte que son materia de pronunciamiento en la presente sentencia las siguientes pretensiones:

¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*. 3a. ed., Ed. Grijley, Lima, 2013, pp. 35-36: *“[D]ebe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada, y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás”.*

² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*. 3a. ed., Ed. Grijley, Lima, 2013, pp. 36-43.

De la demanda

- 1) *Indemnización de daños y perjuicios, por concepto de daño moral y físico que le ha causado a la actora el demandado por la negligente operación de cirugía plástica que le practicó.*
- 2) *La devolución de los dólares americanos que pagó por dicha operación más sus intereses legales.*
- 3) *El pago de los gastos de una nueva operación de cirugía plástica.*

De la reconvencción:

- 4) *Indemnización por los daños y perjuicios que la actora le ocasiona al demandado por los términos de su demanda con lo cual se dañan su prestigio de médico*
8. Debemos tener presente que la primera pretensión se encuentra sustentada en el hecho de que el demandado le habría practicado a la demandante una operación de cirugía plástica llamada “dermolipsectomía abdominal” de manera negligente con desconocimiento cabal de la técnica quirúrgica que se emplea para tales casos con ausencia de gracia y arte habiendo existido culpa strictu sensu o sea la negligencia descuido o falta de previsión y habiendo reconocido el demandado ser el médico que realizó a la actora la operación aludida; sin embargo, ha negado y contradicho en cuanto a la negligencia por desconocimiento de técnica y falta de arte y gracia que se le imputa.
9. En consecuencia, para dilucidar dicha controversia debe analizarse los medios probatorios aportados por las partes, referidos a la forma en que se realizó dicha operación. En ese sentido, se advierte que:
- En el expediente administrativo que corre como acompañado tramitado ante el Colegio Médico del Perú, se ha emitido la Carta N° 030-SPCRE-92, con fecha de recepción 17 de junio de 1992, informe por la Presidencia de la Sociedad Peruana Plástica Reconstructiva y Estética (páginas 12 a 14), en el que se concluye que **“el estado actual de la paciente demuestra entre otras cosas desconocimiento cabal de la técnica quirúrgica empleada en la dermolipsectomía (...). Ausencia de gracia y arte tan necesaria en la especialidad de cirugía plástica. (...) Poca**

autocrítica y responsabilidad en el resultado"; dicha institución resuelve sancionar al doctor Eusebio Aguilar Salinas con amonestación pública por faltar a los artículos 16 y 49 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

- El informe pericial emitido por el perito médico Edmundo Quintanilla Centenaro (páginas 1030 a 1032, ampliado a páginas 1059 a 1061); informe sucinto en el cual opina que la técnica empleada cumple con las expectativas previstas y muestra experiencia práctica.
- En cuanto los **informes periciales presentados por los peritos propuestos por cada parte** que obran de páginas 1809 a 1810 y de páginas 1822 a 1826 los cuales se emitieron como resultado del examen médico practicado a la demandante en la audiencia especial (páginas 1796). El primero realizado por el cirujano plástico **Percy Eduardo Rossell Perry** que luego de la explicación de lo observado en el cuerpo de la actora, señala que como secuela de la cirugía que se le practicara hace 18 años concluye que la dermolipsectomía practicada demuestra ausencia de gracia y arte en el resultado obtenido, la presencia de retracción cicatrizal en el ombligo cicatriz vertical innecesaria en el abdomen y pliegues redundantes laterales moderados (orejas de perro) cicatriz horizontal la simétrica y que la eventración abdominal denota una planificación y ejecución quirúrgica deficiente por parte del demandado. El segundo informe emitido por el cirujano plástico **Alejandro Venero Mortola**, de páginas 1822, se aprecia que después del análisis y explicación del observado en el cuerpo de la autora concluye que la técnica utilizada es una de las tantas que se usan para el tratamiento de ptosis abdominal en el presente caso se empleó gracia y arte que la demandante no presenta cicatriz que loide y que este tipo de cicatrices son imprevisibles e impredecibles, que no existen secuelas ni deformaciones funcionales y alteraciones estéticas que permitiese avalar los resultados quirúrgicos como negativos y que de existir alteraciones del contorno corporal de la paciente es consecuencia de la edad, del aumento de peso que se da en los adultos mayores y de las deformaciones propias de la menopausia por los 17 años post operatorios.

Ambos peritos refieren que la técnica utilizada es la Dufourmentel Mouly (lipectomía anterior transversal baja) pero con una modificación en cuanto a la incisión vertical, conforme se aprecia del esquema de páginas 1818, esta debió producir una cicatriz en forma de T invertida lo cual en este caso no sucedió pues la incisión vertical es muy corta y no se une a la incisión horizontal y dado que la finalidad de dicha incisión es la disminución de la extensión de la

incisión horizontal y la subsecuente modificación de la ubicación original del ombligo se advierte que en este caso no cumple a cabalidad dicha finalidad puesto que no se unió a la incisión horizontal.

En cuanto a la cicatriz umbilical sobre la simetría que refiere el primer perito no hay certeza porque no se encuentra en autos con el esquema gráfico preoperatorio habiéndose desvirtuado también que la misma presente características de cicatriz queloides pues ambos peritos afirman que no está; sin embargo, resulta evidente que si se presenta una cicatriz hipertrófica como ambos peritos refieren apreciándose además de las fotografías que dicha cicatriz está retraída y deforma estéticamente dicha zona.

En cuanto a la cicatriz abdominal inferior de posición horizontal, se aprecia claramente de las fotografías referidas que la misma presenta moderada redundancia de tejido graso y cutáneo en las partes laterales a la cual se le llama orejas de perro y que si bien ello no afecta funcionalmente el organismo, sí constituye una deformación estética que el profesional debió en base al empleo de gracia y arte si no era posible evitar por lo menos minimizar.

- Las fotografías tomadas a la demandante que obran a fojas 709 y 740 a 744.
10. De los medios probatorios aportados se puede concluir que se ha producido un daño en la demandante que merece ser resarcido, pues se ha acreditado que el demandado ejecutó su obligación de manera defectuosa, al haber ocasionado en la demandante una deformación estética de su cuerpo, causando angustia física, espiritual; padecimientos infligidos a la víctima por el evento dañoso que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, pues la demandante se somete a una cirugía estética a fin de lograr un cambio estético positivo, y no para obtener resultados visiblemente perjudiciales.
 11. Asimismo, esta judicatura considera que debe tenerse presente que el artículo 1320 del Código Civil establece que actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a la circunstancia de las personas del tiempo y de lugar; en ese sentido, en el presente caso el demandado actuó con culpa leve; por lo que como consecuencia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1321 del mismo cuerpo normativo; quien no ejecuta sus obligaciones contractuales por dolo culpa inexcusable o **culpa leve** está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios lo cual debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante en

cuanto sea consecuencia inmediata y directa de la inexecución limitándose el resarcimiento del daño que podía preverse al tiempo en que fue contraída la obligación.

12. Debe hacerse la precisión que si bien mediante sentencia de vista de fecha 02 de marzo de 2012, se declaró la nulidad de la primera sentencia, señalando que la culpa leve no se condice con lo dispuesto en el artículo 1762 del Código Civil, que señala que en relación a la responsabilidad por prestación de servicios profesionales “el prestador no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”; no obstante, debe tomarse en consideración que doctrina autorizada señala que dentro de nuestro sistema jurídico debe aceptarse “*la responsabilidad médica por culpa leve aplicando para ello el artículo 1320 del Código Civil*”³ y “*aceptarse la responsabilidad médica objetiva en los casos donde el avance técnico científico de la medicina ha logrado dominar una enfermedad o una técnica de curación*”⁴. A nivel legislativo, quedó zanjado con posterioridad en el artículo 36 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud que estableció que “*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*”.
13. En ese sentido, el médico demandado Eusebio Aguilar Salinas es pasible de ser responsable civilmente por culpa leve; correspondiendo analizar los elementos de la responsabilidad civil.
14. Respecto a los elementos de la responsabilidad civil contractual:
 - a) **Antijuricidad de la conducta**, se aprecia que este elemento, se encuentra configurado por el hecho que el demandado ejecutó una prestación de manera defectuosa pues la operación a la que fue sometida la accionante le causó cicatrices en el cuerpo de la demandante, siendo el demandado el responsable directo del daño causado por no haber tomado las medidas preventivas para que la operación sea realizada de una manera correcta, pues la deformación estética se debió en base a la falta de empleo de gracia y arte, pues si no era posible evitar por lo menos debió minimizar; por lo que se concluye que la conducta antijurídica del demandado, se encuentra prevista en el artículo 1321° del Código Civil, estando obligado a indemnizar el daño que se reclama.

³ Espinoza Espinoza, Juan, “*Derecho de la responsabilidad civil*”, tomo II, Lima: Instituto Pacífico, 2019, p. 1421.

⁴ Fernández Cruz, Gastón, “*Responsabilidad civil médica*”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, año I, N° 1, Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p.57.

b) **El daño causado**, queda acreditado en autos que la conducta infractora del demandado, producto de la intervención quirúrgica estética a la fue sometida la demandante; en ese sentido:

- **Respecto al daño emergente**, entendido como el perjuicio efectivamente sufrido en el patrimonio de la víctima. Sobre este punto, este daño ha sido causado por la cirugía en referencia, pues ha constituido un detrimento del patrimonio de la demandante afectada por el incumplimiento o como en este caso por el cumplimiento defectuoso en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, por lo que esta pretensión resulta para amparable; habiendo además la actora ha acreditado el monto preciso, con los documentos obrantes en el expediente, en la suma de USD 1,800.00 (un mil ochocientos con 00/100 dólares americanos) y doscientos noventa y seis intis millón.

- **Respecto al daño moral y físico**; entendido este como la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; ya la Corte Suprema de la República ha señalado que “*es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica*”⁵, el daño moral a pesar de no percibirse materialmente, trajo como consecuencia el deterioro, malestar, zozobra en su estado anímico al mantenerla en estado ansiosa asociada a un desequilibrio emocional a causa de la pena y angustia y otros factores. En el caso, el daño moral y físico que le ha ocasionado el emplazado ha quedado acreditado, pues se le ha producido a la demandante una deformación estética de su cuerpo y entendiéndose además que el daño moral consiste en el dolor la angustia la fricción física o espiritual y en general los padecimientos infligidos a la víctima por el evento dañoso que se traduce en un modo de estar de la persona diferente al que se hallaba antes del hecho; y como consecuencia de este, anímicamente perjudicial; dado que los resultado de la intervención quirúrgica, resulta lógico y razonable presumir que la accionante ha experimentado angustia, viéndose frustradas sus expectativas sobre la esperada mejoría sobre su apariencia física, siendo que además sufrió la deformación estética de su cuerpo, siendo evidentemente la accionante una mujer preocupada en su aspecto físico; por lo que encontrándose acreditados tales elementos resultan amparable esta pretensión y siendo que este tipo de daño no es cuantificable deberá ser fijado por la juzgadora de manera prudencial teniendo en cuenta las condiciones de ambas partes.

c) **Relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido**, es posible señalar que este elemento también se verifica

⁵ Casación N°1070-95-Arequipa, El Peruano, 15.09.1998, p.1588.

en el presente caso, en tanto, puede advertirse que el daño sufrido por la demandante fue consecuencia *inmediata y directa* (causa próxima)—conforme lo señala el artículo 1321⁶ del Código Civil- de la inejecución de obligación del médico demandado, vale decir, existe relación de causa y efecto entre la conducta del demandado -haber ejecutado su obligación de manera defectuosa – y el daño producido - afectación económica, moral, física-. Siendo ello así, se ha configurado el tercer elemento

(relación de causalidad) de la responsabilidad civil

d) Factores de atribución, o mejor llamados criterios de imputación sobre el causante del daño; de acuerdo al artículo 1321° del Código Civil, en la responsabilidad contractual que es materia de autos se advierte un criterio de imputación subjetivo a título de culpa (culpa inexcusable o culpa leve). En el caso de autos, ha existido una conducta culposa leve por parte del demandado, pues intervino quirúrgicamente a la demandante **con ausencia de gracia y arte tan necesaria en la especialidad de cirugía plástica**, por lo que el demandado debe resarcir a la demandante.

15. En consecuencia, al haber quedado acreditada la concurrencia de los elementos comunes que configuran la responsabilidad civil, corresponde establecer la magnitud de la consecuencia jurídica aplicable para reparar el daño causado a la demandante, producto de la inejecución de las obligaciones de la demandada, esto es, la cuantificación de la indemnización a favor de la actora. Al respecto, debe tenerse presente que de acuerdo al artículo 1331° del Código Civil, *“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*. Asimismo, el artículo 1332° de dicho cuerpo sustantivo establece que *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”*.
16. En tal sentido, **respecto al daño emergente**, esto es, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, de autos se aprecia que la demandante alega haberla sufrido como consecuencia de la intervención quirúrgica, se advierte que la actora ha acreditado el monto preciso al que este tipo de daño asciende, en la suma de USD 1800.00 (un mil ochocientos con 00/100 dólares americanos) y

⁶ CÓDIGO CIVIL

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto **sean consecuencia inmediata y directa** de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

doscientos noventa y seis intis millón, encontrándose obligada a indemnizar el daño que se reclama (daño emergente).

17. En cuanto al **daño moral y físico**, entendiéndose que el resarcimiento pecuniario del daño moral solo alivia y no cura lo sufrido⁷, en ese sentido, de los autos se advierte que con la finalidad de reparar el daño causado por el cumplimiento defectuoso sufrido por la actora, lo cual evidentemente ha causado un sufrimiento al accionante el mismo debe ser fijado equitativamente en la suma de USD 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos), siendo razonable, teniendo en cuenta la magnitud, el menoscabo producido y el tiempo transcurrido.
18. Respecto a la **pretensión de pago de gastos de una nueva operación de cirugía plástica**, esta debe ser declarada infundada pues, mediante el presente proceso se ha amparado la pretensión indemnizatoria con la finalidad de reparar el daño causado por el cumplimiento defectuoso de la prestación pactada a cargo del demandado, porque, además, implicaría un nuevo cumplimiento de la misma obligación ya sancionada.
19. En cuanto a la **pretensión reconvenzional** de indemnización por daños y perjuicios que la ocasionado al demandado la interposición de la presente demanda debe desestimarse puesto que tal accionar solo constituye el ejercicio regular de un derecho lo cual a tenor de lo dispuesto en el artículo 1971 inciso 1 no constituye una conducta antijurídica que genere responsabilidad. En ese sentido, no corresponde realizar mayor análisis a los elementos de daño, relación de causalidad y factor de atribución, toda vez que todos los elementos de responsabilidad civil deben concurrir a efecto de generar la obligación de indemnizar.
20. En cuanto al pago de costas y costos del proceso, estos corresponden ser pagados al demandado a favor de la parte demandante, por cuanto su imposición es procedente al ser de cargo de la parte vencida, como consecuencia de haberse estimado positivamente la demanda.

Por tanto, impartiendo justicia en nombre de la Nación; la jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

FALLO:

- I. **DECLARANDO IMPROCEDENTE** la TACHA formulada contra los testigos ofrecidos por la parte demandante.

⁷ CALVO COSTA, Carlos A. "Daño Resarcible". Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 2005, Pág. 260.

- II. **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento respecto a la observación formulada por la parte demandada Gladys Saba Barrera viuda de Aguilar mediante escrito de fecha 18 de abril de 2002 (páginas 1136 a 1138), a los informes periciales presentados por los peritos Ramón Bueno Tizón Deza y Edmundo Quintanilla Centenaro.
- III. **FUNDADA EN PARTE** la observación formulada por la parte demandante RSVS mediante escrito de fecha 18 de abril de 2002 (páginas 1143 a 1148) y escrito de fecha 03 de junio de 2002 (páginas 1172 a 1176), a los informes periciales presentados por los peritos Ramón Bueno Tizón Deza y Edmundo Quintanilla Centenaro.
- IV. **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por **RSVS** contra **EUSEBIO AGUILAR SALINAS** (ahora representado por su sucesión procesal conformada por Gladys Saba Barrera viuda de Aguilar, Ilane Eva Aguilar Saba, Eddy Rolando Aguilar Saba, Patricia Asunción Aguilar Saba y Eusebio Aguilar Saba), mediante escrito de fecha 3 de setiembre de 1992 (páginas 2 a 4), subsanado mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 1992 (página 7); en consecuencia,
- V. **SE ORDENA** que los sucesores del demandado Eusebio Aguilar Salinas, abonen a la demandante la suma de USD 1,800.00 (un mil ochocientos con 00/100 dólares americanos) y 296 intis millón (cuyo valor será actualizado en ejecución de sentencia) por concepto de daño emergente y la suma de USD 10,000 (diez mil con 00/100 dólares americanos) por concepto de daño físico y moral; más intereses legales, con costas y costos.
- VI. **INFUNDADA** la reconvencción deducida por el demandado Eusebio Aguilar Salinas.

19° JUZGADO CIVIL

EXPEDIENTE : 48013-2009-0-1801-JR-CI-19
MATERIA : INDEMNIZACION
JUEZ : ROMAN PEREZ, JAIME
ESPECIALISTA : DIESTRA GAVIDIA, JEAN CARLOS
PERITO : JUNCO SUPA, JENNY ELSA
DEMANDADO : [REDACTED]
DEMANDANTE : CPGM

Resolución Nro. Treinta y uno

**Lima, veinticuatro de
octubre del dos mil
diecisiete.-**

VISTOS: con el cuaderno de excepciones, tramitado en este mismo proceso que se tiene a la vista, y corre anexo a este expediente; resulta de autos que mediante escrito de fojas cuarenta y seis al cincuenta y siete, **CPGM**, en representación de su menor hijo, **ASGH**, interpone demanda de **INDEMNIZACIÓN** por daños y perjuicios, contra [REDACTED], para que se le **indemnice** con la suma de **Trescientos mil y 00/100 Soles**, por el daño moral que se le ocasionara, así como el pago de costas y costos del proceso. Expone como fundamentos de hecho que con fecha quince de diciembre del 2003, la señora JRHR, ex conviviente del demandante y madre de su menor hijo, fue intervenida quirúrgicamente por el demandado, liposucción de epigastrio, cintura, cadera, flancos de tejido adiposo en ambos glúteos, cara interna de los muslos, trocánterica, rodillas, axilas e injerto sub-mentórneo; que luego de la operación el anestesista se percató que la intervenida presentaba un cuadro de arritmia cardíaca con tendencia a bradicardia, lo que hizo saber al demandado, quienes en conjunto supuestamente realizaron maniobras de reanimación cardiopulmonar y suministro de medicamentos, al no obtener resultados requirieron la intervención de personal de la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica San Borja, trasladada después a la Sala de Cuidados Intensivos de la misma Clínica, en donde falleció. Durante las investigaciones se estableció que se realizaron estas pretendidas maniobras durante más de una hora y cuarenta y cinco minutos, sin poder percatarse que la intervenida presentaba un paro cardio

respiratorio, sin siquiera solicitar exámenes tan básicos como los de hemoglobina y hematocritos, lo que hubiese permitido requerir una transfusión sanguínea inmediata, denotando con ello una carencia de conocimiento clínicos sobre el tema. Asimismo con el resultado de los peritajes médico legistas se ha podido establecer que se perforó la pared anterior abdominal mesentérica, que está conformada por innumerables vasos sanguíneos, hecho que provocó un descenso en la presión arterial, situaciones de detectadas por el demandado, máxime si no existió un control adecuado de los signos vitales durante el acto operatorio; que estos hechos fueron materia de un proceso penal en el cual demandado fue sentenciado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente y al pago de una reparación civil ascendente a Sesenta mil Soles, la que fuera confirmada por el Superior, el cual estableció que el responsable absoluto por la labor quirúrgica desarrollada negligentemente era el demandado, pues debió prever que la intervención duraría más de cuatro horas y media, sin ayuda de otro médico, además de haber ocasionado serias lesiones con su impericia, originando pérdida en el volumen sanguíneo que alcanzó hasta los 3,000 centímetros cúbicos, haciendo esto incompatible el sostenimiento de la vida de la paciente; que la resolución revisora estableció que los parámetros que se debían tomar en cuenta para fijar la reparación civil, eran la magnitud del daño causado, el valor de la afectación del bien, las posibilidades económicas del responsable y las necesidades de la víctima, que es por ello que el resarcimiento económico se ha constreñido exclusivamente al evento dañoso muerte, y no a sus consecuencias respecto de terceros más aún cuando con el pretensorio se debe dilucidar las secuelas generadas a posteriori por el fallecimiento de la víctima, en relación a su legado principal, su hijo, quien no ha podido conocer a su madre ni tener relación con ella de modo propio y pleno, lo que le hubiese permitido completar un ciclo de vida adecuado en función a una debida interacción con ella, desmedro que se acrecienta con el grado de conciencia que con el desarrollo viene adquiriendo y las circunstancias de vida que lo rodean, que lo ponen en seria desventaja emocional con relación a otros niños de su entorno y edad, quienes si pueden gozar del cariño, atención, cuidados y demás extremos propios de un vínculo tan natural y necesario como es el de madre con el hijo; y demás hechos vertidos en dichos folios. Ampara su demanda en los artículos 1969°, 1970°, y 1984° del

Código Civil; admitida a trámite mediante resolución uno de fojas cincuenta y ocho, y notificada la misma, el demandado se apersona al proceso, deduciendo las excepciones de cosa juzgada y de prescripción extintiva, las mismas que corrido el traslado y absueltas, son declaradas infundadas, conforme aparece de la resolución tres, obrante a fojas sesenta y siete y siguientes del **Cuaderno de excepciones**, la que apelada es concedida sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, tal como aparece de la resolución cinco de fojas ciento treinta y seis del mismo cuaderno de excepciones. Mediante escrito obrante a fojas ciento dos y siguientes, del **Cuaderno Principal**, el demandado contesta la demanda, negándola y contradiciéndola, solicitando que la misma sea declarada infundada conforme a los argumentos que expone, a lo que a través de la resolución dos de fojas ciento doce se tiene por contestada la demanda. Habiéndose declarado saneado el proceso mediante la resolución tres del **Cuaderno de excepciones**, y formulada las propuestas, a través de la resolución cinco de fojas ciento veintisiete, se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el demandante, citándose a audiencia de pruebas; a fojas ciento cincuenta y nueve y siguientes obra la Resolución de Vista emitida por la Quinta Sala Civil de esta Corte Superior de Justicia, que confirma la resolución que declara infundadas las excepciones deducidas; a fojas doscientos diecisiete y siguientes corre el informe pericial psicológico remitido por la perito designada, la cual es puesto en conocimiento de las partes, citándose a audiencia de pruebas, tal como se verifica de la resolución veintiséis de fojas doscientos ochenta y tres; mediante escrito que corre a fojas doscientos ochenta y nueve y siguientes, el demandado observa el dictamen pericial emitido, lo cual es puesto en conocimiento de la perito, mediante resolución veintisiete de fojas doscientos ochenta y nueve. A fojas trescientos cuatro corre el acta conforme al cual se llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la que se actuaron los medios probatorios pendientes de ello, quedando expedita la causa para ser sentenciada, oído el informe oral y vencido el plazo de los alegatos, corresponde expedir sentencia; y, **CONSIDERANDO:** **Primero:** que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 196º del Código adjetivo, las partes deben aportar los medios probatorios que acrediten los hechos de su demanda o de su contradicción respectivamente.-

Segundo: que, la pretensión en el caso de autos, resulta ser la indemnización por el daño moral ocasionado al menor ASGH, por el fallecimiento de su señora madre, doña JRHR, como consecuencia de una mala práctica médica ejecutada por el demandado [REDACTED] solicitándose el pago de la suma de **Trescientos mil Soles.- Tercero:** que, si bien los puntos controvertidos fijados en autos tiene como finalidad determinar si se ocasionó daño al menor, a favor de quien se interpone la demanda, la defensa del emplazado se basa sustancialmente en que el Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha treinta de octubre del 2007, emitió sentencia condenándolo, entre otros, al pago de la suma de Sesenta mil Soles a favor de los herederos de la occisa agraviada, siendo que el mismo demandante, fue declarado como parte civil en dicho proceso penal, en representación del menor ya señalado, y que el mismo ha venido recogiendo los certificados de depósitos judiciales a través de los cuales se ha consignado el monto de la reparación civil, siendo que el demandante estuvo de acuerdo con el monto de la reparación civil, prueba de ello es que no apeló de la misma, quedando consentida, habiendo sido ya cancelada la reparación civil, por lo que la demanda carece de sustento y/o fundamento al haber sido correctamente establecida en el proceso penal, no pudiendo, conforme a nuestro ordenamiento positivo, acudir a la vía civil a exigir igual pretensión.- **Cuarto:** que, efectivamente, conforme aparece de autos el demandado fue condenado por el delito de homicidio culposo en agravio de doña JRHR, fijándose en Sesenta mil Nuevos Soles el monto que deberá abonar por concepto de reparación civil, tal como se verifica de la copia certificada de dicha sentencia que obra de fojas cuatro a fojas treinta y dos de autos, sin embargo la alegación referida a que fijado un monto de reparación civil en un proceso penal, en el cual el agraviado se haya apersonado como parte civil, impediría el inicio de un proceso de indemnización en la vía civil, ha quedado zanjada a través de reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así en la Casación N° 4638-06-Lima, se señala, en el sétimo considerando que, "*...el cobro de la reparación civil determinada en la vía penal no excluye el cobro de los daños y perjuicios en la vía civil*"; toda vez que, conforme a lo señalado por Jorge Alberto Beltrán Pacheco¹, citando el artículo 96° del Código

¹ BELTRAN PACHECO, Jorge Alberto "Un problema frecuente en el Perú: La reparación civil en el proceso penal y la indemnización en el proceso civil", en: [www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/.../\\$FILE/art4.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/.../$FILE/art4.pdf)

Penal, el derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado. *"Ello significa que la reparación civil no es de titularidad personal ni originaria de los herederos sino ésta es derivada (mortis causa) y por ende, refiere a las consecuencias del delito y su sanción penal", (...)* *"en tanto que la indemnización (conforme al Código Civil) es una pretensión de carácter personal, es decir, quien demanda el pago de ésta es quien se considera víctima o afectado por un comportamiento dañoso atribuido al responsable"*, de lo que puede afirmarse que el hecho que se le haya impuesto un monto de reparación civil a favor de los deudos de la agraviada, entre ellos el menor a favor de quien se ha interpuesto la presente demanda, es por los daños ocasionados a la víctima del hecho delictuoso, por lo que ello no impide que este pueda accionar en la vía civil para que se le indemnice por los daños que a él se le han generado por el fallecimiento de su señora madre, por lo que las alegaciones formuladas por el demandado en ese sentido no pueden ser estimadas.-

Quinto; que, tratándose la presente de una demanda indemnizatoria, deberá verificarse el cumplimiento de los requisitos comunes de toda responsabilidad civil, antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución; en cuanto al primero de ellos, la antijuricidad, deberá entenderse esta como la acción contraria al ordenamiento legal que causa un daño, en este caso la misma ya fue determinada, en base a la sentencia emitida por el Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, que encontró responsable al actor del fallecimiento de la agraviada, en donde, en el décimo octavo considerando se señala que *".. la paciente – agraviada fallece a consecuencia de las lesiones en órganos vitales en el proceso operatorio de cirugía estética, por cuanto las ocho punturas realizadas por el acusado [REDACTED] perforaron signos vitales, recibiendo asimismo lesiones en el abdomen y mesenterio, hallazgos que hablan de una hemorragia interabdominal perineal, por tanto, o disminución de volumen sanguíneo o líquido de todo el organismo que llevó a la paciente a un shock hipovolémico que es incompatible con la vida";* y que *".. el acusado [REDACTED], en su condición de médico cirujano es quien dirige las acciones de trabajo, manipulando los instrumentos médicos con la finalidad de succionar el tejido adiposo del cuerpo de la paciente, y por su trayectoria en la especialidad de cirugía estética tenía amplio conocimiento del instrumental médico a utilizar, así como el exceso de confianza que tenía sobre la praxis, además que se le sometió a ocho cirugías juntas (liposucción de epigástrico, hipogastría, cintura, caderas y tras, sin*

tener en consideración que aquella había sido sometida a una operación por cesárea de ocho meses antes, sin embargo el acusado [REDACTED] procede a la intervención quirúrgica realizándole ocho punturas ocasionando a la agraviada perforación de órganos vitales que le causaron la muerte".-

Sexto: que, en cuanto al daño causado, este está referido sólo al daño moral, refiriéndose en la demanda que el resarcimiento económico impuesto en el proceso penal se ha constreñido exclusivamente al evento dañoso muerte, y no a sus consecuencias respecto a terceros, más aún cuando con el pretensorio se debe dilucidar las secuelas generadas a posteriori por el fallecimiento de la víctima en relación a su hijo, quien no ha podido conocer a su madre ni tener relación con ella de modo propio y pleno, lo que le hubiese permitido completar un ciclo de vida adecuado en función a una debida interacción con ella, desmedro que se acrecienta con el grado de conciencia que con el desarrollo viene adquiriendo y las circunstancias de vida que lo rodean, que lo ponen en seria desventaja emocional con relación a otros niños de su entorno y edad, quienes si pueden gozar del cariño, atención, cuidados y demás extremos propios de un vínculo tan natural y necesario como es el de madre con el hijo.-

Sétimo: que, resulta innegable que el vínculo principal que surge a través de la concepción y del nacimiento es el que se establece entre madre e hijo, y este vínculo será la base sobre la cual se desarrollaran los demás vínculos que establecerá el ser humano con las demás personas a lo largo de su vida; un vínculo fuerte y seguro con su madre hará que la persona pueda a su vez desarrollar un comportamiento social adecuado, si por el contrario careciera de ese vínculo, lo más probable es que se convierta en una persona carente de emociones, tanto personales como sociales. No es poco común en nuestra sociedad constatar los efectos perniciosos de la ausencia materna, sea física o emocional, apreciando niños con baja autoestima, con síntomas de estrés o conductas violentas, lo cual se produce en cualquier estrato social, por lo que puede llegarse a la conclusión que la ausencia de la madre en los primeros años del niño resulta ser un daño en su desarrollo, muy difícil de revertir posteriormente.-

Octavo: que, a efectos de determinar si se ha producido daño en el menor, ASGH, por la ausencia de su señora madre, se ha llevado a cabo una pericia psicológica, cuyo dictamen obra a fojas doscientos

setenta y siete y siguientes, en cuyas conclusiones, se menciona que en el área de las emociones, se observa reacciones depresivas situacional asociado al fallecimiento de la madre, así como una afectación en el ciclo vital de su desarrollo; en este punto es necesario hacer referencia a las observaciones formuladas por la parte demandada al informe pericial, referido principalmente, a las supuestas contradicciones entre la conclusión referida a que el menor presenta una reacción depresiva situacional asociada al fallecimiento de la madre, o que su autoestima se ha visto afectada, en tanto que en otros puntos del informe se indica que el menor se desenvuelve en un nivel promedio y sus procesos cognitivos responden a estímulos externos e internos que implica capacidad de adaptación y respuesta, asimismo se indica que es extrovertido, sensible a las críticas y con tendencia a asumir roles de liderazgo; habiendo absuelto la perito señalando que el menor si bien puede desenvolverse en su desarrollo cognitivo de manera normal a su edad, sin que ello no implique que no haya un déficit emocional relacionada a la ausencia de la madre, sin que necesariamente vaya a sufrir de depresión.-

Noveno: que, en la referente a la observación, debe tenerse en cuenta que no obstante el menor se muestre en algunos aspectos de su vida de manera normal, no implica necesariamente que haya superado totalmente la falta de la figura materna, y ello lo sabe el demandado, dada su condición de médico, si tomamos en cuenta que el fallecimiento de la madre ocurre cuando el menor contaba con solo ocho meses de nacido, por lo que pretender que un niño de esa edad, que se vea privado de la presencia de su madre, no tenga consecuencias posteriores en su desarrollo emocional, por lo que en ese sentido, las observaciones formuladas por el demandado no pueden ser estimadas a efectos de restar eficacia a las conclusiones arribadas en el informe pericial psicológico.-

Décimo: que, estando a lo precedentemente expuesto, habiéndose llegado a la conclusión que se ha generado daño al menor ya referido, analizando lo relativo a la relación de causalidad debe tenerse presente que el artículo 1985° del Código Sustantivo prescribe que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad entre el hecho y el daño producido, en este sentido, conforme al artículo 1969° del Código acotado, Aquel que por dolo o

culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor, lo cual no ha sido alegado ni acreditado, habiéndose determinado, más bien, conforme a la sentencia emitida en el proceso penal ya referido que el demandado actuó negligentemente, y siendo esto así debe indemnizar el daño causado, el que previamente debe determinarse, para ello ha de considerarse que en la demanda se pretende el pago de la suma de TRESCIENTOS MIL

SOLES, por concepto de daño moral.-

Undécimo: que, como se sabe el daño moral, es el daño inmaterial, no patrimonial, que incide en la esfera afectiva o sentimental de una persona, aquello que le origina una perturbación, un sufrimiento no previsto, debiendo entenderse como la lesión a los sentimientos de la víctima, lo que le genera una gran aflicción, un gran sufrimiento, afectando sus sentimientos internos, de lo que resulta que es materialmente imposible probar este daño, puesto que se trata de un valor abstracto que se circunscribe al sentimiento personal que opera en la esfera de la intimidad de cada persona, empero no puede negarse que la pérdida de un ser querido, en este caso la madre, haya ocasionado a su menor hijo, como ya se ha acreditado incluso, una profunda afectación al sentimiento interno o moral.-

Duodécimo: que, indudablemente el monto dinerario que se señale no va a resarcir el daño moral ocasionado al menor a favor de quien se pide la indemnización, puesto que ninguna suma que se imponga va a resarcir la pérdida irreparable de su madre, sobre todo si como ya se dijo el daño moral es difícil probarlo, y más aún poder cuantificarlo en su verdadera dimensión, distinto al caso del daño patrimonial al cual se le pueda cuantificar mediante criterios extraídos del mercado, el daño moral deberá ser cuantificado a través del método equitativo, y ello se refleja en lo regulado por el artículo 1984° del Código Civil, que este daño es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.-

Décimo tercero: que, debe tenerse en cuenta además que estos daños son consecuencia de una práctica médica, cirugía estética, que como en este caso se ha debido por negligencia de los médicos, lo que resulta aún más grave, si en consonancia con los altos postulados de su profesión está obligados a preservar la vida humana, y a su integridad, el cual como derecho fundamental el Estado está en la obligación de protegerla tal como lo establece el artículo primero de nuestra Constitución, al señalar que es su fin

supremo así como el de la sociedad, por ello este aspecto debe ser determinante al momento de fijarse el monto indemnizatorio.-

Décimo cuarto: que, estando a lo ya glosado, teniendo en cuenta el monto peticionado por el concepto de daño moral ascendente a TRESCIENTOS MIL SOLES, mediante el prudente arbitrio del que se encuentra facultado el Juez por imperio de la ley, teniendo en cuenta las secuelas que en posteriormente puedan generarse por las circunstancias del fallecimiento de su señora madre, se fija en la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL NUEVOS SOLES el monto que deberán pagar el demandado por el concepto de daño moral ocasionado. Quedando de esta manera determinada la relación de causalidad entre el daño demandado y la conducta atribuida a la parte demandada, así como la cuantificación del daño, que han sido fijados como puntos controvertidos.-

Décimo quinto: que, en cuanto al factor de atribución, tratándose de una indemnización por responsabilidad extracontractual, puede ser dolo o culpa, y habiéndose determinad que actuó negligentemente, la misma debe ser considerada como culpa, la cual ha quedado debidamente acreditada, con los fundamentos precedentemente expuestos.-

Décimo sexto: que, las demás pruebas actuadas y no glosadas en nada enervan los fundamentos de la presente resolución; por tales consideraciones, de conformidad con los artículos 1969, 1970, 1981, 1984 y 1985 del Código Civil, **FALLO:** declarando **FUNDADA en parte** la pretensión contenida en la demanda de fojas cuarenta y seis al cincuenta y siete, en consecuencia **ORDENO** que el demandado, [REDACTED] cumpla con pagar a favor del demandante, el menor **ASGH**, quien actúa representado por su señor padre, **CPGM**, por concepto de daño moral la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA MIL SOLES**.

Con costas y costos.-

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

Lima, once de noviembre del año dos mil once.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DE LA REPÚBLICA, vista la causa número cuatro mil novecientos veintidós– dos mil diez, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO.-** Se trata del recurso de casación interpuesto por la Clínica Los Andes Sociedad Anónima Cerrada (en adelante Clínica Los Andes), representada por Oscar Benjamín Angulo Yabas a fojas mil ochocientos veintidós del expediente principal, contra la sentencia de vista que obra a fojas mil setecientos noventa del citado expediente, su fecha veinte de julio del año dos mil nueve, expedida por la Sexta Sala Civil de Lima, que revoca la sentencia apelada de fojas mil quinientos cuarenta y cuatro, su fecha seis de marzo del año dos mil nueve, en el extremo que desestima la demanda respecto a la Clínica Los Andes; reformándola, la comprende como responsable; la confirma en el extremo que declara fundada en parte la demanda; la reforma, en cuanto al monto del daño moral en doscientos mil dólares americanos (US\$.200,000.00), a ser pagado de la siguiente forma: Compañía de Seguros y Reaseguros: treinta y ocho mil quinientos treinta y siete dólares americanos con doce centavos (US\$.38,537.12); Embotelladora Latinoamericana Sociedad Anónima (en adelante ELSA) y Freddy La Rosa Mauricio, solidariamente la suma de treinta y un mil cuatrocientos treinta y dos dólares americanos con ochenta y ocho centavos (US\$.31,432.88) y la Clínica Los Andes la suma de ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$.125,000.00); en los seguidos por NFGR contra la Embotelladora Latinoamericana Sociedad Anónima–ELSA y otros, sobre indemnización.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- Esta Sala Suprema mediante resolución de fojas cincuenta del presente cuadernillo de casación, su fecha doce de abril del año dos mil once, ha estimado procedente el recurso por las causales de infracción normativa procesal e infracción normativa material. La recurrente denuncia: **A)** Transgresión de la garantía del debido proceso, con infracción a los incisos quinto y sexto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, al haberse incumplido en la recurrida con la obligación de motivación, pues

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

independientemente de haber existido dos hechos dañosos, la Sala debió tener en cuenta si la demandante reclamó ser indemnizada por los dos hechos establecidos en la recurrida. En ningún momento la demandante emplazó al doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero ni menos a la recurrente como responsables obligados al pago de la indemnización reclamada por los daños y perjuicios que se le habían ocasionado. Así, se ha resuelto “*extra petitum*”, siendo que al aplicarse el principio de *iura novit curia* debe observarse el principio de congruencia procesal, refiriendo que la Sala Superior no ha observado tal principio, pues cuando se resolvió la excepción de prescripción extintiva deducida por el doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, se sustentó en la responsabilidad extracontractual; sin embargo, en la recurrida se establece que simultánea y contradictoriamente por el mismo hecho existe responsabilidad contractual, para así aplicar el artículo mil trescientos catorce del Código Civil. **B)** Infracción al artículo mil trescientos catorce del Código Civil, señalando que la Sala debió establecer debidamente si la causa de incumplimiento de obligaciones profesionales del médico José Carlos Manuel Zapater Agüero se debió a dolo, culpa inexcusable o culpa leve, para luego estar en condiciones de fijar la indemnización que correspondería a la demandante, lo que resulta vital pues en el proceso no se estableció la causa de la deficiencia, pues las pericias médicas no analizaron si existió o no mala praxis en la operación practicada. **C)** Infracción al artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, habiéndose aplicado de manera equivocada el principio de solidaridad, siendo que la recurrida se preocupa de señalar sin prueba alguna la responsabilidad directa del médico, sin determinar los alcances de la responsabilidad, sin establecerse si la actuación profesional respondió a un acto doloso, culpa inexcusable o culpa leve. **D)** Infracción al artículo mil ciento ochenta y tres del Código Civil, pues desde que quedó ejecutoriada la resolución que resolvió sobre la excepción de prescripción deducida por el doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, desapareció la responsabilidad civil solidaria que pudo haber existido por parte de la Clínica respecto al doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero frente a la demandante. **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Antes de absolver las denuncias postuladas por la impugnante conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se aprecia que a fojas sesenta del expediente principal, NFGR interpone demanda solicitando

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

que los demandados le paguen solidariamente la suma de seiscientos mil dólares americanos (US\$.600,000.00), por daños físicos, psíquicos, económicos y morales, más intereses legales, costos y costas; desagregados en: lucro cesante: cien mil dólares americanos (US\$.100,000.00); daño personal: doscientos mil dólares americanos (US\$.200,000.00); daño moral y psicológico: doscientos mil dólares americanos (US\$.200,000.00). Como fundamentos fácticos de su demanda sostiene que el día dieciocho de octubre del año dos mil a las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m), mientras conducía su vehículo de placa de rodaje número DQ-1760, en el distrito de Magdalena del Mar, fue impactada por el vehículo de placa de rodaje número XG-1818 de ELSA, conducido por Freddy La Rosa Mauricio. La responsabilidad es atribuible al chofer Freddy La Rosa Mauricio, originándole una lesión en la columna vertebral. A raíz de los dolores, acudió a la Clínica San Lucas el día treinta de octubre del año dos mil, en donde el neurólogo Pedro Castellares comprobó lesiones en la columna vertebral, región cervical. Al mantenerse el dolor, fue atendida por el neurocirujano Manuel Cortavitarde, quien le diagnosticó que era necesaria una operación. Después del choque, los gastos fueron asumidos por la Compañía de Seguros Fénix Peruana, asumiendo los gastos de reparación del vehículo, no habiendo recurrido al seguro que tiene ELSA. Para efectos de la operación acudió a la Compañía de Seguros Fénix Peruana, y ésta le señaló que era necesaria la evaluación de un neurocirujano, refiriéndola a la Clínica Los Andes, donde se ratificó el diagnóstico, pero por imposición de la aseguradora, se realizó en la referida clínica el día veintiséis de diciembre del año dos mil. El cirujano a cargo fue el médico José Carlos Manuel Zapater Agüero, quien le informó que la intervención había sido un éxito, pero los malestares se mantuvieron. Después de algún tiempo y a pedido de sus familiares se tomó unas radiografías, de donde se apreció que la placa de titanio e injerto estaba fuera de lugar, lo que era un peligro para su salud en general. Acudió a otro médico para buscar una tercera opinión, quien confirmó que la placa estaba fuera de lugar, sugiriendo una operación, pues dos tornillos estaban dirigidos a arterias que podían originar una hemorragia interna; tal médico realizó un informe y se entregó a la Compañía de Seguros Fénix Peruana, tomándose la decisión de una segunda operación. La segunda operación la realizó el médico Vizcarra Fernández el día veintiocho de marzo del año dos mil uno en la

Porte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

Clínica Limatambo, volviéndose a colocar la placa de titanio y el injerto de cresta iliaca secuela de la primera operación: A raíz de la primera operación, realizada por el médico José Carlos Manuel Zapater Agüero en forma negligente, ha quedado con limitaciones en el uso de la pierna y brazo derecho, a consecuencia de un daño a la médula, produciendo sufrimiento físico, moral, psicológico y económico, con cuatro cicatrices que han cambiado su apariencia personal (por extracción del hueso de la cadena en ambos lados), siguiendo una rehabilitación física hasta la fecha sin resultado positivo. Se agrega la necesidad de una nueva operación a la mandíbula inferior; con enormes dificultades para trabajar en su actividad de agente de seguros de Pacífico Seguros, habiendo requerido tratamiento psicológico, y habiendo estado un año sin trabajar con riesgo de perder su trabajo.

SEGUNDO.- Tramitada demanda de acuerdo a su naturaleza, el juez de la causa, mediante sentencia de fojas mil quinientos cuarenta y cuatro del expediente principal, su fecha seis de marzo del año dos mil nueve, declara infundada la demanda, en cuanto se comprende a la denunciada civil Clínica Los Andes; fundada en parte la demanda respecto a ELSA, Rímac Seguros, Freddy La Rosa Mauricio, debiendo éstos pagar solidariamente la suma de setenta mil dólares americanos (US\$.70,000.00): por daño emergente once mil cuatrocientos treinta y dos dólares americanos con ochenta y ocho centavos (US\$.11,432.88); por lucro cesante cinco mil quinientos cuarenta y ocho dólares americanos con veintisiete centavos (US\$.5,548.27); por daño personal y daño moral cincuenta y tres mil dieciocho dólares americanos con ochenta y cinco centavos (US\$.53,018.85); y respecto a la responsabilidad solidaria de Rímac Seguros la responsabilidad llega hasta treinta ocho mil quinientos sesenta y siete dólares americanos con doce centavos (US\$.38,567.12), más intereses legales, con costos y costas. Como sustento de su fallo el *A quo* manifiesta que según atestado policial del día treinta y uno de octubre del año dos mil (fojas seiscientos veintitrés del expediente principal), el choque ocurrió el día dieciocho de octubre del año dos mil a las ocho y treinta de la mañana (8.30 am), cuando el vehículo que conducía la demandante (placa de rodaje número DQ-1760) fue impactado por el camión de placa de rodaje número XG-1818, conducido por Freddy La Rosa Mauricio, de propiedad de ELSA, debido a la excesiva confianza del conductor del camión. Que, de la historia clínica y documentos de

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

fojas mil ciento noventa y cuatro, mil ciento treinta y uno del expediente principal, se acredita que la demandante quedó con una limitación funcional, cervicobraquialgia aguda intensa, impotencia funcional motora del miembro superior derecho, compromiso de vías largas motoras paroxismales de miembros inferiores, y de los exámenes efectuados el diagnóstico es: espondilolistesis grado I, herneación discal C5-C6 traumática con compresión medular anterior. Fue operada, realizándose una disquectomía por vía anterior, artrodesis con injerto óseo de hueso iliaco y osteosíntesis con placa orión, concluyendo que la paciente ha remitido la sintomatología y que sólo persistía cierto grado de contractura paravertebral derecha (postura) la que se corregiría con medicina física. Que, con las radiografías y pericias médicas (fojas ochocientos ochenta y cuatro – ochocientos ochenta y siete, ochocientos noventa y dos – ochocientos noventa y tres del expediente principal) pericias ratificadas y explicadas en la audiencia de fojas mil veintiocho del expediente principal se concluye que existe: limitación de función motora del miembro comprometido, al haberse deslizado los discos vertebrales, con hernia discal debido al impacto del choque, originando dolor intenso crónico, compresión y sufrimiento medular, originando trastornos en movimiento de piernas, hombro derecho, no pudiendo levantar el brazo. En cuanto a la relación de causalidad: de las pericias médicas, el origen de todo no es la operación quirúrgica, sino el accidente de tránsito, pues recién a raíz de la segunda operación mejoró su estado. Que, con la póliza vehicular (fojas setecientos cuarenta y siete del expediente principal) se acredita que el vehículo de la demandada está asegurado, con cobertura para responsabilidad frente a terceros hasta cincuenta mil dólares (US\$.50,000.00), cobertura a la que se aplica el artículo mil novecientos ochenta y siete del Código Civil, y a la que se debe descontar los montos de facturas de fojas ciento sesenta y dos a ciento setenta y dos del expediente principal (gastos de hospitalización, farmacia, consultas) por un total de once mil cuatrocientos treinta y dos dólares americanos con ochenta y ocho centavos (US\$.11,432.88), que descontados a la cobertura hacen un total de treinta y ocho mil quinientos sesenta y siete dólares americanos con doce centavos (US\$.38,567.12), que es lo que debe asumir la aseguradora. Que, en cambio, la responsabilidad del chofer y del propietario del vehículo está prevista en el artículo mil novecientos ochenta y uno

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

del Código Civil, debiendo tenerse en cuenta que la demandante hasta la actualidad viene sufriendo las secuelas del accidente. Que, el daño emergente es de once mil cuatrocientos treinta y dos dólares americanos con ochenta y ocho centavos (US\$.11,432.88); el lucro cesante se determina en base a las boletas de pago de fojas cincuenta y dos y cincuenta y seis del expediente principal, que en cinco meses de trabajo dan un promedio de tres mil novecientos sesenta y tres dólares americanos con cinco centavos (US\$.3,963.05), y por los siete meses de terapia en los que no pudo trabajar, dan cinco mil quinientos cuarenta y ocho dólares americanos con veintisiete centavos (US\$.5,548.27); sobre el daño extrapatrimonial, habiendo la demandante sido sometida a operaciones, terapias físicas, tratamientos antidepresivos y de psicoterapia de apoyo (fojas ocho, diecinueve, veinticuatro, veintiséis, treinta – cincuenta y ocho, pericia de fojas ochocientos ochenta y cuatro a ochocientos ochenta y siete del expediente principal), y siendo que según los informes se concluye que es improbable una mayor recuperación motriz, y que si bien no puede ser acreditado cuantitativamente, debe ser fijado tomando en cuenta la relación de causalidad. Que, la demanda contra la Clínica Los Andes no puede prosperar, en cuanto los daños son consecuencia del choque.

TERCERO.- Apelada la sentencia de primera instancia, el Colegiado Superior, mediante sentencia de fojas mil setecientos noventa y del expediente principal, su fecha veinte de julio del año dos mil nueve la revoca, en el extremo que desestima la demanda respecto a la Clínica Los Andes; reformándola, la comprende como responsable; la confirma en el extremo que declara fundada en parte la demanda; la reforma, en cuanto al monto del daño moral en doscientos mil dólares americanos (US\$.200,000.00), a ser pagado de la siguiente forma: Aseguradora: treinta y ocho mil quinientos treinta y siete dólares americanos con doce centavos (US\$.38,537,12); ELSA y Freddy La Rosa Mauricio, solidariamente la suma de treinta y un mil cuatrocientos treinta y dos dólares americanos con ochenta y ocho centavos (US\$.31,432.88) y Clínica Los Andes la suma de ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$.125,000.00). Como sustento de su decisión manifiesta que son dos los hechos que han originado daños: **a)** Accidente de tránsito del día dieciocho de octubre del año dos mil dos y, **b)** La operación realizada por el doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, médico de la Clínica Los Andes, en la que no

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

extirpó la hernia discal C5C6, y se colocó injerto óseo y placa fuera de lugar y mal puesta respectivamente. **Respecto a la responsabilidad de la Clínica.-** Analiza los hechos del primer hecho, así como los elementos de responsabilidad civil sobre ese hecho. **Respecto al segundo hecho dañoso**, en la primera operación realizada, la que por examen médico posterior evidenció que la placa de titanio estaba fuera de lugar, siendo un peligro para la salud, y que dos de los tornillos estaban dirigidos a una arteria, lo que podía producirle hemorragia interna, con consecuencias fatales. Señala que, además, la demandante ha quedado con limitaciones en brazo derecho y pierna izquierda por el daño medular sufrido, lo que produce sufrimiento físico, moral, psicológico, económico, quedándole cuatro cicatrices que cambian su apariencia personal. Que, se tuvo que realizar una segunda operación, para corregir los errores de la primera operación, pero en la Clínica Limatambo el día veintiocho de marzo del año dos mil uno, colocándose una placa de titanio e injerto de cresta iliaca. Que, en la primera operación, la responsabilidad entre demandante y el médico es de tipo contractual, debiendo aplicarse artículo mil trescientos catorce y siguientes del Código Civil; se señala además que según artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil es al médico y a la Clínica a quienes les corresponde asumir la indemnización por el daño causado, pero al haberse declarado fundada la excepción de prescripción formulada por el médico, el pago lo asumirá la Clínica, dejándose a salvo su derecho para que lo haga valer según corresponda. Sobre el monto indemnizatorio respecto del segundo hecho dañoso, así como en el primer hecho, no se ha acreditado el daño emergente, ni el lucro cesante. Respecto al daño moral, dada la secuela de la primera operación (limitaciones en el uso de brazo derecho, pierna izquierda por daño medular), así como cicatrices generadas, se ha alterado la paz y tranquilidad de demandante, generándose gran angustia y dolor al ver necesidad de ser sometida a segunda operación, viéndose afectada su imagen, fijándose prudencialmente la indemnización en ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$125,000.00), lo que deberá ser pagado por la Clínica Los Andes, dejándose a salvo su derecho para que lo haga valer conforme a ley.

CUARTO.- En cuanto al recurso de casación interpuesto, corresponde en principio absolver la denuncia de carácter procesal, por cuanto de estimarse fundada la

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

misma, ya no será necesario pronunciarse sobre las denuncias de carácter sustantivo, debiendo procederse al reenvío.

QUINTO.- La motivación de las resoluciones judiciales es una garantía de la función jurisdiccional y, en nuestro ordenamiento jurídico está regulado por los artículos ciento treinta y nueve, inciso quinto de la Constitución Política del Estado, ciento veintidós, inciso tercero del Código Procesal Civil, artículo doce de la ley orgánica del Poder Judicial. Una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales señaladas, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por consiguiente, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma), como la motivación de derecho o *in jure* (en el que selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma). Por otro lado, dicha motivación debe ser ordenada, fluida, lógica; es decir, debe observar los principios de la lógica y evitar los errores *in cogitando*, esto es, la contradicción o falta de logicidad entre los considerandos de la resolución y entre los considerandos y el fallo.

SEXTO.- Por otro lado, una de las facetas del principio de motivación de las resoluciones judiciales es el principio de congruencia, que se encuentra consagrado en los artículos séptimo del título preliminar y ciento veintidós, inciso cuarto del Código Procesal Civil y en virtud del cual el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; además, la resolución debe contener la expresión clara de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos. En el caso de las sentencias, la congruencia se establece con relación a las acciones que se ejercitan, con las partes que intervienen y con el objeto del petitorio, de tal manera que el pronunciamiento tiene que referirse a estos elementos y no a otros. La congruencia implica también que los fundamentos de hecho expuestos por las partes deben ser respetados, en el sentido que además de servir de base a la pretensión, la limitan.

SÉPTIMO.- En la denuncia contenida en el apartado **A)**, la recurrente sostiene que

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

la Sala debió tener en cuenta si la demandante reclamó ser indemnizada por los dos hechos establecidos en la recurrida; agrega que en ningún momento la demandante emplazó al doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, ni menos a la recurrente, como responsables obligados al pago de la indemnización reclamada por los daños y perjuicios que se le habían ocasionado. Al respecto, cabe manifestar lo siguiente: la conclusión establecida por el *Ad quem* respecto a que son dos los hechos que han originado daños: **a)** Accidente de tránsito del día dieciocho de octubre del año dos mil dos y, **b)** La operación realizada por el doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, médico de la Clínica Los Andes, guarda absoluta concordancia con los hechos expuestos por la demandante en su escrito de demanda de fojas sesenta del expediente principal. De otro lado, en cuanto al extremo en que la recurrente alega que en ningún momento la demandante emplazó al doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, ni a la recurrente (Clínica Los Andes), se advierte que si bien la demandante no emplazó a estas personas, el juez de la causa, mediante resolución de fojas doscientos veinticinco del expediente principal, su fecha dieciocho de febrero del año dos mil tres y en atención a la denuncia civil formulada por la demandada Royal and Sunalliance Seguros Fénix, ordenó el emplazamiento del médico José Carlos Manuel Zapater Agüero y la Clínica Los Andes, decisión que no fue cuestionada por la recurrente en su oportunidad, no pudiendo ser materia de debate en sede casatoria.

OCTAVO.- Por otro lado, absolviendo el extremo de la misma denuncia **A)**, en que la recurrente manifiesta que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, ya que cuando se resolvió la excepción de prescripción extintiva deducida por el doctor José Carlos Manuel Zapater Agüero, se sustentó en la responsabilidad extracontractual; sin embargo, en la recurrida se establece que simultánea y contradictoriamente por el mismo hecho existe responsabilidad contractual, cabe indicar lo siguiente: este Supremo Tribunal estima que, de conformidad con un sector de la moderna doctrina y para el caso materia de juicio, debe concebirse la responsabilidad civil como una institución única, existiendo sólo algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En tal sentido, aún cuando nuestra legislación civil se adhiere al sistema tradicional (en que se regula por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil), ello no es

Porte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes. La actual regulación del nuestro Código Civil no puede ser impedimento para estudiar el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica unitaria, mas aún cuando la prolongación indefinida del conflicto afectaría los derechos de las partes, la decisión adoptada no trasciende el resultado del proceso. Por consiguiente, estando a tal concepción, carece de relevancia el hecho que en la resolución que declara fundada la excepción de prescripción extintiva respecto al médico José Carlos Manuel Zapater Agüero haya aludido a la responsabilidad extracontractual y que en la sentencia de vista ahora impugnada se haya establecido la existencia de responsabilidad contractual, respecto a la Clínica Los Andes. Por tanto, de conformidad con el principio establecido en el artículo ciento setenta y dos, inciso cuarto del Código Procesal Civil, no existe nulidad alguna. Por tales razones, deben desestimarse todos los extremos alegados en la denuncia **A**).

NOVENO.- En cuanto a la denuncia de carácter material formulada en el apartado **B**), la argumentación propuesta por la recurrente contiene un velado propósito de que esta sala de casación revalore los hechos y pruebas del proceso, al sostener que la Sala Superior debió establecer si existió dolo, culpa inexcusable o culpa leve; asimismo, al sostener que las pericias médicas no analizaron si existió o no mala praxis en la operación practicada. Sin embargo, no es posible estimar tales alegaciones de la recurrente, por cuanto ello implicaría una nueva valoración de los hechos y las pruebas aportadas por las partes, lo cual es ajeno a la labor casatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Procesal Civil. Sin perjuicio de lo previamente manifestado, cabe agregar que, en relación a la responsabilidad del médico José Carlos Manuel Zapater Agüero, el *Ad quem* determinó lo siguiente que: *"la obligación del médico debe verse a la luz de la lex artis, que regula toda la actividad sanitaria y que se encuentra en la concepción de la diligencia debida, la misma que resultó ausente en el caso de autos"* (considerando sétimo de la sentencia ahora recurrida, resaltado de esta Sala Suprema). Es decir, el *Ad quem* estableció claramente que no existió una diligencia debida por parte del facultativo. Además, estableció la aplicabilidad del artículo mil trescientos catorce del Código Civil, debiendo entenderse en este último extremo

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

que ha efectuado una interpretación *contrario sensu*; es decir, que el médico no actuó con la diligencia ordinaria, por lo que le alcanza responsabilidad por el cumplimiento defectuoso de su obligación. Asimismo, la norma el artículo mil trescientos catorce del Código Civil invocado por el *Ad quem* debe concordarse con la del artículo mil trescientos veinte del Código Civil, de lo cual se concluye que el médico José Carlos Manuel Zapater Agüero ha incurrido en culpa leve al no haber actuado con la diligencia ordinaria. Por consiguiente, la denuncia **B**), tampoco puede prosperar.

DÉCIMO.- En cuanto a la denuncia contenida en el apartado **C**), es necesario remitirse a lo expuesto al absolver la denuncia **B**), razón por la cual este extremo también resulta inestimable.

DÉCIMO PRIMERO.- En cuanto a la denuncia contenida en el apartado **D**), cabe manifestar, en principio, que de conformidad con el artículo cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código Procesal Civil los hechos que configuran excepciones no puede ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones. En tal sentido, la recurrente no puede pretender que le alcancen los efectos de la declaración de prescripción extintiva respecto del médico José Carlos Manuel Zapater Agüero, cuando no cumplió con interponer tal excepción en su oportunidad. Por consiguiente, este extremo también debe desestimarse.

Por las consideraciones expuestas, y en aplicación del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Clínica Los Andes Sociedad Anónima Cerrada representada por Oscar Benjamín Angulo Yabas que obra a fojas mil ochocientos veintidós del expediente principal; por consiguiente **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil setecientos noventa del citado expediente, su fecha veinte de julio del año dos mil nueve, expedida por la Sexta Sala Civil de Lima, que **revoca** la sentencia apelada de fojas mil quinientos cuarenta y cuatro del citado expediente, su fecha seis de marzo del año dos mil nueve, en el extremo que desestima la demanda respecto a la Clínica Los Andes; **reformándola**, la comprende como responsable; la **confirma** en el extremo que declara **fundada en parte** la demanda; la reforma, en cuanto al monto del daño moral en doscientos mil dólares americanos (US\$.200,000.00), a ser pagado de la siguiente forma: Compañía de Seguros y

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4922 - 2010
LIMA
INDEMNIZACIÓN

Reaseguros: treinta y ocho mil quinientos treinta y siete dólares americanos con doce centavos (US\$.38,537,12); ELSA y Freddy La Rosa Mauricio, solidariamente la suma de treinta y un mil cuatrocientos treinta y dos dólares americanos con ochenta y ocho centavos (US\$.31,432.88) y la Clínica Los Andes la suma de ciento veinticinco mil dólares americanos (US\$.125,000.00); **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por NFGR contra la Embotelladora Latinoamericana Sociedad Anónima – ELSA y otros, sobre Indemnización, y los devolvieron. Ponente Señor Miranda Molina, Juez Supremo.-

S.S.

TICONA POSTIGO

CAROAJULCA BUSTAMANTE

VALCÁRCEL SALDAÑA

CASTAÑEDA SERRANO

MIRANDA MOLINA

Jvc/Fdc

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

SUMILLA: Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa, debiendo entender ese análisis “*equitativo*” como un método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad.

Lima, veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número dos mil quinientos diez - dos mil diecisiete, en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación formulado por la demandada **Seguro Social de Salud (Essalud)**, obrante a fojas mil ciento trece, contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cinco, de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a fojas mil noventa y nueve, que confirmó la sentencia en el extremo que resolvió declarando fundada en parte la demanda, consecuentemente, ordena que el Seguro Social de Salud cumpla con pagar a favor de la demandante un monto indemnizatorio por concepto de daño moral; revocaron la misma en cuanto fija la suma de ciento cincuenta mil soles (S/.150,000.00) y reformándola fijaron la suma de ochenta mil soles (S/.80,000.00), más intereses legales que se computarán a partir de la citación con la demanda.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

Esta Sala Suprema mediante la Resolución del veintidós de agosto de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuarenta y uno del Cuadernillo de Casación, declaró procedente el recurso de casación formulado por la demandada **Seguro Social de Salud - Essalud**, por las siguientes causales: **Infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, artículo VII del Título Preliminar, inciso 6 del artículo 50; artículos 196 y 197 del Código Procesal Civil, artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial e infracción normativa material de los artículos 1321 y 1984 del Código Civil, inciso 2 del artículo 2 de**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

la **Ley número 27584**, refiere que la Sala de mérito no ha motivado adecuadamente la sentencia de vista al pronunciarse sin mayor fundamento sobre el daño moral. Asimismo, se incurre en error al atribuir dentro del marco de una relación contractual, un análisis de la responsabilidad objetiva. Asimismo sostiene la impugnante que no se ha efectuado una valoración conjunta de las pruebas ofrecidas a fin de determinar la relación de causalidad.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Previamente a la absolución de las infracciones normativas procesales declaradas procedentes, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto del *iter procesal*: de fojas treinta y tres, se desprende que **AMCJ** interpone acción de indemnización por daños y perjuicios contra el Seguro Social de Salud a fin que cumplan con pagar la suma de ochocientos mil dólares americanos (US\$.800,000.00) por cumplimiento defectuoso de sus obligaciones que incluyen los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Refiere que el diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y ocho, fue sometida a una intervención quirúrgica en el Hospital Rebagliati donde fue infectada con la bacteria staphylococcus aereus que le originó un foco infeccioso y úlceras profundas en la piel.

SEGUNDO.- Tramitada la causa conforme a su naturaleza, mediante la Resolución número cuarenta y ocho, de fecha dos de marzo de dos mil dieciséis, dictada por el **Trigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte de Corte Superior de Justicia de Lima**, corriente a fojas novecientos sesenta y seis, declaró fundada en parte la demanda, en consecuencia, ordenó que la demandada cumpla con pagar a la demandante la suma de ciento cincuenta mil soles (S/.150,000.00) por concepto de daño moral, más los intereses legales e infundada en cuanto a los demás conceptos indemnizatorios, con costas y costos del proceso.

2.1. El A-quo sustenta su decisión señalando:

-De lo actuado no existen dudas ni cuestionamientos por ninguna de las partes, respecto a que el daño sufrido por la demandante fue consecuencia de la operación a la que fuera sometida en las instalaciones del Hospital Rebalgliati, habiendo contraído en dicho lugar una bacteria denominado staphylococcus aereus.

-La responsabilidad médica no sólo corresponde al dolo o la culpa de los dependientes de la estructura sanitaria sino también a la falta de capacidad organizativa de la propia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 2510-2017
LIMA**

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

estructura, siendo consideradas las infecciones intrahospitalarias como accidente médico y vulneración de la obligación de seguridad que emerge del deber principal o están vinculados a éste, por lo que, deben ser cubiertos por la estructura sanitaria por la falta de previsión que contribuyó a la generación del daño.

-El Hospital no actuó de forma diligente en el cumplimiento de su prestación de salud, además de ello, es la parte demandada la que debió probar que sí adoptó las medidas de seguridad adecuadas dentro de las medidas de prevención, ya que tiene a su disponibilidad todos los instrumentos técnicos y la información necesaria para acreditar la ausencia de culpa, siendo el caso, que la demandada no ofreció pruebas suficientes que desvirtúen su actuación negligente.

TERCERO.- Apelada esta decisión, mediante la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y cinco, de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la **Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima**, obrante a fojas mil noventa y nueve, se confirmó la sentencia en el extremo que declaró fundada en parte la demanda, consecuentemente, ordena que el Seguro Social de Salud - Essalud cumpla con pagar a favor de la demandante un monto indemnizatorio por concepto de daño moral; la revocaron en cuanto fija la suma de ciento cincuenta mil soles (S/.150,000.00) y, reformándola fijaron la suma de ochenta mil soles (S/.80,000.00), más intereses legales que se computarán a partir de la citación con la demanda.

3.1. El Colegiado sustenta su decisión precisando que la demandada acepta tácitamente el contenido de los mencionados informes de auditoría y solo los refuta en cuanto a que tales bacterias las pudo adquirir en cualquier lugar y momento, empero, en el proceso ha quedado establecido que la infección fue adquirida intrahospitalariamente, que generó la infección y posterior daño a la demandante. Este daño ocasionado en la persona de la demandante, es capaz de generar el daño moral peticionado, pues afecta también su esfera interna por sufrir dolor, angustia y sufrimiento en el tratamiento de su recuperación al haber estado internada en el hospital por varios meses y sometidas a diversas intervenciones para curar el daño causado en su pierna por la infección adquirida dentro del hospital, por lo que, resulta atendible el pago de un monto indemnizatorio por concepto de daño moral.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

CUARTO.- Cuando entre las causales por las que se ha declarado procedente el recurso de casación se encuentra la infracción del derecho al debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales, éstas deben ser analizadas primero, pues de ampararse acarrearía la nulidad de la impugnada, resultando infructuoso el pronunciamiento sobre las demás causales, pues de ser estimada, se dispondrá el reenvío del proceso al estadio procesal correspondiente; por lo que habiéndose declarado la procedencia por la causal de infracción normativa *in procedendo*, corresponde verificar si se ha configurado o no esta causal.

QUINTO.- Respecto a la causal de infracción al debido proceso, tenemos que éste tiene rango constitucional y es un derecho –por así decirlo– *continente* ya que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. Al respecto, se ha afirmado que: “(...) *su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos*¹.”

5.1. Sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional reconoce en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales, es así que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “*se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer*².” En su dimensión procesal comprende, entre otros, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, la cual se vincula a la necesidad de que las resoluciones, en general, y las resoluciones judiciales, en particular, estén debidamente motivadas, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, y, al mismo tiempo, un derecho de los justiciables de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente propuestas.

5.2. Asimismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia número 8125-2005-PHC/TC, fundamento once, señaló que: “[*]la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139º de la Norma*

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional número 7289-2005-AA/TC, FJ 5

² Sentencia del Tribunal Constitucional número 9727-2005-HC/TC, FJ 7

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...).”

5.3. El principio de la motivación de los fallos judiciales constituye una exigencia que está regulada como garantía constitucional, consagrada en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo VII del Título Preliminar e inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, este principio se transgrede con la expedición de una resolución incongruente. Al respecto, el Tribunal Constitucional, precisando el contenido del derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, señala que éste “(...) se respeta, *prima facie*, siempre que exista: a) *Fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas;* b) *Congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes;* y c) Que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por *remisión*³. En concordancia con lo señalado, el mismo Tribunal ha señalado también que la motivación de las resoluciones judiciales “(...) obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (*incongruencia activa*) (...). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate jurídico generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (*incongruencia omisiva*)”⁴.

³ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente número 04348-2005-PA/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento dos.

⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 4295-2007-PHC/TC, del 22 de setiembre de 2008, fundamento cinco.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

5.4. Que, una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios formulados por las partes; por tanto, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o in factum (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la valoración conjunta y razonada de las pruebas incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o in iure (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma).

5.5. A fin de determinar si un pronunciamiento específico cumple con su deber de motivación, en los términos antes reseñados, conviene precisar que, según lo ha sostenido la Corte Suprema “el cumplimiento de este deber no se satisface con la sola expresión escrita de las razones internas o psicológicas que han inclinado al juzgador a decidir la controversia de un modo determinado, sin importar cuáles sean éstas; sino que por el contrario, exige la existencia de una exposición clara y coherente en la sentencia que no solo explique, sino que justifique lógicamente la decisión adoptada, en base a las pruebas y demás hechos acontecidos en el proceso y en atención a las normas jurídicas aplicables al caso”⁵.

SEXTO.- La demandada refiere que el Colegiado Superior omitió justificar el monto fijado por concepto de daño moral, el mismo que considera excesivo en la suma de ochenta mil nuevos soles, sobre el particular, es de verse de la resolución de vista cuestionada, que a partir del considerando tercero, la Cuarta Sala Civil, analizó la pretensión de pago por concepto de daño moral, señalando específicamente que “*para establecer el quantum del daño moral, es necesario tener presente las circunstancias del caso en controversia*”⁶, es por ello que merita: *i)* el Informe de Auditoría Médica emitido por la Oficina de Epidemiología y Programas Preventivos del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati, que concluye que la paciente fue registrada por el sistema de vigilancia epidemiológica activa el doce de marzo de mil novecientos noventa y ocho, como un caso de infección intrahospitalaria tipo septicemia; *ii)* en la historia sólo se registró cultivo y antibiograma de secreción de fascitis necrotizante del miembro inferior derecho el veinte de marzo de mil novecientos noventa y ocho, el cual resultó

⁵ Casación Nro. 6910-2015 del 18 de agosto de 2015.

⁶ Considerando noveno

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

negativo, no se aislaron los gérmenes, estuvo con antibioticoterapia; **iii)** luego del alta se encontró en la historia un resultado de cultivo solicitado de la secreción de las úlceras residuales en rodilla derecha, las cuales resultaron positivas el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho y se aisló estafilococo aereus; **iv)** la paciente tuvo una estancia hospitalaria de 68 días en su reingreso al hospital por infección intrahospitalaria; **v)** en el Peritaje Médico Jurídico corriente a fojas ochocientos sesenta y nueve, ratificado en la Audiencia Complementaria de fojas novecientos cincuenta y ocho, se concluye, que la demora en los resultados de los estudios de imágenes cuando la paciente se encontraba en consulta externa, retrasó el tratamiento adecuado y oportuno antes de la cirugía; **vi)** la incongruencia de los diagnósticos de traumatología con relación a los otros profesionales y entre los mismos traumatólogos demuestra la falta de aplicación de criterios diagnósticos y terapéuticos en el servicio; **vii)** los hechos analizados establecen la presencia de germen intrahospitalario causante de la infección de la herida operatoria en concordancia con lo manifestado por el médico tratante; **viii)** los registros en la historia clínica son deficientes, incumpliendo las disposiciones que reglamentan el uso de este documento médico legal llevada a cabo; **ix)** la demandada al contestar la acción acepta tácitamente el contenido de los informes de Auditoría del mismo hospital y solo los refuta en cuanto a que tales bacterias las pudo haber adquirido en cualquier lugar y momento, empero, en el proceso quedó establecido que la bacteria fue adquirida intrahospitalariamente; **x)** que ésta le generó la infección y trajo como consecuencias lesiones físicas que a su vez produjeron sufrimiento y angustia a la demandante. Estos argumentos resultan bastos para justificar la determinación del daño, además, al margen que los fundamentos vertidos en la resolución cuestionada resulten compartidos o no en su integridad, éstos constituyen motivación suficiente, toda vez que se sustentan en los hechos invocados, absuelve las posiciones y contraposiciones asumidas por las partes durante el desarrollo del proceso.

SÉTIMO.- Sobre el daño moral, es pertinente realizar algunos apuntes, si bien la falta de precisión en su probanza y que se quiera reparar económicamente el daño no patrimonial, ha llevado a sostener a algunos tratadistas que en realidad tal daño no debe existir⁷, no es menos cierto que el daño moral ha sido contemplado en nuestro

⁷ “Lo extrapatrimonial, por definición, no puede medirse en dinero ni consecuentemente repararse con dinero” lo ha dicho Fernando de Trazegnies Granda, quien además asegura que el daño moral subsiste en el código civil peruano por lo extraño que resultaría su ausencia en nuestra tradición jurídica. La Responsabilidad Extracontractual. Lima. 1988. P.110.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

ordenamiento jurídico, el que teniendo en cuenta su dificultad probatoria ha prescrito en el artículo 1332 del Código Civil que: *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa”*, debiendo entenderse ese análisis *“equitativo”* como un método supletorio de creación jurídica que de ninguna manera supone arbitrariedad⁸ y que debe ser utilizado y aplicado por el operador jurídico en el caso como el aquí expuesto, por consiguiente, teniendo en cuenta las dificultades en torno a su probanza y su índole subjetivo, su acreditación no puede estar sometida a las mismas exigencias que corresponden a los daños de carácter económico, se debe recurrir a otros métodos probatorios a los que está facultado, como el previsto en el mencionado artículo 1332 o las propias máximas de experiencia, condiciones que fueron privilegiadas por el Colegiado de la Cuarta Sala Civil, que aplicó debidamente, para la estimación patrimonial del daño moral, el principio integrado de la equidad, lo que supone evaluar en el proceso sub litis que la demandante fue sometida a una intervención quirúrgica en la cual fue infectada con la bacteria *staphylococcus aereus*, la que le produjo infecciones y úlceras en la pierna y muslo, además, se requirieron injertos de piel que han dejado considerables marcas, las cuales evidentemente le produjeron angustia, preocupación y aflicciones, por verse obligada a transitar por un procedimiento médico lato, que puso en riesgo su vida y que dejó signos físicos fácilmente visibles que alteraron su estado corporal.

OCTAVO.- De otro lado, la demandada refiere que no se valoró que la demandante ya padecía de un proceso infeccioso previo a su intervención médica; sin embargo, examinado el recurso de apelación formulado a fojas mil sesenta, se advierte que dicho argumento no formó parte de los agravios formulados por la apelante, los cuales estaban orientados a denunciar que el *A quo* en el considerando décimo cuarto, confunde el daño a la persona y el daño moral, como si se tratase tan solo de daño moral, cuando la demandante considera en sus pretensiones el daño moral mas no el daño a la persona, agravio que fue desvirtuado en la considerativa cuarta de la resolución de vista impugnada. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número 05901-2008-PA/TC refiriéndose al recurso de casación ha señalado: *“3.(...) conviene subrayar que la casación no es ajena a la vinculación exigida por el principio tantum apellatum quantum devolutum, que implica*

⁸ La equidad en la cuantificación del daño de difícil (o imposible) probanza. En <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/Valoracion%20equitativa%20del%20dano%20%20Roxana%20Jimenez.pdf>

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso extraordinario. Así, la Corte de Casación no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente”, en consecuencia, al advertirse que en el recurso de apelación de la recurrente no se alegó la valoración del supuesto proceso infeccioso previo a la intervención médica, no le corresponde a este Colegiado Supremo emitir mayor pronunciamiento sobre el particular.

NOVENO.- Además, es necesario puntualizar que de acuerdo al artículo 197 del Código Procesal Civil: *“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión”*. En ese sentido, debe señalarse que el Juez se encuentra en la obligación de atender y analizar los medios probatorios que intentan acreditar un hecho alegado por alguna de las partes ya sea en la demanda, en la contestación o en el escrito donde se ofrezcan nuevos medios probatorios, que cumplan los requisitos para su admisión; constituyendo la omisión a este precepto una infracción a la norma que establece la finalidad de los medios probatorios contenida en el artículo 188 del Código Procesal Civil. Sin embargo, ello no ocurre en el caso de autos, pues las instancias de mérito han realizado un análisis debido de los medios probatorios determinantes aportados al proceso, como son el Informe de Auditoria Médica emitido por la Oficina de Epidemiología y Programas Preventivos del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati y el Peritaje Médico Jurídico de fojas ochocientos sesenta y nueve, comprobándose con estos, el origen y secuelas del proceso infeccioso que sufrió, cabe precisar, que en la Corte de Casación, no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, por lo que al ser ajena a las facultades de este órgano jurisdiccional revalorar la prueba y juzgar los motivos que formaron convicción en el Colegiado de la Cuarta Sala Civil, deben desestimarse también las denuncias formuladas contra los artículos 1321 y 1984 del Código Civil así como del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

artículo 2 inciso 2 de la Ley número 27584, los cuales se sustentan en la improbanza de la pretensión indemnizatoria.

DÉCIMO.- En este sentido, tenemos que la evaluación efectuada por el *Ad Quem* demuestra que el Colegiado Superior utilizó su apreciación razonada en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por consiguiente, la decisión adoptada por el Colegiado se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria concordada con los artículos 196 y 197 del Código Procesal Civil, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes en concordancia con lo regulado en el artículo VII del Título Preliminar; inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, por lo que, no se afecta el debido proceso, ya que se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, por ello, dicho fallo no puede ser cuestionado por infracción al debido proceso en su vertiente a la motivación de las resoluciones judiciales, al haberse respetado los principios constitucionales y el deber de motivación, expresándose el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, deviniendo en **infundada** la denuncia de infracción normativa procesal. Asimismo, deben desestimarse las denuncias formuladas respecto de los artículos 1321 y 1984 del Código Civil así como del artículo 2 inciso 2 de la Ley número 27584, puesto que éstas se encuentran dirigidas a provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, cuando queda excluida de la labor de la Corte Suprema.

IV. DECISION:

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo regulado en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Seguro Social de Salud (Essalud)**, obrante a fojas mil ciento trece, contra la Sentencia de Vista contenida en la Resolución número cincuenta y cinco, de fecha quince de marzo de dos mil diecisiete, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a fojas mil noventa y nueve, la cual confirmó la sentencia en el extremo que resuelve declarar fundada en parte la demanda, consecuentemente ordena que el Seguro Social de Salud cumpla con pagar a favor de la demandante un monto indemnizatorio por concepto de daño moral y la revocaron en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 2510-2017

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

cuanto fija la suma de ciento cincuenta mil soles (S/.150,000.00), reformándola fijaron la suma de ochenta mil soles (S/.80,000.00), más intereses legales que se computarán a partir de la citación con la demanda.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por AMCJ contra Seguro Social de Salud – Essalud, sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y los devolvieron. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

AROS / MMS / AAR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4601-2009

LIMA

Lima, doce de agosto de dos mil diez.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número cuatro mil seiscientos uno guión dos mil nueve en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la presente sentencia.

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el actor JZO, contra la Sentencia de Vista obrante a fojas novecientos noventa y ocho, su fecha seis de marzo de dos mil nueve, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada corriente a fojas novecientos dieciocho, fechada el ocho de julio de dos mil ocho, que declara infundada la demanda de indemnización.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante la resolución de fecha doce de enero último se ha declarado procedente el recurso sólo por la Infracción Normativa Sustantiva de los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil y la Infracción Normativa Procesal del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, según los siguientes fundamentos: **a)** En la primera denuncia, alega que las normas sustantivas denunciadas se encuentran en el Libro VI, sobre Las Obligaciones; no obstante, afirma que las instancias de mérito han decidido la controversia como si fuera una responsabilidad extracontractual, que se regula en el Libro VII, Fuentes de las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4601-2009

LIMA

Obligaciones, con lo que se demuestra se ha desnaturalizado el proceso en perjuicio de su parte, al infringirse normas de derecho material, por lo que debe revocarse totalmente la sentencia de vista; y **b)** En la sentencia apelada se llega a la conclusión que ha sufrido daño moral y pérdida total del ojo derecho, y sin embargo no se ha fijado el monto indemnizatorio al que tiene derecho por el daño causado; que el diagnóstico de mala visión a que se refiere la sentencia de primera instancia, en el punto décimo, no es cierto, ya que no ingresó a la Clínica con dicho diagnóstico, sino simplemente con cataratas incipientes en ambos ojos, conforme lo señaló su médico Víctor Gamarra Vega (no demandado) en la receta de fecha veintiocho de enero de dos mil, documento que cuenta con pleno valor probatorio por haber sido aceptado por los demandados, el mismo que no se tomó en cuenta en la sentencia apelada, ni mucho menos se actuó el testimonio de dicho galeno a pesar de haber sido ofrecido por su parte y ordenado dicha diligencia por el *A Quo*, lo que transgrede el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, que consagra el principio y derecho de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en concordancia con lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, por los efectos del recurso previamente se examinan los agravios de la causal del error in procedendo.

SEGUNDO.- Que, el Debido Proceso es un derecho humano fundamental de naturaleza procesal conforme al cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas destinadas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, para lo cual debe permitírsele el derecho a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez natural, debidamente asesorado o defendido, garantizándosele al mismo tiempo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4601-2009

LIMA

su derecho a probar, y a impugnar como medio para acceder a la instancia plural.

TERCERO.- Que, particularmente el recurso incide sobre el debido proceso y la prueba, que determinaría el amparo de la pretensión indemnizatoria. Por regla general, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice. Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada, según lo prescribe el artículo 200 del Código Procesal Civil. La inversión de la carga de la prueba significa que la ley, en determinadas situaciones, determina qué parte debe probar. Así en la responsabilidad extracontractual subjetiva, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor (artículo 1969 del Código Civil), esto es, al demandado; en la responsabilidad contractual, la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (artículo 1330 del precitado Código), es decir, al actor.

CUARTO.- Que, del examen de la sentencia apelada se aprecia que el A *Quo* luego de la evaluación de las pericias y de la historia clínica, estableció que los médicos demandados que intervinieron en la operaciones quirúrgicas de cataratas al actor, no han incurrido en negligencia por las siguientes razones: **a)** El actor fue informado de los riesgos que implicaba someterse a la intervención quirúrgica y dio su consentimiento para ello como aparece de las órdenes de sala de operaciones obrantes a fojas ochenta y uno y ochenta y cuatro; **b)** Realizada la primera operación por cataratas en el ojo derecho y habiéndose presentado una ruptura de la cápsula posterior, se realizó una vitrectomía anterior, lográndose una visión veinte/cuarenta, considerada satisfactoria por los peritos; **c)** Que después de cuarentiun días se presentó una complicación tardía, de desprendimiento de retina,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4601-2009

LIMA

sometiéndose el actor a una segunda operación, que los peritos lo han calificado como oportuna porque se logró pegar la retina; **d)** Con relación a la tercera operación realizada por el doctor Ernesto Herrera McPherson, ésta también resultó oportuna y habiéndose producido un nuevo desprendimiento de retina, tenía que efectuarse una nueva cirugía, la que al no haberse realizado al día siguiente, habría producido un desprendimiento total de la retina.

QUINTO.- Que, el procesalista Augusto M. Morello advierte que frente al Principio de Valoración Conjunta de la Prueba, es importante también el Principio de Selección Probatoria. El juzgador “no está obligado a ponderar con exhaustividad todas y cada de las pruebas colectadas en el expediente, sino únicamente las que considere esenciales y conducentes para fundar sus conclusiones” (*Estudio de la casación civil española. Ley número uno guión dos mil*. Librería Editora Platense, La Plata, dos mil uno, páginas ciento sesenta y uno y ciento sesenta y dos).

SEXTO.- Que, el artículo 197 del Código Procesal Civil prescribe: “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenta su decisión”. Lo último es aplicación del Principio de Selección Probatoria. En el presente caso, el diagnóstico que hizo el médico del recurrente, doctor Víctor Gamarra Vega, quien señaló que tenía cataratas incipientes en ambos ojos, debe ser evaluado con los demás medios probatorios, máxime que el mencionado testigo no concurrió a la Audiencia de Pruebas. En suma, no se corrobora la Infracción Normativa del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, concordante con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

SEPTIMO.- Que, en lo concerniente a la Infracción Normativa Sustantiva de los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, en general, se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4601-2009

LIMA

advierde que el Juez para fijar la obligación de indemnizar es necesario que examine los elementos comunes de la responsabilidad civil, que son: **a)** La antijuricidad, **b)** El factor de atribución, **c)** El daño, y **d)** El nexo causal. Esencialmente la antijuricidad significa que la lesión al sujeto de derecho o su patrimonio quebranta el ordenamiento jurídico; el factor de atribución determina el tipo de responsabilidad subjetiva u objetiva; el daño es la alteración negativa de una determinada situación de la víctima, económica o incluso física o psíquica; y el nexo causal implica la relación entre el hecho ilícito y el daño producido. En la actualidad, de todos estos elementos de la responsabilidad civil, la doctrina da preeminencia al daño, es por ello que a esta disciplina se le denomina también Derecho de Daños.

OCTAVO.- Que, las obligaciones profesionales determinan una especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de **lex artis**, que es el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión. El artículo 1762 del Código Civil prescribe que si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

NOVENO.- Que, carece de base real lo alegado por el actor, porque las instancias de mérito han resuelto la controversia dentro del marco de una inexecución de obligaciones, que es además el lineamiento seguido por la Ley 26842, Ley General de Salud. En el presente caso, la sentencia apelada también aplica los artículos 36, 40, 44 y 48 de la Ley General de Salud. En puridad, no se configura el error in judicando denunciado.

4. DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4601-2009

LIMA

- a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación corriente a fojas mil diecisiete, en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista obrante a fojas novecientos noventa y ocho, su fecha seis de marzo de dos mil nueve.
- b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por JZO, con la Clínica Optima Visión S.R.L., Ernesto Herrera McPherson, Francisco José Rodrigo Chávez Ávila y Oscar Augusto Fernando Orjeda Loayza, sobre Indemnización; y los devolvieron; interviniendo como Juez Supremo ponente el señor Álvarez López.-

SS.

ALMENARA BRYSON

LEÓN RAMIREZ

VINATEA MEDINA

ÁLVAREZ LÓPEZ

VALCÁRCEL SALDAÑA

hmf/svc

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 5262-2019
LIMA
INDEMNIZACIÓN

Lima, veinticinco de junio de dos mil veinte.-

AUTOS Y VISTOS; y, ATENDIENDO:

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandante **MADB** contra la sentencia de vista contenida en la resolución número ocho de fecha trece de junio de dos mil diecinueve, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número cincuenta de fecha cuatro de mayo de dos mil dieciocho, que declaró infundada la demanda; para cuyo efecto debe procederse a calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

SEGUNDO.- Antes de la revisión del cumplimiento de los requisitos mencionados precedentemente, es necesario tener presente que el recurso extraordinario de casación es eminentemente formal, técnico y excepcional, por lo que tiene que estar estructurado con sujeción a los requisitos que exige la norma procesal civil para su admisibilidad y procedibilidad, esto es: precisar en cuál de las causales se sustenta, si es en: **i) la infracción normativa**, o **ii) en el apartamiento inmotivado del precedente judicial**. Presentar una fundamentación puntualizada, clara y pertinente respecto de cada una de las referidas causales; demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada. Esta exigencia, es para lograr los fines del recurso, estos son: nomofiláctica, uniformizadora y dikelógica. Siendo así, es responsabilidad del recurrente saber adecuar los agravios que denuncia a las causales que para dicha

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5262-2019
LIMA
INDEMNIZACIÓN**

pues este Supremo Tribunal no está facultado para interpretar el recurso de casación, ni de integrar o remediar las carencias del mismo o dar por supuesta y explícita la falta de la causal, tampoco subsanar de oficio los defectos incurridos por la casante en la formulación del recurso extraordinario.

TERCERO.- Se verifica que el recurso cumple con los requisitos para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, toda vez que ha sido interpuesto de la siguiente forma: **i)** Contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso; **ii)** Ante la instancia que emitió la sentencia de vista que se impugna; **iii)** El recurso fue presentado oportunamente, ya que la parte recurrente fue notificada el dieciséis de agosto de dos mil diecinueve e interpuso el respectivo recurso de casación el tres de setiembre del mismo año; y, **iv)** Se cumplió con abonar el pago del arancel judicial correspondiente al recurso de casación.

CUARTO.- El recurso cumple con el requisito de procedencia previsto en el artículo 388 inciso 1) del Código Procesal Civil, porque la parte recurrente apeló la sentencia de primera instancia que le fue adversa. En cuanto al requisito señalado en el inciso 4) de la referida norma, del recurso se tiene que su pedido es **anulatorio**.

QUINTO.- La parte recurrente sustenta su recurso de casación bajo las siguientes causales:

- a) Infracción normativa material por interpretación errónea del artículo 36 de la Ley General de Salud,** ya que, la sala refiere que la responsabilidad médica solo podría medirse de acuerdo a los medios; es

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 5262-2019
LIMA
INDEMNIZACIÓN

ordinaria requerida para eximirlo de responsabilidad; sin embargo, cuando la realización del acto médico conduce a resultados desproporcionados o fuera de toda medida con respecto a la gravedad de afección tratada, no se puede deducir que solo basta con el actuar diligente, puesto que ese actuar no provocaría resultados agravantes al que se tenía inicialmente.

- b) Infracción normativa material por inaplicación del artículo 15.4 de la Ley General de Salud**, pues no se comunicó de los riesgos de la operación a una paciente de las características físicas de la demandante. No basta la sola firma del documento denominado “consentimiento informado”, puesto que este documento es solo el registro de la ocurrencia en dicho proceso. La obligación legal que tiene el médico es de explicar a su paciente en forma clara, completa y veraz su patología y opciones terapéuticas, con la exposición de beneficios y riesgos, para que el paciente sea quien asuma el riesgo.
- c) Infracción normativa procesal del artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Perú, artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos I y IV del Título Preliminar, 50 incisos 4) y 6), 122 numeral 3) del Código Procesal Civil**, ya que, al interpretar correctamente el artículo 36 de la Ley General de Salud se establece la responsabilidad del médico y consecuentemente la obligación de indemnizar, la interpretación errada conlleva a establecer que no hay responsabilidad civil sujeta a indemnización.

SEXTO.- Conforme al artículo 384 del Código Procesal Civil, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 5262-2019
LIMA
INDEMNIZACIÓN

debe limitarse a cuestiones netamente jurídicas referentes al logro de los fines legalmente establecidos, no permitiéndose una nueva evaluación de los hechos y de las pruebas actuadas y evaluadas por las instancias de mérito.

SEPTIMO.- En ese sentido, el artículo 388 del Código Procesal Civil, en sus incisos 2 y 3 dispone como requisitos de procedencia del recurso de casación, la descripción con claridad y precisión de la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, exigiendo que en el recurso se demuestre la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada.

OCTAVO.- Respecto a la infracción descrita en el *ítem a)*, esta deviene en improcedente, al advertirse que los argumentos de la recurrente, están dirigidos en el fondo a cuestionar el criterio jurisdiccional adoptado por la sala superior, quien ha señalado que el artículo 36 de la Ley General de Salud, sigue la tendencia doctrinaria de las responsabilidades que se basa en una obligación de medios, en cuyo caso bastará con acreditar la diligencia ordinaria, por lo que, al no haberse determinado con las pericias médicas en forma clara y concluyente que el demandado Jaime Santiago Seminario Agurto haya incurrido en negligencia médica al momento de realizar la intervención laparoscópica, es decir, que al momento de introducir el trocar 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, no se advierte la existencia de culpa; sin embargo, esos aspectos no pueden ser motivo de casación, pues a través de este medio de impugnación no se constituye una tercera instancia, para trasladar al órgano jurisdiccional el poder para de nuevo enjuiciar los hechos y las pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 5262-2019
LIMA
INDEMNIZACIÓN

NOVENO.- En cuanto a la infracción alegada en el *ítem b)*, también resulta improcedente, en tanto, la recurrente pretende que este Colegiado Supremo proceda a valorar nuevamente el documento denominado “conocimiento informado”, con la finalidad de que se establezca que no se le informó oportunamente los riesgos de la operación, no obstante, en vía de casación no se pueden volver a valorar las pruebas actuadas en el proceso conforme a las cuales las instancias de mérito han considerado acreditado un hecho, puesto que la revaloración probatoria no resulta acorde con los fines de la casación, plasmados en el artículo 384 del Código Procesal Civil, sino que este recurso versa sobre cuestiones *de iure* o de derecho, con exclusión de las de hecho y de lo que se estima probado.

DÉCIMO.- Absolviendo la infracción descrita en el *ítem c)*, debe considerarse que la descripción clara y precisa de la infracción que requiere el artículo 388 inciso 2 del Código Procesal Civil, implica que la parte recurrente, en principio, identifique la norma jurídica supuestamente infringida, determine su contenido normativo, y en razón de ello, exponga como se ha contravenido dicho contenido; en ese sentido, este Tribunal Supremo considera que la presente infracción resulta improcedente, al no haber cumplido con la exigencia mencionada precedentemente, ya que, la recurrente se ha limitado a conceptualizar algunos derechos y principios y referirse de manera genérica al artículo 36 de la Ley General de Salud, sin señalar de manera específica de qué forma se han infringido las normas procesales invocadas.

DÉCIMO PRIMERO.- En tal contexto fáctico y jurídico, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392 del Código Procesal Civil, reformado por la Ley 29364, corresponde declarar improcedente el recurso de casación.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 5262-2019
LIMA
INDEMNIZACIÓN**

Por estos fundamentos, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandante **MADB** contra la sentencia de vista contenida en la resolución número ocho de fecha trece de junio de dos mil diecinueve, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por **MADB** contra Administradora Clínica Ricardo Palma Sociedad Anónima sobre Indemnización por daños y perjuicios; y *los devolvieron*. Ponente Señor Romero Díaz, Juez Supremo.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

AMPUDIA HERRERA

LÉVANO VERGARA

RUIDÍAS FARFÁN

IEV

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 2729-2007-LIMA

Lima, 23 de agosto del 2007

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; vista la causa número dos mil setecientos veintinueve – dos mil siete, el día de la fecha, producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

1. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas trescientos, su fecha catorce de marzo del año en curso, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la sentencia apelada de fojas doscientos cuarenta y tres su fecha seis de setiembre del dos mil seis, declara fundada la demanda; en los seguidos por doña IADS contra doña Alicia Josefina García Llerena, sobre indemnización.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Mediante resolución de fojas cuarenta y tres del cuadernillo de casación formado en esta Suprema Sala, su fecha dos de julio del año en curso, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por la demandada doña Alicia Josefina García Llerena por la causal relativa a la interpretación errónea de normas de derecho material.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- Como se ha anotado precedentemente, se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de interpretación errónea de los numerales 1330 y 1762 del Código Civil, señalando, en cuanto a la primera norma que ha

sido erróneamente interpretada al dirimirse la litis, pues, en la recurrida no se precisa si el daño ha sido originado o guarda relación con el dolo o la culpa inexcusable, siendo que no se delimita el dolo o la culpa, tan sólo se refiere estrictamente al daño en sí mismo, que no es más que el perjuicio material o moral sufrido por una persona. Agrega, que la correcta interpretación de dicha norma debió ser en el sentido de determinar si la demandante acreditó la existencia del dolo o la culpa inexcusable en el accionar de la demandada en lo que se refiere a la inejecución de la obligación o a su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En cuanto a la segunda norma en comentario, alega, que también ha sido erróneamente interpretada al resolver el proceso, pues, la citada Sala Superior no ha atendido al hecho que en este tipo de intervenciones quirúrgicas la diligencia ordinaria se encuentra presente y permanente y que todo profesional médico toma como base de su pericia o de su modus operandi, la diligencia ordinaria, pues, caso contrario no podría llevar a cabo su praxis especializada y que dicha diligencia ordinaria es parte constitutiva de la formación del profesional médico.

Refiere asimismo, que no se ha considerado que quien actúa con diligencia ordinaria requerida y logra la ejecución exitosa de su obligación no se le puede imputar la inejecución de la misma o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso salvo que lo contrario esté expresamente previsto por la ley o por el título de la obligación, situación que no se produce en el caso de autos, ya que la obligación que se reclama es de origen contractual. Añade, que la correcta interpretación de dicha norma debió ser en el sentido de que este artículo protege a los profesionales cuando la prestación de servicios implica especial dificultad y que para rebatir la misma, debe existir una relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción del daño.

Segundo.- El artículo 1330 del Código Civil, prescribe que “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. De otro lado el numeral 1762 del citado Código Sustantivo, dispone que “si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable” Tercero.- Por interpretación

errónea se entiende cuando la Sala Superior en su decisión le da a la norma un sentido o un alcance que no tiene, es decir, aplica la norma pertinente, pero le confiere más requisitos que los que fija la ley o le atribuye menos requisitos que los que fija la ley.

Cuarto.- Revisado el presente proceso para determinar si en el caso de autos se han interpretado erróneamente o no las normas sustantivas en comentario, es menester realizar las siguientes precisiones:

1. La demandante, doña IADS, interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios, alegando, que tales daños le fueron ocasionados a su persona como consecuencia de la operación quirúrgica de histerectomía laparoscópica asistida por vagina, efectuada por la demandada, doña Alicia Josefina García Llerena, en su calidad de médico, solicitando que dicho motivo se le indemnice con la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y tres dólares americanos con veinte centavos. Además plantea como pretensión accesoria se le pague el mismo monto por concepto de daño moral causado como consecuencia del período de incapacidad física y disminución emocional propia y de su familia por ciento treinta y dos días; refiriendo, que la mencionada demandada no tuvo la diligencia necesaria y como resultado la accionante sufrió de obstrucción distal del uréter izquierdo, situación que hizo imposible la evacuación de la orina contenida en el riñón izquierdo, poniéndose en riesgo su vida, por lo que se vio obligada a someterse a cinco intervenciones quirúrgicas posteriores.

2. La demandada, doña Alicia Josefina García Llerena, al absolver el traslado de la demanda manifiesta que efectivamente en su condición de ginecóloga obstetra efectuó la operación de histerectomía laparoscópica asistida por vagina a la referida demandante, pues, según sostiene, la indicada paciente presentaba mixomatosis uterina (tumor benigno del útero) y cistocele grado II (prolapso de vejiga), siendo necesaria una cirugía para salvaguardar su salud integral y evitar futuras complicaciones. Agrega, que resulta falso que haya existido falta de diligencia al momento de la operación practicada a la demandante y que la obstrucción distal del uréter es producto de causas imprevisibles no imputables a su participación profesional o en todo caso contribuyen a un riesgo natural derivado del tipo de intervención que se le había practicado, precisando que la obstrucción distal del uréter es un riesgo natural en la cirugía laparoscópica, no estando en riesgo su vida ya que la paciente evacuaba por el uréter derecho y

que el riñón izquierdo no fue afectado en su función, puesto que la obstrucción del uréter izquierdo duro once días y para comprometer el riñón se requería por lo menos de tres meses continuos de obstrucción. Añadiendo, asimismo, que el daño moral no ha sido probado y que tampoco se puede valorar como tal, refiriendo, además, que las operaciones quirúrgicas para solucionar la obstrucción causada a la demandante irrogaron gastos ascendentes a la suma de treinta y ocho mil novecientos cuarenta y un nuevos soles con noventa y cuatro céntimos, los mismos que se encuentran cancelados en su totalidad y que la demandante no le ha reembolsado a su parte.

3. En la audiencia de conciliación se fijaron como puntos controvertidos: **1)** determinar si la demandada se encuentra obligada o no a abonar a la actora la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y tres dólares americanos con veinte centavos por concepto de resarcimiento del daño emergente producido según se refiere por la operación que desencadenó el daño descrito en la demanda, **2)** determinar de ser el caso si la demandada se encuentra obligada o no a abonar a la actora la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y tres dólares americanos con veinte centavos por concepto de indemnizatorio por los daños que se le habría causado.

4. La resolución de primera instancia concluyó por declarar, infundada la demanda, sosteniéndose que dada la naturaleza de la pretensión reclamada se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 1762 del Código Civil, que establece que si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de, problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en el caso de dolo o culpa inexcusable y que en el presente caso, la demandante no ha demostrado la culpa grave o inexcusable en que ha incurrido la demandada y por tanto, no se puede establecer ningún grado de negligencia que debiera ser materia de reparación.

5. La demandante formulo su recurso de apelación contra la indicada resolución en los términos que aparecen del escrito corriente a fojas doscientos cincuenta y nueve.

6. La sentencia de vista al dirimir el conflicto concluyó en revocar la sentencia apelada y reformándola, la declaró fundada, ordenándose que la demandada indemnice a la actora por daño emergente con la suma de cuatro mil novecientos

cuarenta y tres dólares americanos con veinte centavos, y una suma por daño moral ascendente a diez mil nuevos soles; mas intereses legales desde la fecha en que se produjo la primera operación. En dicha resolución, se constata la aseveración de la Sala Superior en el sentido de que “la demandada reconoce que la obstrucción de los uréteres es un riesgo en este tipo de intervenciones quirúrgicas, o como le llama un hecho natural, lo que debe acreditar que acciones adoptó para prevenir ese riesgo, pues, como ya se ha señalado la *lex artis* impone una diligencia máxima en lo que refiere al cuidado y vigilancia del paciente, ya que un leve descuido puede tener graves consecuencia en la salud del paciente, y en el caso de autos no se ha invocado en la contestación de la demanda, por tanto tampoco se ha probado, que la demandada actuó con la diligencia debida al realizar la operación de la demandante, y si ello así la culpa deviene en inexcusable”. Agregando, asimismo, que la demandada quien es una profesional médica debía probar: 1) las acciones que adoptó para prevenir los riesgos que según afirma ella, son riesgos naturales en una operación de tal magnitud; 2) Las medidas para aminorar el posible riesgo producto de estas clases de operaciones; 3) que pese a la adopción de todas las precauciones que tuvo para ello, se produjo el daño.

Quinto.- Cabe señalar que la doctrina define a la responsabilidad civil como el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada. Se denomina a la capacidad de un ser humano de discernir sus acciones a través de su voluntad razonada, de manera que pueda asumir el compromiso de sus acciones. También se refiere a la capacidad de reconocer lo prohibido a través de una acción culpable, pudiendo a través de ese entendimiento determinar los límites y efectos de esa voluntad.

Sexto: De lo expuesto, se llega a la conclusión que las aseveraciones expresadas por la Sala de mérito infringen por interpretación errónea las normas en comentario, pues primeramente, cabe precisar que estamos frente a una responsabilidad de tipo contractual y por consiguiente, la prueba del dolo o la culpa inexcusable, en los términos que establece el numeral 1330 del Código Civil, corresponde ineludiblemente al perjudicado por la inejecución de la obligación. En el presente caso, es obvio que quien debe acreditar que la profesional médica actuó con dolo o con culpa inexcusable al practicarse la operación -sustento de la demanda- es la propia demandante, quien arguye ser

la perjudicada, lo que no ha sido acreditado con ningún medio de prueba idóneo; siendo inviable, según el espíritu de dicha norma, que la carga de la prueba se invierta en beneficio del, eventual perjudicado. Por lo demás, es un hecho incontrovertible en el desarrollo del proceso, que la operación practicada a la accionante resultaba de riesgo e implicaba la solución de un asunto profesional de especial dificultad; en tal virtud, el prestador, de servicio no resulta responsable por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable, tal como, lo prevé el artículo 1762 del citado Código Sustantivo. En el presente caso, tal como se ha indicado precedentemente, no habiéndose acreditado que: la demandada actuó con dolo o culpa inexcusable no resulta jurídicamente posible que se le atribuya responsabilidad alguna susceptible de ser indemnizada en los términos planteados en la demanda.

Sétimo.- Por lo demás, si bien es cierto que en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente. número 1776-2004-AA/TC, se precisa el concepto de carga, probatoria dinámica, señalándose que la misma “significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso, o, procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de, reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”; también lo es que, en el presente caso, dicho enunciado no puede colisionar con una norma de orden público, como lo es la contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil, que prevé la carga de la prueba, más aún si el contexto en que se ha emitido dicha sentencia resulta totalmente disímil al que es materia de autos, más aún, si tratándose de un asunto en el que se ventila una presunta responsabilidad civil de índole contractual, es necesario que la parte perjudicada acredite el dolo o la culpa inexcusable del prestador del servicio. Además, aplicar para el caso sub litis sin distinción alguna el criterio expresado por el mencionado Tribunal en la aludida sentencia, importaría admitirse la derogación de normas de orden público, cuya atribución corresponde al órgano legislativo.

Octavo.- Por lo que constatándose la infracción por interpretación errónea de las normas antes enunciadas, el presente medio impugnatorio debe declararse fundado y actuando en sede de Instancia, debe casarse la resolución de vista y confirmarse la apelada. **4. DECISIÓN:** Por las consideraciones expuestas y de

conformidad con el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil; declararon: **A) FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Alicia Josefina García Llerena a fojas trescientos quince; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fojas trescientos, su fecha catorce de marzo del año en curso y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada obrante a fojas doscientos cuarenta y tres, de fecha seis de setiembre del dos mil seis, que declara infundada la demanda; en los seguidos por doña IADS, sobre indemnización. **B) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad; intervino como Vocal Ponente el Señor Valeriano Baquedano; y los devolvieron.

S.S.

VÁSQUEZ VEJARANO

CAROAJULCA BUSTAMANTE

MANSILLA NOVELLA

MIRANDA CANALES

VALERIANO BAQUEDANO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 5710-2018
PASCO
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Lima, veintinueve de mayo de dos mil diecinueve.

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero.- Viene a conocimiento de este Supremo Tribunal, el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, **Seguro Social de Salud-EsSalud**, de fecha once de octubre de dos mil dieciocho, obrante a fojas mil treinta y ocho, contra la sentencia de vista, de fecha trece de setiembre de dos mil dieciocho, obrante a fojas novecientos veintinueve, que **confirmó** la sentencia apelada, contenida en la resolución número setenta, de fecha veintiséis de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas ochocientos cincuenta y tres, **en el extremo** que resolvió declarar **fundada en parte** la demanda de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por FCFP y HPA, en representación de su menor hijo, FPPF, en contra de José Enrique Argandoña Nieves, Fredy Ronald Virrueta Medina y EsSalud-Pasco, y en consecuencia, ordenó que los demandados cumplan, en forma solidaria, con pagar al accionante, la suma de tres millones quinientos mil soles (S/. 3'500.000,00), por concepto de daños y perjuicios -daño a la persona- derivado de su responsabilidad contractual, más el pago de intereses legales, con expresa condena de costas y costos del proceso; e infundada la demanda en el extremo referido al exceso del monto demandado; y la **revocaron** en el extremo del pago de costos y costas procesales, por parte del Seguro Social de Salud de Pasco, y reformándolo, **dispusieron** el pago de costos y costas procesales, solo a los médicos, José Enrique Argandoña Nieves y Freddy Ronald Virrueta Medina, conforme al argumento de la sentencia, con lo demás que contiene.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Segundo.- En tal sentido, examinados los autos, se advierte que el recurso en mención cumple con los requisitos de admisibilidad, de conformidad con el artículo 387, del Código Procesal Civil. Asimismo, al no haber consentido la entidad recurrente, la sentencia de primera instancia, en cuanto fue adversa, satisface el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 388, inciso 1, del Código Procesal Civil.

Tercero.- El recurso de casación es formal y excepcional, por lo que debe estar redactado con precisión y estricta sujeción a los requisitos que exige la norma procesal civil para su admisibilidad y procedencia, correspondiendo al impugnante puntualizar en cuál de las causales se sustenta, esto es, en la *infracción normativa* o en el *apartamiento inmotivado del precedente judicial*, debiendo asimismo contener una fundamentación clara y pertinente respecto a cada una de las infracciones que se denuncian, demostrando la incidencia directa que tienen sobre la decisión impugnada, siendo responsabilidad del justiciable *-recurrente-* consignar los agravios que invoca a las causales que para dicha finalidad se encuentran taxativamente determinadas en la norma procesal.

Cuarto.- Referente a los demás requisitos de procedencia y en el marco descrito por el artículo 388, incisos 2 y 3, del Código Procesal Civil, se desprende del texto del recurso que éste se sustenta en la siguiente causal: **Infracción normativa de los incisos 3 y 5, del artículo 139, de la Constitución Política del Perú y apartamiento de precedentes judiciales.** Alega que se afectó la observancia del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales, en las instancias de mérito y sustenta que la Sala Superior, en el fundamento “4.3”, sin mayor sustento probatorio y mucho menos, desarrollo normativo, que precise las razones por las cuales le han llevado a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

determinar el monto indemnizatorio, confirmó la sentencia de primera instancia, amparándose, únicamente, en el artículo 1332, del Código Civil; en ese sentido agrega, que el juez, fijó el monto indemnizatorio sin efectuar una “valorización equitativa” conforme exige dicha norma legal, y la Sala Superior, se limitó a reproducir y aplicar de manera arbitraria el monto indemnizatorio, por una suma exorbitante.

Indica que en la Casación N.º 4393-2013-La Libertad, la Corte Suprema, señaló: “Que, en este contexto, el artículo 1332 del Código Civil expresa que el resarcimiento debe fijarlo el Juez *con 'valoración equitativa'*. *El uso de la palabra 'equidad' precisamente denota las dificultades de orden probatorio y la necesidad de atenuar los rigores de la ley probatoria porque su aplicación rígida daría lugar a injusticias. Sin duda dicha valoración no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna a nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada*”.

En ese sentido, refiere que el juez, en los considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo de la sentencia, tan solo hizo mención del daño a la persona y al proyecto de vida del paciente, limitándose a invocar el artículo 1332, del Código Civil, y que la Sala Superior, en el fundamento “4.3” de la sentencia de vista, sólo definió el *quantum* indemnizatorio, a criterio de la magnitud del daño a la persona; sin embargo, ninguna de las instancias de mérito, expresaron las razones valederas, sobre la equidad del monto indemnizatorio, ni tomaron en cuenta que la Corte Suprema, en la sentencia de la Casación N.º 3887-2017-Lima, se ha pronunciado respecto a la indemnización por daños y perjuicios, en un proceso que constituye precedente judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

De igual forma, sustenta que en casos similares al presente, los jueces y magistrados de la Sala Mixta de Pasco, así como los Juzgados Especializados de Lima han fijado, montos menores y razonables, por concepto de indemnización por daños y perjuicios (Expediente N.º 0670-2009-0-2901-JR-CI-02, Expediente N.º 0122-2009-0-2901-JR-CI-01, Expediente N.º 19503-2011 y Expediente N.º 1318-2016, Huancavelica).

Finalmente indica, que conforme se aprecia en el fundamento primero, de la sentencia de vista, la demanda tiene como petitorio, la indemnización por daño a la persona, daño moral y daño a la familia; sin embargo, en el citado artículo, el daño moral es susceptible de resarcimiento, cuando se hubiere irrogado, pues de ello se desprende que, no todo cumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, genera necesariamente daño moral, sino que dicho daño tiene que ser demostrado o acreditado. En efecto, es contradictorio fijar una suma exorbitante, en tanto que no se ha determinado en la probanza del referido daño moral, colisionando ello con lo dispuesto en el artículo 196, del Código Procesal Civil, que requiere una probanza de la parte demandante.

Quinto.- Respecto a las infracciones descritas, debemos precisar que el recurso de casación exige una mínima técnica casacional, la cual no ha sido satisfecha por la parte impugnante, toda vez que la interposición del referido medio impugnatorio, no implica una simple expresión de hechos y dispositivos legales, carentes de una sustentación clara y precisa, que no llegue a razonar y concretar cómo y por qué la resolución recurrida infringe una norma o un precedente judicial. Y es que esta técnica casacional, no se satisface con la mera expresión de hechos, normas legales y mención de sentencias

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

expedidas, por otros órganos jurisdiccionales, como se fundamenta en el presente recurso, sino que se debe argumentar con claridad y precisión la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, que en el presente caso, no se ha cumplido; en tal sentido, se observa que lo que realmente pretende la entidad recurrente, es cuestionar las conclusiones arribadas por la instancia superior, derivadas de la valoración de los elementos fácticos y medios probatorios, lo cual se encuentra proscrito en sede casatoria, pues el examen casatorio, se debe ceñir a una estricta infracción de la disposición materia de denuncia, bien sea esta de naturaleza material o procesal, observándose un recurso que no se condice con la finalidad objetiva del recurso de casación, razón por la cual, deben desestimarse las infracciones denunciadas; más aún, si son los juzgadores los llamados a resolver la causa con independencia, de acuerdo a los artículos 138 y 139, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, así como los llamados a valorar la prueba a tenor del artículo 197, del Código Procesal Civil, pues de conformidad con este dispositivo todos los medios probatorios son valorados por el juez, en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y que sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, lo cual ha cumplido la Sala Superior.

Sexto.- No obstante del argumento señalado, se advierte que la sentencia impugnada, contiene una suficiente motivación, pues, la decisión adoptada proviene de una adecuada valoración de los elementos fácticos y medios de prueba aportados al proceso y del derecho aplicable, Asimismo, se verifica que la Sala Superior, luego de evaluar la sentencia de primera instancia, concluyó en el considerando “4.2”, que se ha razonado y motivado, objetivamente, los presupuestos que contiene la responsabilidad civil (daño, antijuricidad, nexo causal y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

factores de atribución), los cuales han sido acreditados con los documentos existentes, y con los exámenes médicos practicados posteriormente al menor agraviado, se confirmó la culpa inexcusable de los médicos demandados, José Enrique Argandoña Nieves y Freddy Ronald Virrueta Medina, quienes han generado un daño irreversible en el menor agraviado, FPPF, asimismo está acreditada la responsabilidad solidaria, del Hospital de EsSalud-Pasco, quien responde por el actuar negligente de los terceros a su cargo; y en el considerado “4.3”, la Sala Superior, indicó que la magnitud del daño a la persona, causado por la culpa inexcusable de los demandados, resulta coherente con el monto señalado en la sentencia.

De otro lado, si bien, la Sala Superior no desarrolló exhaustivamente, los presupuestos de la responsabilidad civil, arriba mencionados, sin embargo, tuvo en cuenta que éstos fueron desarrollados por el *A quo*, siendo así, los argumentos de la parte recurrente, respecto a que la Sala Superior confirmó la sentencia de primera instancia, amparándose únicamente en el artículo 1332, del Código Civil, carecen de asidero, más aún, si este Tribunal Supremo, aprecia que el *A quo*, analizó y desarrolló, correctamente, la concurrencia de dichos presupuestos, por tanto, con el fin de tenerlos en cuenta, corresponde que éstos sean reproducidos, respecto al **daño**, en el sétimo considerando, señaló: *“De acuerdo a los hechos expuestos en la demanda, valorado el historial clínico del menor FPPF (de los hospitales Red Asistencial Salud-Pasco, Hospital San Juan de Dios, Red Asistencial Rebagliati y el certificado médico legal), en autos se encuentra acreditado que el menor sufrió daño biológico y daño a su salud (daño psicosomático), por una mala intervención quirúrgica por parte de los médicos demandados, José Enrique Argandoña Nieves (médico cirujano) y Freddy Ronald Virrueta Medina (médico anestesiólogo), el 11 de setiembre del 2009, cuando el*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

menor tenía seis (06) meses de nacido, ingresando a sala de operaciones con un diagnóstico de 'hernia inguinal bilateral, apendectomía y circuncisión por fimosis' (según historia clínica del Hospital EsSalud-Pasco, recogida también en el certificado médico legal de fojas trescientos sesenta y cuatro), con una duración de la operación de más de tres horas aproximadamente, (de 10:00 a.m. hasta las 13:30 p.m.); sin despertarse de la anestesia al término de la cirugía y presentando en la sala de operaciones 'distrés respiratorio marcado y dificultad para despertarse de post anestesia' (nos detendremos más adelante). Luego de la intervención quirúrgica el menor presentó 'daño neurológico irreversible, con déficit del desarrollo psicomotor y con diagnóstico definitivo de encefalopatía hipóxica isquémica post paro cardiorespiratorio y síndrome convulsivo' (...)" (cursiva agregada). Asimismo, en el noveno considerando, refirió: *"[...] Daño psicossomático acreditado en autos, tanto el daño lesión - biológico- en el sistema neurológico del menor, al momento de la intervención quirúrgica, de carácter irreversible, así como el daño a su salud como consecuencia del daño lesión, que corresponde al déficit del desarrollo psicomotor y con diagnóstico definitivo de encefalopatía hipóxica isquémica post paro cardiorespiratorio y síndrome convulsivo"* (cursiva agregada). Además, en el décimo considerando, señaló: *"[...] El menor FPPF, no puede ni podrá decidir por sí mismo; y en su expresión objetiva o fenoménica, referido al ejercicio de la libertad en la vida social, en lo que se suele designar como 'el libre desarrollo de la personalidad', es lo que se llama 'daño al proyecto de vida', esto es, al rumbo o destino que la persona quiere darle a su vida derivado de una previa valoración, tenemos que, siendo el estado actual del menor (9 años de edad), el de sufrir daño neurológico irreversible, con déficit de desarrollo psicomotor, esto le impide e impedirá (daño continuado) un*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

desarrollo de su personalidad, dañando toda su capacidad de decisión en cualquier circunstancia y más aún de su propio destino, lo que se verifica de la historia clínica del Seguro Social de Salud-Pasco, así como del certificado médico legal, éste daño invocado se encuentra acreditado en autos” (cursiva agregada).

Referente a la **antijuricidad**, el juez, refirió en el duodécimo considerando, que: “[...] *Los médicos demandados no han cumplido con su obligación de prestar un servicio de salud dentro de los estándares profesionales e institucionales, haciéndolo de manera tan defectuosa e irregular al intervenir quirúrgicamente al paciente, que como resultado de dicha intervención, el menor FPPF, sufrió daño cerebral irreversible, que le impidió su desarrollo psicomotor, el movimiento de sus extremidades, convulsiones y lo ha dejado postrado en cama (estado vegetal). En términos médicos presenta encefalopatía hipóxica isquémica post paro cardiorespiratorio y síndrome convulsivo (...). La Encefalopatía isquémica es el síndrome producido por el desequilibrio entre la disminución del aporte de oxígeno y del flujo sanguíneo cerebral [...].*”

En relación al **factor de atribución**, el juez, analizó este elemento a partir del décimo tercer considerando y en el décimo octavo considerando, refirió: “*Entonces, una intervención quirúrgica de un bebé de seis (06) meses, por un tiempo prolongado de más de tres (03) horas en ayunas, para realizarle tres (03) cirugías al mismo tiempo, sin ninguna preparación pre operatorio, pues no se contó ni con examen de anestesiología (fojas cuarenta), el que recién se obtuvo después de la operación en horas de la tarde del día 11 de setiembre del 2009 (15:00 hs.), cuando la operación se realizó en horario de la mañana (10:00 a.m.-1:30 p.m.); y en condiciones delicadas del menor según*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 5710-2018
PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

indicaciones de ASA II/II en dicha evaluación anestesiológica, por problema en el pulmón (cuadro de neumonía no diagnosticada: ésta según análisis de médico legista, en certificado médico legal); así como la presencia de anemia -no considerada- en el menor, pero ni siquiera esperar los resultados del análisis de sangre, que recién se obtuvo el 12 de setiembre del 2009, un día después de la operación, arrojando 9.9 gr/dl cuando en el momento que se evaluó, 11 de setiembre del 2009, fecha en que se solicitó el análisis, fecha de la operación, en horas de la tarde cuando la cirugía ya había terminado, 14:23 hrs., según se acredita con el resultado de fojas veintisiete. Entonces, en la peor de las negligencias médicas, se intervino quirúrgicamente al menor sin siquiera contar con el análisis de sangre ni preparación pre operatoria, ni con los demás exámenes auxiliares, indicados en la evaluación anestesiológica, como el examen de glucosa, que recién se hizo después de la operación, que acredita la GRAVE NEGLIGENCIA-CULPA INEXCUSABLE- de los demandados, en su condición de médico cirujano, José Enrique Argandoña Nieves, quien tomó la decisión de operar bajo estas condiciones; y Freddy Ronald Virrueta Medina, médico anesthesiólogo, quien negligentemente aplicó anestesia en el menor sin una evaluación preanestésica contando con los exámenes médicos completos que permitan establecer el riesgo de ésta, así como para seleccionar los agentes anestésicos y su administración” (cursiva agregada).

Finalmente el juez, en el décimo noveno considerando, analizó la **relación de causalidad o nexo causal**, señalando: “El menor FPPFs, antes de la operación se hallaba neurológicamente normal, en su desarrollo psicomotor como lo comprueba la epicrisis del recién nacido del Hospital II Pasco y el informe del Jefe de la posta médica de Paucartambo, prueba de test de desarrollo psicomotor. Sin embargo, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

actuación negligente en el cumplimiento defectuoso de las obligaciones médicas de los demandados, al omitir análisis y exámenes básicos pre operatorios del menor que hubieran advertido de la neumonía y anemia que padecía, tener en cuenta su glucosa y el ASA II/II, así como actuar de manera indiferente a la edad del menor (6 meses) para exigirle soportar una prolongada operación en ayunas con tres cirugías a la vez: hernioplastía inguinal derecha e izquierda, apendicetomía y circuncisión por fimosis, sin las condiciones básicas ya advertidas en el examen anestesiológico para evitar hipotermia, resultan ser CAUSA DIRECTA en el cuadro que presentó el menor al momento de su intervención 'acidosis metabólica descompensada por probable hipoglicemia e hipotermia (hemoglobina 8.6 gr/dl: antes de la operación la hemoglobina era de 10.3 gr/dl y en el reporte operatorio tampoco está consignada cuánta fue la pérdida de sangre) (...) también en relación al ayuno prolongado, causando hipoglicemia y junto con la anemia, y la hipoxemia por la neumonía no diagnosticada, causaron la falta de nutrientes y oxígeno en el cerebro del paciente que causaron un déficit neurológico irreversible al cerebro, lo que se conoce como la encefalopatía hipoxica isquémica (...) debe tomarse en cuenta - también- el diagnóstico definitivo consignado por los facultativos del Hospital Almenara: Encefalopatía hipoxica isquémica post paro cardiorespiratorio y síndrome convulsivo (...) (Certificado médico legal punto 4)".

Sétimo.- Asimismo entre los argumentos alegados, por la entidad recurrente, de que se fijó un monto indemnizatorio exorbitante, sin efectuar una "valoración equitativa" y sin tomar en cuenta que en casos similares, tanto la Sala Mixta de Pasco, como los Juzgados Especializados de Lima, han fijado montos menores y razonables, al respecto, debemos precisar que el carácter de precedente judicial, ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

sido atribuido en el Código Procesal Civil, únicamente a las resoluciones adoptadas de conformidad con el artículo 400 del Código citado, esto es, en Pleno Casatorio; en tal sentido, la sentencia recaída en la Casación N.º 4393-2013-La Libertad, y en los Expedientes N.º 0670-2009-0-2901-JR-CI-02, N.º 0122-2009-0-2901-JR-CI-01. N.º 19503-2011; y N.º 1318-2016-Huancavelica, cuyo apartamientos, denuncia la entidad recurrente, no se encuentran dentro de esos alcances, puesto que no han sido expedidos, conforme a los requisitos establecidos en la citada norma procesal; de ahí que no sea posible denunciar el apartamiento inmotivado. Por consiguiente, tal alegación debe desestimarse.

Octavo.- De otro lado, respecto al argumento alegado, que “ninguna de las instancias de mérito expresaron las razones valederas sobre la equidad del monto indemnizatorio”, cabe precisar que nuestro sistema normativo de responsabilidad civil, al amparo del artículo 1332, del Código Civil, permite, en aplicación del principio de equidad, establecer un monto equitativo estimado. Dada la inexistencia de métodos de cuantificación precisos y rigurosos, que permitan establecer el daño moral, daño a la persona, al proyecto de vida, etc; lo que sí se puede probar y cuantificar en los casos del daño por lucro cesante o daño emergente. El principio integrador de la equidad, es pues un medio o parámetro que puede ser empleado para la resolución de casos concretos en la aplicación e interpretación de las normas y se refiere a la justicia en cada caso concreto. Por consiguiente, tal alegación debe desestimarse.

Noveno.- Esta Sala Suprema, considera pertinente señalar, que no es indiferente a las críticas, en torno a la predictibilidad de las decisiones emitidas por el Poder Judicial, respecto de los montos indemnizatorios, pero dicha situación se debe a diferentes factores y exige un esfuerzo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

conjunto e integral, así se tienen factores de orden jurídico sustantivo, modificaciones al Código Civil, a fin de precisar conceptos relativos al: daño patrimonial y extra patrimonial, daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño a la persona, daño al proyecto de vida, responsabilidad civil contractual y extracontractual, responsabilidad de profesionales, daños ambientales, etc.; igualmente, en el ámbito procesal, la introducción de un sistema tarifado, cuando el daño es cuantificable y el diseño de medidas cautelares oportunas y eficaces, que atiendan rápidamente las necesidades del justiciable perjudicado y aseguren el resultado del proceso incoado; todo ello, exige un esfuerzo conjunto e integral, desde las Universidades y Colegios de Abogados, para formar profesionales bien informados, especializados en esta materia, a fin de que en sus escritos de demanda, puntualmente, en sus petitorios, señalen con precisión, sus pretensiones procesales, el tipo de responsabilidad, tipo de daño y que sus medios probatorios estén destinados a probar, puntualmente, los hechos que sustentan su pretensión y el monto indemnizatorio que se pretende; así como de las entidades del sector de salud, en el sector público (en este caso), como son los hospitales, clínicas, etc. cuya razón de ser es velar por la recuperación de la salud y en la última instancia, la defensa de la vida humana.

En nuestra realidad jurídica actual, tenemos demandas con un significativo porcentaje que solo postulan indemnización por daños y perjuicios y no precisan si ello constituye un daño emergente, daño moral o es lucro cesante; otras también, en considerable porcentaje, demandan montos ínfimos o montos exorbitantes, sin justificación y material probatorio que las sustenten, de igual forma, en un altísimo porcentaje, llega a este Supremo Tribunal, pese a que se ha señalado montos irrisorios, sólo la parte demandada recurre en casación, en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

consecuencia, por el principio procesal de prohibición de reforma en peor, no se puede incrementar los montos. En el presente caso, consideramos que las instancias de mérito han valorado las pruebas aportadas al proceso y motivaron de manera suficiente las decisiones adoptadas, adecuando su accionar a lo que algunos académicos nacionales señalan, que: “la valoración en la indemnización de daño a la persona y daño moral, debe hacerse dando respuesta a dos necesidades básicas del sistema jurídico: a) una de tipo individual, a favor de la víctima; y, b) una de interés colectivo, que consiste en la predictibilidad de los fallos, a través de la homogeneidad de criterios judiciales.

Esta Sala Suprema, considera que, en el presente caso, resulta necesario, establecer el pago de una indemnización, más justa para la víctima, que esté más acorde al daño sufrido, cumpliendo con el principio de reparación integral, que se traduce en colocar materialmente a la víctima en la misma (o similar) situación en la que se encontraría de no haber sufrido el daño, pues no otorgar una indemnización justa y adecuada a la víctima, propiciaría que continúe la inestabilidad surgida del daño ocasionado. Es decir, existiendo un acto ilegítimo, nexo causal y daño, resulta justo y adecuado brindar una indemnización a la víctima, para equilibrar, en lo posible, el daño sufrido. Sin duda, no se logrará restablecer la situación anterior al daño, pero propiciará un ambiente necesario, para que la víctima pueda atenuar, en algo, el perjuicio en su contra, que servirá también, para retomar la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia.

En el caso concreto, se tiene que el menor, FPPF, sufrió un daño cerebral irreversible, que impide su desarrollo psicomotor, el movimiento de sus extremidades y lo ha dejado postrado en cama

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

(estado vegetal). En términos médicos, presenta encefalopatía hipóxica isquémica post paro cardiorespiratorio y síndrome convulsivo, producto de una grave negligencia -culpa inexcusable- de los demandados, José Enrique Argandoña Nieves (médico cirujano), quien tomó la decisión de operar y Freddy Ronald Virrueta Medina (médico anesthesiólogo). Razón por la cual, este Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el juicio de razonabilidad, así como los criterios de verificación de la gravedad objetiva del menoscabo, duración de la incapacidad, edad de la víctima y el proyecto de vida¹, la condición de la víctima, la aflicción de sus progenitores, la extensión temporal del perjuicio, la duración del proceso judicial y aplicando las máximas de experiencia², estima, que el monto de tres millones quinientos mil soles (S/. 3'500,000.00) por concepto de indemnización por daños y perjuicios, daño a la persona, derivado de la responsabilidad contractual, no es exorbitante, sino, es equitativo, debido a que el menor agraviado, FPPF, -quien en la actualidad tiene más de nueve años de edad- se encuentra postrado en cama, en estado vegetal, esto es, desde los seis meses de edad, toda vez, que el once de setiembre de dos mil nueve, fue intervenido quirúrgicamente, en el Hospital II-EsSalud de Pasco, en donde se le ocasionó un daño cerebral irreversible, y desde esa fecha viene

¹ Hay que precisar que, conceptualmente, el daño al proyecto de vida no se confunde con el daño moral, tanto porque no es un daño transitorio, como porque exige la existencia de una preferencia personal evidenciada, esto es, "no refiere a angustias, aflicciones, sufrimientos o dolores, sino a la posibilidad de ser en la vida aquel que uno se ha propuesto ser y que, además, podía razonablemente ser, si el daño no ocurría". La noción de "daño al proyecto de vida" fue forjada por Carlos Fernández Sessarego y aparece ya bosquejada, en el estudio publicado en el Tomo IV de la Exposición de Motivos al Código Civil de 1984, el mismo que fue incorporado en la quinta edición del libro Derecho de las Personas, de Carlos Fernández Sessarego. Aparece también en la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Civil, organizado por la Universidad de Lima y celebrada entre el 09 y el 11 de agosto de 1985. En esta ponencia, se conceptuaba el daño a la persona, como aquel que agrede la dignidad misma de la persona humana, agregando que "en su más honda acepción, es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación". El ejemplo típico, dice Fernández Sessarego, es el del orfebre o artesano ceramista, que por un hecho dañino a cargo de un tercero, pierde los dedos de la mano derecha que le sirven para trabajar, truncándose así su vocación, lo que constituye su raigal existencia. En síntesis, el "daño al proyecto de vida" fue conceptualizado como aquel contenido en la noción de "daño a la persona" que ocasiona: (i) un colapso de tal magnitud que anula la capacidad de decisión; y (ii) un daño que incide decisivamente en la posibilidad de realizar una decisión libre, de desplegar los aspectos de la personalidad". Tal daño puede originar la frustración total del proyecto existencial, un menoscabo que dañe parcialmente el proyecto, aunque éste puede ser continuado de otra manera o el retardo en su ejecución.

² Ledesma Narváez, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. "Las máximas de experiencia integran junto con los principios de la lógica las reglas de la sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar o valorar la prueba, tratándose de principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad de posibilidad y realidad", p. 561.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

dependiendo, completamente, de sus padres, porque no puede ejercer con normalidad su personalidad, es decir, se le ocasionó un daño irreparable a su proyecto de vida y con ello también se generó un daño familiar, porque sus padres padecen una aflicción constante, al ver a su hijo en ese estado.

Asimismo, se tiene en consideración, que la demanda de indemnización por daño a la persona (proyecto de vida), daño moral y daño a la familia, fue interpuesta por los padres del citado menor, el cinco de agosto de dos mil once, es decir, han transcurrido casi ocho años, desde que los padres afectados, vienen efectuando gastos en las atenciones para su menor hijo y gastos derivados del proceso judicial, pudiéndose colegir la devastación existente en los demandantes, así como su situación económica, pues por máxima de experiencia, es posible concluir, que cualquier persona, en las condiciones acreditadas en el proceso (estado vegetal de su hijo menor) se verá perturbada en su ánimo, ocasionándole una situación adversa, sufrimiento, pena, aflicción inevitable y angustia, no solo por ver a su hijo en ese estado, sino, a la espera de que se ampare su demanda de indemnización, para que los demandados cumplan con pagar una suma, acorde con los daños ocasionados y puedan dar al menor agraviado una mejor calidad de vida en lo posible. Por tanto, la suma otorgada a los demandantes, resulta razonable y proporcional con el daño irreversible ocasionado, más aún, si se tiene en cuenta el principio del interés superior del niño y el derecho a un plazo razonable del proceso. En consecuencia, las infracciones alegadas, por la entidad recurrente, deben ser desestimadas.

Décimo.- A mayor abundamiento, es preciso resaltar que las decisiones jurisdiccionales como la impugnada, que están poniendo fin,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

después de muchos años de batalla judicial a una dramática controversia impulsada por los padres del menor, que quedó en el luctuoso estado ya descrito, no solo dan contenido a los fines del proceso, previsto en el artículo III, del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Civil, que establece que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia; sino también dan contenido al principio constitucional recogido en el artículo 1, de la Constitución Política del Perú, que reconoce la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Décimo primero.- Finalmente en lo concerniente a la exigencia contenida en el inciso 4, del artículo 388, del Código Procesal Civil, la entidad recurrente cumple con indicar su pedido casatorio, sin embargo, ello no es suficiente para atender el recurso materia de calificación, toda vez que los requisitos de procedencia de este medio impugnatorio, son concurrentes, conforme prescribe el artículo 392, del Código Procesal Civil.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo previsto por el artículo 392, del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N.º 29364, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, **Seguro Social de Salud-EsSalud**, de fecha once de octubre de dos mil dieciocho, obrante a fojas mil treinta y ocho, contra la sentencia de vista, de fecha trece de setiembre de dos mil dieciocho, obrante a fojas novecientos veintinueve; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por FCFP y otro, contra José Enrique Argandoña Nieves y otro, sobre

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N.º 5710-2018

PASCO

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

indemnización por daños y perjuicios; y *los devolvieron*. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Ordóñez Alcántara**.

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

HURTADO REYES

SALAZAR LIZÁRRAGA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

ARRIOLA ESPINO

Vpa/Mam.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA TERCERA SALA CIVIL

EXP N° 51099-2005-0-1801-JR-CI-19

(Ref. Exp. Sala N° 00463-2017-0)

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, siete de junio
de dos mil diecisiete

VISTOS

Interviene como ponente el señor Juez Superior **Solís Macedo**

MATERIA DEL RECURSO

Viene en apelación la Sentencia contenida en la Resolución N° 104, de fecha 31 de mayo de 2016 (fs. 1382 a 1398), corregida por Resolución N° 105 (fs. 1403), que declara fundada en parte la demanda; en consecuencia, ordena que el Seguro social de Salud – Essalud, Félix Leoncio Wong Chong y Juan Carlos Ugarelli Navarro, cumplan con pagar en forma solidaria a la demandante, NCCT, por todo concepto indemnizatorio, la suma de S/. 142,800.00 nuevos soles, más el pago de intereses legales, con costas y costos; exonerándose del pago de costos y costas al Seguro Social de Salud.

DESCRIPCIÓN DE LOS AGRAVIOS

Seguro Social de Salud – ESSALUD (en adelante, Essalud), interpone recurso de apelación (fs. 1417 a 1422), señalando, los siguientes agravios:

1. El razonamiento contenido en la Resolución apelada relacionada al daño emergente y al lucro cesante, es contrario a lo establecido en el artículo 1331° del Código Civil y 196° del Código Procesal Civil, pues cuando los daños se encuentran probados resulta aplicable la valoración equitativa prevista en el artículo 1332 del Código Civil, en ese sentido, pese que el Juez reconoce que no se encuentra probado el daño emergente y el lucro cesante ha procedido a cuantificarlos, inaplicando normas imperativas.
2. Respecto al daño moral, no se ha tomado en consideración que cuando ocurrieron los hechos la demandante contaba con 46 años de edad, sin haber tenido hijos y con un cuadro clínico de sus órganos reproductivos que se volcaban en imposible embarazo, aunado a su negativa de ser madre, voluntad que se corrobora con su edad, lo que no puede ser imputado a Essalud.
3. El A-quo confunde el daño a la persona con el daño moral, como si se tratase sólo de daño moral, incurriendo en un vicio de motivación interna.
4. Se le condena al pago de costas y costos del proceso, sin tener en consideración que con arreglo al artículo 47° de la constitución Política , la Ley N° 27231, que modifica el artículo

24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 413° del Código Procesal Civil, se encuentra exento de la condena de costas y costos.

Juan Carlos Ugarelli Navarro (en adelante, el demandado y/o Ugarelli y/o el médico residente), interpone recurso de apelación (fs. 1434 a 1445), señalando, los siguientes agravios:

1. La Resolución apelada contiene una motivación aparente, al no exponer los fundamentos de su contestación de la demanda, perjudicando su derecho al no observarse el principio de igualdad, pues no se ha tenido en cuenta que cuando ocurrieron los hechos tenía la condición de médico residente o de entrenamiento, R-3 de ginecología y obstetricia en el Hospital II Angamos de Essalud, quien por su condición de practicante no tiene responsabilidad administrativa alguna, conforme señala el reglamento y normas de residentado médico, menos culpa leve.
2. No ha sido el médico cirujano tratante que atendió y decidió la intervención quirúrgica de la demandante, por ello no se le debe imputar ninguna responsabilidad, tampoco ha intervenido en la operación, lo que significa que no tiene ninguna relación material de causalidad que conlleve a la culpa leve.
3. Resulta de aplicación el artículo 1972° del Código Civil que precisa que no hay obligación de reparar cuando el daño fue consecuencia de la imprudencia temeraria de quien padece el daño, pues de la historia clínica se advierte, que la demandante fue internada el 03 de febrero de 2003 y el 08 de febrero de 2003 fue dada de alta por el doctor Sánchez, para que regrese a continuar sus controles, sin embargo la demandante nunca regresó, lo revela el actuar temerario e imprudente de la demandante; en ese contexto no resulta aplicable el artículo 1321° del Código Civil.

Félix Wong Chong (en adelante, el demandado y/o el médico Wong y/o el médico cirujano), interpone recurso de apelación (fs. 1458 a 1465), señalando, los siguientes agravios:

1. No se ha tomado en cuenta su contestación a la demanda que fundamenta porque se extrajo el anexo izquierdo, el cual se basó en estudios de anatomía patológica N° 0024665, por tanto no es cierto que haya existido una indebida extirpación, la cual se sustenta en el informe pericial del urólogo Nuñez Chávez que ginecológicamente concluye que se extirpó un órgano sano dejando el enfermo, sin sustento técnico.
2. La lesión uretral es más factible que haya ocurrido durante la segunda intervención, como así ha señalado el perito urólogo, por el contrario, el perito ginecólogo Roger Pacheco Carranza incide que “lo más probable es que la ligadura de uréter se haya realizado en la segunda intervención.”
3. Con la intervención quirúrgica se logró los objetivos indicados en las órdenes y el consentimiento firmado por la demandante en el que no se establece que necesariamente se debería retirar el anexo derecho.

4. No tiene la obligación de pagar indemnización por daños y perjuicios que no ha causado porque ha ejecutado sus obligaciones, al cumplir con los protocolos a fin de decidir lo conveniente en el ejercicio de su función, en ese sentido su conducta no se encuentra enmarcado en el 1321° del Código Civil.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Conforme se aprecia del escrito de demanda (fs. 187 a 208), **NCCT** (en adelante la demandante) tiene como pretensión que Essalud, Félix Wong Chong y Juan Carlos Ugarelli Navarro, cumplan con pagarle solidariamente la suma de US\$ 200,000.00 Dólares Americanos (US\$ 120,000.00 por daño emergente; US\$ 50,000.00 por lucro cesante; y US\$ 30,000.00 por daño moral), más intereses legales, como indemnización por los daños y perjuicios que le habrían ocasionado como consecuencia de la intervención quirúrgica donde se le practicó indebidamente una histerectomía abdominal (extracción del útero, trompa y ovario izquierdo) y, no el derecho, conforme estaba programado quirúrgicamente.

Señala que como parte de un examen médico a causa de intensos dolores en la fosa iliaca derecha, fue diagnosticada de Hidrosalpinx en el anexo derecho (colección líquida en la trompa derecha) y debía ser operada, por tal motivo concurrió al Hospital Il Angamos de Essalud, donde fue atendida el 29 de octubre del 2002 por el demandado, médico ginecólogo Félix Wong Chong, efectuado los análisis del caso, tomando en cuenta el informe de la ecografía transvaginal, obrante en la Historia Clínica, determinó que la demandante padecía de **miomatosis uterina** y de **hidrosalpinx derecho**, por lo que debía extraérsele el útero al tener dos miomas subserosos (sin ser informada que los miomas estaban fuera del útero), al mismo tiempo se le realizaría una Salpingooforectomía derecha, manteniéndose el anexo izquierdo por la imposibilidad de tomar hormonas, siendo el demandado Wong, como médico tratante que le recomendó una intervención quirúrgica, la misma que se realizó el **07 de enero de 2003**.

Los demandados, médicos Wong y Ugarelli, le practicaron una Histerectomía Abdominal, donde se le extirpó el útero, y supuestamente una Salpingooforectomía derecha (extracción de trompa y ovario derecho). Luego de dicha operación, continuó con dolores en el anexo derecho, irradiado a la zona lumbar y con descenso vaginal, color chocolate, ante ello llamó al médico Wong, quien le señaló que los síntomas eran parte de un cuadro nervioso que padecía y que no debía preocuparse, pese a ello, los dolores permanecieron, agravándose al punto de ser llevada de emergencia al Hospital el 27 de enero de 2003, donde el médico Ugarelli, ordenó exámenes y ecografía transvaginal, apreciando ausencia de útero y ovario izquierdo por antecedente quirúrgico, (es decir, en la intervención quirúrgica sometida, le

habían retirado indebidamente el útero, trompa y ovario izquierdo), presentando un cuadro de *quiste vs colección líquida anaxial derecha*, y una Infección urinaria, señala que no fue informada de los resultados de los exámenes auxiliares, ya que con ellos se acredita la indebida extirpación de órganos, lo que demuestra una conducta encubridora del médico Ugarelli a favor de su colega el médico Wong por mala praxis operatoria, al no indicarle la formación de un quiste que se reabsorbería por sí solo, recetándole Ampollas de Gentamicina (80 mg) y Metronidazol (500 mg).

Al continuar los dolores en el anexo derecho, con fecha 29 de enero 2003 se le recetó Ibuprofeno (400 mg) y Clindamicina (300 mg), posteriormente el **03 de febrero 2003** acudió a emergencia donde fue atendida por los doctores Manuel Caballero y Víctor Talavera, advirtiéndole al médico Wong de su presencia, éste ordenó una nueva prueba transvaginal, al retornar con dicha examen, fue atendida por el doctor Fernando Ramírez Castro, quien ordenó se le realice una **Laparoscopia**, que arrojó como resultado que aún tenía el *hidrosalping derecho* y síndrome de adherencias que cubrían totalmente el ovario, decidiendo abrir nuevamente la cicatriz anterior, siendo intervenida quirúrgicamente el **04 de febrero del 2003** donde se le retiró la trompa y el ovario derecho; posteriormente ante quejas interpuestas contra el personal que le intervino y auditorias médicas, quedó demostrado que se le había extraído indebidamente el anexo (útero, trompa y ovario izquierdo) y, no el derecho, conforme estaba programado quirúrgicamente; luego de ser dada de alta el 08 de febrero del 2003 y debido a la fiebre y dolor abdominal con fecha **09 de febrero del 2003**, fue trasladada de emergencia y en ambulancia al Hospital Naval donde quedó internada, luego de la Junta Médica del **11 de febrero del 2003**, y de ser examinada con la Urografía Excretora y Pielografía Ascendente realizada en el día anterior, *se determinó que la infección que padecía era producida por la doble ligadura del uréter derecho ocurrida en una de las dos operaciones anteriores*, sometiéndose a una **tercera cirugía** el **12 de febrero del 2003**, para recanalizar el uréter derecho con un catéter doble, en una segunda Junta de Médicos, de fecha 22 de mayo del 2003, los médicos Julio Pow Sang (Urólogo) y Raúl Romero Torres (Nefrólogo) determinaron la existencia de una doble ligadura de uréter derecho causada en la primera operación, en la histerectomía y no en la segunda intervención, luego de constantes infecciones crónicas en la vía urinaria, del retardo en la fase excretora del riñón derecho y problemas genitourinarias, en la tercera Junta Médica de fecha 17 de junio del 2003, se determinó la extracción del catéter y la realización de controles mensuales, mediante ecografías y urografías para ver su evolución, siendo sometida a una **cuarta intervención** quirúrgica por el doctor Jorge Paredes en abril del 2004, en la que se le extrae las adherencias y la apéndice; y luego a una **quinta intervención** en el mes de noviembre del 2004, por el doctor Luis Chang,

extirpándosele la vesícula por tener un pólipo donde se le cortó un poco el ombligo por tener adherencias a consecuencia de la Laparoscopia sometida; todo que a raíz de la primera intervención quirúrgica, llevada en forma negligente y dañosa que le provocó alteraciones en su salud con infecciones urinarias, presencia del hongo *Candida albicans* tanto en la orina como en la vagina, problemas gastrointestinales, colon irritable y alteración en motilidad intestinal, seria afección en el riñón derecho y problema mamario; que, según los informes médicos obrantes en la historia clínica, acreditan los hechos señalados.

Juan Carlos Ugarelli Navarro contesta la demanda (fs. 218 a 223 y 314), aduciendo que la pretensión es extramatrimonial por tal motivo a la fecha de interposición de la demanda se habría vencido en exceso el plazo de prescripción. Asimismo, sostiene que no tiene ningún tipo de responsabilidad por cuanto cuando ocurrieron los hechos tenía la condición de médico residente R3 de Ginecología y Obstetricia en el Hospital II Angamos de Essalud, y que no ha tenido ninguna intervención directa o indirecta con la demandante, ni como médico tratante, por tanto no tiene responsabilidad sobre los hechos demandados en la demanda.

Essalud al contestar la demanda (fs. 241 a 252), sostiene que la extirpación de la trompa y el ovario derecho obedeció a una nueva evaluación médica que resultaba necesario ante el deficiente estado de salud de la demandante, en el informe defensorial señalado por la demandante se ha cuestionado únicamente que en la historia clínica no se hubiera registrado la razón de dicha intervención, lo que es explicado por el medido Wong, por ello no se ha concluido que haya ocurrido impericia o negligencia en el manejo operatorio, sino únicamente la existencia de registros incompletos que ya fue superado. La demandante antes de su intervención quirúrgica fue informada que sería objeto de una histerectomía, a quien Lugo se le programó un tratamiento post-operatorio que no asistió.

Felix Leoncio Wong Chong contesta la demanda (ffs. 296 a 306), señalando que a la demandante se le programó la intervención quirúrgica para el 07 de enero de 2003 a fin de efectuarle una histerectomía con el consentimiento informado de la demandante, por tal motivo se solicita la Sala de Operaciones por extirpación de útero por tumores benignos y el retiro de trompa, sin precisar que anexo dado que de los exámenes preliminares no parecía molestias en el lado derecho, en ese sentido la extirpación que se produce como consecuencia de los resultados hechos a la demandante.

Tramitado el proceso con regularidad, el Juzgado con fecha 31 de mayo de 2016, emite Sentencia (ver Res. N° 104 de fs. 1382, corregida por Res. N° 105, fs. 1403), declarando fundada en parte la demanda. Dicha sentencia, es apelada y origina el presente grado.

SEGUNDO: Base legal del Código Civil aplicable al caso de Autos.

- “Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (...).”
- Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
- Artículo 1330.- La prueba del dolo o la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Base legal en la Ley N° 26842 aplicable al caso de Autos:

- **Artículo 15.-** *Toda persona tiene derecho a lo siguiente: 15.1 Acceso a los servicios de salud (...).
e) A obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, conservar o restablecer su salud, según lo requiera la salud del usuario, garantizando su acceso en forma oportuna y equitativa.
(...).*
- **Artículo 36.-** *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.*
- **Artículo 48.-** *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 ofrece.*

TERCERO: Marco doctrinario en el caso de autos.

Para fines de establecer el marco jurídico respectivo, es necesario recordar que existen dos clases de responsabilidad civil, la responsabilidad por inejecución de obligaciones, más conocida como responsabilidad contractual y, la responsabilidad aquiliana o extracontractual. La primera, está regulada por el artículo 1314° y siguientes del Código Civil, mientras que la segunda, está regulada por el artículo 1969° y siguientes. Enseña Leysser León¹, que en el primer caso, se trata de una situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir ante la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación comprometida. Mientras que el segundo, se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles,

¹ León, Leysser L., La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Editorial Normas Legales, Lima, 2004.

lesivos de los intereses de las personas y, más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas erga omnes por el ordenamiento jurídico.

Añade el referido autor, que en el Código Civil se presentan las siguientes diferencias:

- a. El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad extracontractual (artículo 2001 incisos 1 y 4).
- b. *En cuanto a la prueba*, existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (art. 1329); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (art. 1330°). En la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor (art. 1969).
- c. En el incumplimiento, se resarcen, como regla general, los daños que sean consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (art. 1321). En la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales, por decisión del legislador, son los de la teoría de la “causalidad adecuada” (art. 1985°).
- d. En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y, el daño moral (arts. 1321° y 1322°). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (art. 1985°).
- e. En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (art. 1985°).

Sobre el particular, Díez-Picazo señala que la primera, supone la trasgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato; mientras que la segunda, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo a los demás².

CUARTO: Respecto si estamos frente a una responsabilidad contractual o extracontractual, debe tenerse presente que la demandante a la fecha de ocurrido los hechos objeto del proceso, tenía la condición de asegurada de Essalud desde el 11 de diciembre de 2001, conforme se aprecia de la ficha de Registro de Afiliación (fs. 02), consecuentemente, se puede colegir la existencia de una responsabilidad de tipo contractual derivado del incumplimiento de obligaciones nacidas con motivo de la afiliación a ESSALUD.

² Díez-PICAZO, Luis, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Barcelona, Tecnos, séptima ed., 1978, pág. 591.

Por otro lado, debemos señalar que el daño es definido como el menoscabo que sufre una persona dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, es la razón por la que quien lo sufre debe ser reparado o indemnizado por quien se lo ocasionó; en ese sentido, en principio, todo daño debe ser cierto y probado y, además, probado el monto del daño, salvo que aquellos casos donde el Juez recurra a una valorización equitativa autorizada por el artículo 1332 del Código Civil.

QUINTO: ANÁLISIS DEL CASO:

Establecidos los antecedentes del caso, la base legal y, el marco doctrinario respectivo, corresponde determinar si los codemandados han causado daño a la parte demandante producto de la intervención quirúrgica practicada el 07 de enero de 2003 y, además, corresponde determinar la cuantificación del daño.

Entonces, corresponde determinar:

- i. Si la operación estuvo programada para la extirpación del útero, trompa y ovario derecho.
- ii. Si la extracción de la trompa y ovario **izquierdo** fue indebida y, por tanto, causó daños a la demandante.
- iii. Si la ligadura de uréter derecho se debió a la primera operación practicada a la demandante (07 de enero de 2003) o, a la segunda operación (04/02/03).
- iv. Si como consecuencia de la segunda operación practicada a la demandante el 07 de enero de 2003, su salud se ha visto mermada.

SEXTO: Respecto al hecho referido en el punto i) del quinto considerando de la presente Resolución, relacionada a si la operación estuvo programada para la extirpación del útero, trompa y ovario **derecho**, debemos señalar que el Resultado de Ecografía Transvaginal N° 085099, de fecha 23 de diciembre de 2002 (fs. 23), determinó que la demandante tuvo *Miomatosis Uterina*³ e *Hidrosalpinx*⁴ Derecho. El tratamiento quirúrgico para la Miomatosis Uterina es la *histerectomía vaginal, abdominal o miomectomía*, conforme figura detallado en la última parte del Protocolo de Atención que norma el tratamiento de Miomatosis Uterina (fs. 267 a 272),

En el presente caso, estando al diagnóstico estudiado por el médico tratante, se dispuso la realización de una histerectomía y Salpingooforectomía, por tal motivo, en la intervención quirúrgica se debía practicar la histerectomía⁵ y la extirpación de un ovario y una la trompa

³ **Miomatosis Uterina.**- Neoplasia benigna del miometrio estrógeno dependiente, que se denomina tumor fibroide, mioma, fibromioma, fibroma leiomioma debido que se origina del músculo liso. Se calcula su frecuencia es hasta en un 50% de las necropsias. (ver fs. 267 de autos, donde consta el Protocolo de Atención que norma el tratamiento de Miomatosis Uterina).

⁴ Una **Hidrosalpinx**, una trompa de Falopio llena de líquido o bloqueada, reduce el éxito de la FIV. Algunos médicos recomiendan el cierre o la remoción de la trompa afectada antes de la FIV. (Fuente: http://www.reproductivefacts.org/globalassets/rf/news-andpublications/bookletsfact-sheets/spanish-fact-sheets-and-info-booklets/tecnologias_de_reprocuccion_asistada_spanish.pdf).

⁵ Una **histerectomía** es una operación para extraer el útero de una mujer. El útero es donde crece el bebé durante el embarazo. Una histerectomía interrumpirá sus períodos menstruales y no podrá volver a embarazarse. A veces en las operaciones también se extirpan los

de falopio del lado derecho (Salpingooforectomía unilateral), en virtud del Resultado de Ecografía Transvaginal del 23 de diciembre de 2002, hecho que ha sido afirmado por las partes en el proceso.

Sin embargo, en el formulario de consentimiento informado (fs. 10), se señala que la demandante padecía de *Miomatosis Uterina* y que tratamiento a que se sometía era la *histerectomía*, precisando que *había sido suficiente y debidamente informada respecto del procedimiento médico al que sería sometida, habiendo conocido los beneficios y posibles riesgos del mismo*”, y en la solicitud de Sala de Operaciones, de fecha 07 de enero de 2003 (fs. 16), figura como diagnóstico de la demandante *Miomatosis Uterino - Proceso Inflamatorio Pélvico* y la operación a realizar sería *histerectomía abdominal más salp.* Mientras que en el Informe Operatorio del 07 de enero de 2003 (fs. 28 y 839), figura que la demandante tuvo como diagnóstico pre-operatorio *Miomatosis Uterina y Enfermedad Inflamatoria Pélvica*, siendo operada de *Histerectomía Abdominal Total más Salpingooforectomía unilateral Izquierdo*.

SÉPTIMO: En relación al hecho descrito en el punto ii) del quinto considerando de la presente resolución, relacionada a si la extracción de la trompa y ovario **izquierdo** fue indebida, debemos señalar que la demandante refiere que acordó la extracción del anexo derecho, más no del anexo izquierdo, como se produjo en la intervención quirúrgica de fecha 07 de enero de 2003 (hecho que no ha sido negado por los demandados). Al respecto, el codemandado, Wong, aduce que el anexo derecho se encontraba en buen estado y no se encontraba afectado, por ello procedió a la decisión intra operatoria de extirpar el anexo izquierdo que representaba mayor riesgo para la demandante, decisión que señala estar confirmada por los estudios realizados a los órganos extraídos de la operación.

Sin embargo, del resultado del Examen Histológico N° 0024665 relacionado a la operación del 07 de enero de 2003 (fs. 273 y 841), practicado a la pieza operatoria extraída (Diagnóstico CIE-10: D25.9 Leiomioma del útero, sin otra especificación), se aprecia como Diagnósticos Patológicos: (...) *que el ovario izquierdo presenta cuerpo lúteo y cuerpos albicans*, mientras que *la trompa uterina izquierda sin alteraciones significativas*, como Diagnóstico Citopatológico, describe *dentro de los límites normales*; en la Microscopía, señala que *“fijado en formol se recibe producto de histerectomía con ooforosalinguectomía”*⁶

ovarios y las trompas de Falopio. Si se extirpan ambos ovarios, usted entrará en menopausia. (Fuente: <https://medlineplus.gov/spanish/hysterectomy.html>)

⁶ **Ooforosalinguectomía.** - Extirpación quirúrgica de un ovario y su correspondiente trompa. También llamada ovariosalinguectomía. (Fuente: <https://www.institutobernabeu.com/es/diccionario-ginecologico/v/ooforosalinguectomia/>).

izquierda (...) Al corte se observa cavidad uterina vacua con presencia de formaciones nodulares a nivel submucoso de 2 cm. de diámetro blanquecino de aspecto arremolinado. Anexo izquierdo: Ovario: de 3 x 2 x 1 cm. Superficie blanquecino.”

Por su parte, el Informe Operatorio de fecha 07 de enero de 2003 (fs. 27), señala al *anexo izquierdo como normal*, hecho reproducido en el punto 4.6 del Informe Defensorial N° 002CDDA-ESSALUD-2005 (fs. 157 a 167), al señalar que en la *“primera intervención quirúrgica a la asegurada Calisto Tirado se le extirpo, además del útero, el ovario izquierdo, no consignando el informe operatorio las razones por las que el cirujano responsable extirpó el ovario izquierdo de la asegurada”*.

De lo expuesto, es evidente que la operación a la que se sometía la demandante era la *histerectomía* (extirpación del útero) y la *ooforosalpinguectomía derecha* (extirpación quirúrgica de un ovario y su correspondiente trompa derecha); sin embargo, se le extirpó el ovario y la trompa izquierda, sin dejar constancia en la historia clínica los motivos por los que se procedió de tal manera, sólo figura el argumento del demandado Wong que aduce en la contestación de la demanda que en la intervención quirúrgica *“el anexo derecho se encontraba en buen estado y no se encontraba afectado, por ello procedió de extirpar el anexo izquierdo por representar mayor riesgo para la demandante”*, argumento que si bien puede resultar justificable, no tiene sustento técnico que reafirme tal hecho, por el contrario las **conclusiones arribadas por el perito médico Roger Efraín Pacheco Carranza** en el numeral 3) del Informe Pericial Especializado en GinecoObstetricia (fs. 962 a 978), señalan que ***“Ante los diagnósticos planteados, resulta inexplicable que se haya realizado salpingooforectomía izquierda (anexo normal) en vez del lado derecho que era lo propuesto, lo cual es corroborado por el Informe de Anatomía Patológica que indica que se trataba de la Trompa Izquierda sin alteraciones significativas y el Ovario del mismo lado normal. Asimismo, en los hallazgos operatorios se consigna que el anexo izquierdo está normal y que no hubieron complicaciones”***; pericia que ha sido confirmada al absolver las observaciones del demandado Wong, con fecha 05 de diciembre de 2011 (fs. 1106 a 1109), al sostener que dicho demandado *“en su solicitud de sala de operaciones consigna como operación a realizar: Histerectomía Abdominal Total + Salpingooforectomía Derecha y su diagnóstico pre operatorio fue: miomatosis + proceso inflamatorio pélvico. Sin embargo, como repito, la operación realizada no fue la propuesta, sino Salpingooforectomía izquierda, lo cual resulta inexplicable o injustificable, toda vez que el problema se encontraba en el Anexo derecho”*; contexto, por el cual se puede colegir, que la extracción de la trompa y ovario izquierdo fue indebida, dado que los mismos se encontraban sanos al momento de su extirpación, conforme ya se ha determinado en autos, pues la trompa y ovario derecha que no fueron extirpados en la segunda intervención quirúrgica eran las que tenían hidrosalpinx, conforme se determinó en la ecografía transvaginal efectuada antes de la primera intervención quirúrgica, razón por la que resulta

inconsistentes las observaciones formuladas por los demandados a los informes periciales obrantes en autos, que refieren que el anexo derecho se encontraba sano al momento de la intervención quirúrgica, confirmando de esta manera el extremo de la sentencia apelada por el cual el A-quo desestima dichas observaciones.

Máxime si el perito gineco obstetra Roger Efraín Pacheco Carranza, al contestar la tercera pregunta efectuada por el codemandado Wong en la audiencia de pruebas del 04 de abril del 2012 (fs. 1146 a 1150), para que explique, cuál sería el condicionante del médico que opera para decidir sobre cual anexo debe operar o extirpar, ante dos realidades similares: *CONTESTO: Que, una es el diagnóstico pre operatorio y la otra condición es el juicio o el criterio del médico gineco obstetra en el momento de la operación y ante los hallazgos encontrados.* Estando a que en el Informe Operatorio del 07 de enero de 2003 (fs. 28, reproducido a fs. 839), señala que la demandante tuvo como diagnóstico pre-operatorio Miomatosis Uterina y Enfermedad Inflamatoria Pélvica, por tanto debió ser operada de Histerectomía Abdominal Total más Salpingooforectomía unilateral **derecha** y que ha sido operada de Histerectomía Abdominal Total más Salpingooforectomía unilateral **izquierda**, sin que se detalle el juicio o el criterio de valor del médico gineco obstetra que la operó y ante los hallazgos encontrados de que la trompa y el ovario izquierdo se encontraban en buen estado, evidencia que la extracción efectuada en la primera intervención quirúrgica efectuada en Essalud fue indebida.

OCTAVO: Respecto al hecho descrito en el punto iii) del quinto considerando de la presente resolución, relacionada a si la ligadura de uréter derecho se debió a la primera operación practicada a la demandante el 07 de enero de 2003, debemos precisar que en el Peritaje Médico efectuado por el Urólogo Aristides Ulises Nuñez Chávez (fs. 832 a 860), se ha señalado que *“pocos días después (09-02-03), estando la demandante en su domicilio, fue conducida de emergencia a otro cen|tro hospitalario (C. M. Naval), donde se hace el Diagnostico de Bloqueo Uretral Distal Derecho a 07 cm. De su desembocadura en vejiga, procediéndose por vía laparoscopica (1202-03) a identificar la LIGADURA URETRAL, ocasionada en alguna de las dos operaciones anteriores y extraer los dos hilos de sutura tipo Vycril que lo bloqueaban y por vía endoscópica uretral colocar un catéter en Doble J, para garantizar su permeabilidad y que actúa como tutor temporal. (...). Dado que se practicaron dos intervenciones quirúrgicas previas a descubrirse la Ligadura Uretral, efectuadas por cirujanos diferentes, puede ser de interés intentar precisar en cual de ellas pudo producirse. Estadísticamente hablando y por razones anatómicas válidas, en la cirugía ginecológica la causa más frecuente de LIGADURA ACCIDENTAL DEL URÉTER se presenta en el momento de ligar el pedículo uterino durante la histerectomía, operación que se efectuó en la primera intervención (07-01-03), lo que no descarta que se haya podido producir durante la extirpación del Hidrosalpinx, en la segunda intervención (04-02-03) (...). Otra posibilidad es el tiempo transcurrido desde la ligadura del uréter hasta que fue liberado laparoscópicamente de las suturas (12-02-03). Treinta y seis días desde la primera operación (Histerectomía) y sólo ocho días desde la extirpación del Hidrosalpinx derecho obliga a pensar que dado el estado en que se encontró el uréter al liberarlo de la ligadura, el que al parecer no*

habría experimentado una afección isquémica mayor que lo hubiera llevado a la Sinequia Terminal que no hubiera permitido el pasaje endoscópico del catéter en doble J, lo que finalmente evitó la necesidad de un reimplante de uréter en vejiga. Este razonamiento lleva a pensar, sin poder ser concluyente, que la lesión uretral es más factible que haya ocurrido durante la segunda intervención. [Subrayado nuestro]. Asimismo, el perito concluye sosteniendo que *“1. La extirpación de un órgano sano, dejando el órgano enfermo, lo que obligó a una segunda intervención quirúrgica; 2. La ligadura del uréter derecho, ocurrida en alguna de las dos intervenciones quirúrgicas previas. Latrogenia que a su vez requirió una tercera intervención para liberar el uréter derecho de los hilos de sutura y recuperar progresivamente su función aunque no en su integridad”.*

El Peritaje Médico efectuado por el citado Urólogo, Aristides Ulises Nuñez Chávez, ha sido observado por: **1.** El codemandado **Ugarelli** (fs. 873 a 874), quien señala que el perito ha obviado su condición de médico residente de Ginecología R-3, omisión que habría sido realizado para hacer ver que ha desempeñado funciones de médico asistente, *lo cual aduce que no es correcto.* Asimismo sostuvo que al señalarse que la lesión uretral es más factible que haya ocurrido durante la segunda intervención del 04 de febrero de 2003, debe tomarse en cuenta que sólo participó en la primera cirugía (histerectomía del día 7 de enero de 2003), la cual técnicamente transcurrió sin complicaciones. **2. Essalud** (fs. 894 a 898), señala que los argumentos del perito son subjetivos, pues éste no se encuentra en alcance de poder determinar el estado psíquico emocional de la demandante y la existencia de negligencia médica inexcusable; además no precisa la ausencia de actos médicos de la demandante desde el mes de febrero hasta el mes de mayo de 2003 que corresponden al Epicrisis, donde se aprecia la fecha que se dio de alta a la demandante (27-05-2003), y los resultados del Radiograma Isotópico con DTPA-T c99m, donde se dejó constancia que no obra acto médico alguno. **3.** El demandado **Wong** (fs. 907), señala que *“no es cierto que se haya extirpado un órgano sano, por cuanto, la decisión de la extirpación del anexo izquierdo y la conservación del anexo derecho fue en consideración no sólo a que el anexo derecho se encontraba sano, y sí algo dilatado con adherencia del anexo hacia la pared y órganos vecinos, lo que determinaba un riesgo potencial de lesión de órganos vecinos, sino porque se tomó en cuenta lo solicitado por la demandante de conservación de un anexo (...) En cuanto a la ligadura del uréter derecho, después de los análisis que el médico perito anota que existe negligencia médica y que la misma se habría producido en la segunda operación en la cual no intervino, sin embargo dicho informe no lo señala expresamente.”* **4.** La **demandante** señala sus apreciaciones respecto de las observaciones (ver fs. 917 a 921).

El perito el Urólogo Aristides Ulises Nuñez Chávez absuelve las observaciones (fs. 941 a 942), señalando que la pericia se fundamenta en las historias clínicas de Essalud y del Hospital Naval, donde relatan lo acontecido con la demandante a quien se le diagnosticó *Miomatosis Uterina e Hidrosalpinx Derecho* y que estuvo programada para practicársele

una *Histectomía y Ooforsalpinguectomía Derecha*, pese a ello el demandado Wong extrae equivocadamente la trompa y el ovario del lado izquierdo, dejando el ovario y la trompa derecha enferma con Hidrosalpinx que debió extirpar. Al día siguiente del alta del Hospital Angamos, fue conducida de emergencia al Hospital Naval, donde descubren una segunda latrogenia, la ligadura del uréter derecho que bloqueaba totalmente la función del riñón derecho, es intervenida quirúrgicamente (3ra operación), liberan el uréter de la doble ligadura con hilo Vicryl a que se había sometido, dejan un catéter intraureteral autoretenitivo temporal, recuperando la permeabilidad del uréter aunque con la consiguiente secuela funcional renal post-obstructiva e infecciosa, en virtud a ello y su experiencia profesional asume que la demandante ha pasado por dolor y angustia.

NOVENO: Por otro lado, de los numerales 3) y 4) de las conclusiones del Informe Pericial Especializado en Gineco-Obstetricia, emitido por el médico Roger Efraín Pacheco Carranza (fs. 962 a 978), se advierte lo siguiente:

- “3. Ante los diagnósticos planteados, resulta inexplicable que se haya realizado salpingooforectomía izquierda (anexo normal) en vez del lado derecho que era lo propuesto, lo cual es corroborado por el Informe de Anatomía Patológica que indica que se trataba de la Trompa Izquierda sin alteraciones significativas y el Ovario del mismo lado normal. Asimismo, en los hallazgos operatorios se consigna que el anexo izquierdo está normal y que no hubieron complicaciones.*
- 4. 20 días después de la operación anterior se encuentra imagen ecográfica en anexo derecho que sugiere quiste o colección líquida, consignándose dos días después luego de evaluación, la presunción diagnóstica de Absceso de Cúpula vs Enfermedad Inflamatoria Pélvica, por lo cual y antes el dolor persistente de la paciente, es intervenida quirúrgica por suspenda vez en dicho Policlínico el 04.02.03, realizándose una Video Laparoscopia Diagnóstica y Laparotomía Exploratoria con Anexectomía Derecha.*
Ante los hallazgos a la Video Laparoscopia de cúpula vaginal cerrada con adherencias a asa ileal; anexo derecho adherido de aproximadamente 15 cc; ovario derecho de 4 x 3 cmts. cubierto y adherido totalmente con trompa dilatada, y durante la laparotomía al liberarse adherencias y drenarse el hidrosalpinx con la consiguiente anexectomía derecha; es de suponer que lo más lógico es que la ligadura del uréter derecho se haya producido durante ese procedimiento en el Hospital Naval.”

El Informe Pericial Gineco-Obstetricia emitido por Roger Efraín Pacheco Carranza ha sido observado por: **1) Felix Wong Chong** (fs. 1023 a 1025) que señala que no menciona la reevaluación del 19 de noviembre de 2002, previamente a la intervención quirúrgica que consigna que hay mejoría del cuadro clínico y algo de sensibilidad en la zona de clítoris y labios mayores, que el útero es irregular (miomatosis) pero móvil, indoloro y anexos normales; asimismo, no se hace mención del Informe de Anatomía Patológica de la

segunda operación. **2) Juan Carlos Ugarelli Navarro** (fs. 1036 a 1039), aduce que el peritaje no establece diferencias entre el tratamiento de la enfermedad pélvica inflamatoria y la miomatosis uterina, debido a que la enfermedad pélvica inflamatoria es médico y no quirúrgico, los casos que deben pasar a cirugía son los que han presentado absceso tuboovarico o pelvi peritonitis, por ello la primera intervención quirúrgica era Miomatosis Uterina y no la enfermedad pélvica inflamatoria como se argumenta; asimismo señala que la cirugía transcurrió sin complicaciones y que la extirpación de la trompa y ovario izquierdo se debe a que el ovario derecho en el momento de la operación se encontraba en buenas condiciones para mantener un adecuado aporte de hormonas a la paciente y que la misma no tuviera posteriormente que requerir terapia de reemplazo hormonal. Por su parte. **3) Essalud** (fs. 1048 a 1060), sostiene que no se ha tomado en cuenta que la paciente fue atendida por consulta externa, fecha en que se evaluó los análisis tomados en emergencia (27-01-2003), los que indican normalidad en los análisis de sangre y orina sin bacterias, ni hematíes. No ha valorado las juntas médicas realizadas en el Centro Médico naval del 10 y 11 de febrero del 22 de mayo y del 17 de junio de 2003, donde no se señala que la doble ligadura habría sido causada por la primera intervención. **4. La demandante** (fs. 1065 a 1067), señala que el informe pericial confirma lo que ha manifestado en la demanda, sin embargo discrepa con el perito cuando señala *que era una paciente de alto riesgo y que el diagnóstico y la operación propuesta histerectomía abdominal total mas salpingooforectomía derecha era la correcta* cuando se le ha extraído órganos sanos; asimismo, señala que no es exacto la conclusión que la ligadura del uréter derecho se produjo en la segunda cirugía, dado el hospital Naval el 10 de febrero de 2003, le detectó septicemia, infección que evoluciona en un lapso de 15 y 30 días, no siendo posible que se deba a la segunda operación.

El perito al absolver las observaciones efectuadas por las partes (fs. 1106 a 1109) ha señalado lo siguiente:

- I. Respecto de la **demandante** que **1.** En cuanto a que la demandante tenía condiciones gineco obstétricas que hacían difícil y de alto riesgo su reproducción, se sustenta en que se trata de una persona de 44 años de edad, lo que por sí solo constituye un alto riesgo para la presentación de producto con Síndrome de Down, mayor frecuencia de complicaciones durante el embarazo y el parto, sumado a la tendencia de presentar miomatosis uterina, entre otros. **2.** La afirmación de que la operación propuesta, es decir la histerectomía abdominal total más salpingooforectomía derecha era la correcta, se sustenta en los hallazgos previos hechos por la Dra. Alicia García Llerena consistentes en miomatosis uterina mas hidrosalpinx derecho, lo cual fue corroborado el mismo año 2002 por el Dr. Félix Wong Chong, agregando además anexitis derecha. Ambos médicos (...) recomendaron la operación antes mencionada. Se debe hacer hincapié que el informe anatomopatológico indica Lehiomiomas, lo cual confirma la miomatosis uterina (...). **3.** El hecho de que lo más probable y lógico es que la ligadura del uréter derecho se haya producido en la segunda intervención quirúrgica. se fundamenta en que durante la primera operación, no se manipuló el anexo derecho ya que el extirpado fue el lado izquierdo, asimismo, según la historia clínica no hubo complicaciones y dicho anexo se encontró normal o sin alteraciones significativas. Asimismo, durante la segunda operación se manipuló y trabajó exclusivamente el anexo derecho, que era el complicado, el mismo que presentaba múltiples adherencias y la trompa estaba dilatada con contenido seroso a tensión; además la complicación renal (hidronefrosis) se determinó ecográficamente en el Hospital Naval al día siguiente de su alta confirmándose dos días después la ligadura del uréter derecho.

- II. En lo que respecta a **Essalud**, sostiene: **1.** En cuanto a la afirmación de que el retiro del útero en pacientes mayores de 45 años, va acompañada del retiro de ambas trompas y ovarios, según protocolo de atención y que en la paciente se conservó uno de los anexos A SOLICITUD DE LA MISMA; si fuera así, resulta poco profesional decidir de esta manera una conducta terapéutica que solo le compete al médico y que según la historia clínica dicha conducta médica o propuesta, consistió en HISTERECTOMIA ABSOMINAL TOTAL + SALPINGOFORECTOMIA DERECHA, lo cual estaba justificada a la luz de los hallazgos pre operatorios antes mencionados. **2.** En cuanto a los estudios anatomopatológicos, el que aparece en la historia clínica es el de la trompa izquierda, la misma que efectivamente se encuentra sin alteraciones significativas. Sin embargo en los hallazgos operatorios reportados correspondientes a la segunda operación, el mismo que fue drenado, siendo uno de los diagnósticos post operatorios hifrosalpinx derecho. **3.** En cuanto a que las Juntas Médicas realizadas en el Hospital Naval no registran que la doble ligadura del uréter derecho haya sido causada durante la primera operación; este hecho no se registra, toda vez que ello constituye una investigación sobre responsabilidad profesional (...) y que no corresponde a una Junta Médica valorar este tipo de hechos.
- III. En cuanto a **Wong Chong**, arguye que **1.** En cuanto a la observación de que no se menciona la reevaluación del 19-11-02, ello es correcto, toda vez que se trata de un resumen de la Historia Clínica del Policlínico Angamos – ESSALUD; sin embargo, debo mencionar que ello no cambia el diagnóstico ni la actitud terapéutica realizada por el Dr. Wong, ya que en su solicitud de sala de operaciones consigna como operación a realizar: Histerectomía Abdominal Total + Salpingooforectomía Derecha y su diagnóstico pre operatorio fue: miomatosis + proceso inflamatorio pélvico. Sin embargo, como repito, la operación realizada no fue la propuesta, sino Salpingooforectomía izquierda, lo cual resulta inexplicable o injustificable, toda vez que el problema se encontraba en el Anexo derecho (...). **2.** En cuanto a la observación de que en el Informe Pericial no se hace mención al Informe de Anatomía Patológica de la 2ª operación, debo indicar de que en la Historia Clínica del Policlínico Angamos, analizada, no se ha tendido a la vista dicho informe de Anatomía Patológica, en el cual se dice que figura como diagnóstico: Tumor benigno de ovario, así como el diagnóstico patológico de: trompas uterinas sin alteraciones significativas y ovario derecho con quiste seroso. (...).
- IV. Respecto de **Ugarelli Navarro**, **1.** En cuanto a la observación de que el motivo de la primera intervención quirúrgica era la miomatosis uterina y no la enfermedad pélvica inflamatoria, ya que en esta última el tratamiento es médico y no quirúrgico, y que solo deben pasar a cirugía los casos con absceso tuboovarico o pelviperitonitis; contradice su participación como ayudante en la primera iteración ya que de tener ese concepto, no debió participar en la misma. (...).” [Subrayado nuestro]

DÉCIMO: Al llevarse a cabo la continuación de la audiencia de pruebas con fecha 04 de abril del 2012 (fs. 1146 a 1150), el perito Urólogo Aristides Ulises Núñez Chávez, ha señalado al contestar la primera observación de la demandante que *“La ligadura uretral puede cursar sin molestia alguna y puede confundirse con un ligero dolor que es frecuente en cualquier acto operatorio, es frecuente que años después se encuentren hallazgos, la única forma de estar seguro es cuando el paciente solo tiene un riñón y es ligado el uréter correspondiente, en ese caso y siendo signo clínico este paciente deja de orinar; la segunda aclaración, es que es imposible con este caso especial determinar con absoluta certeza enchula de las operaciones se efectuó el acto de legadura, pienso que si bien es cierto que la más frecuente causa de ligadura es la extirpación del útero y las razones son: anatómicas porque la mayor preocuparon del cirujano al extirpar el útero es ligar el pedículo vascular este es cruzada un centímetro escaso del borde del útero que es el punto preciso donde se debe ligar el uréter, partiendo del problema no tuvo mayores problemas de la primera operación, la paciente si tuvo dolores, los cuales fueron ocasionados por la operación más no por la ligadura del uréter, para su criterio lo más posible que esta ligadura debió haberse dado en la segunda intervención.”* [Subrayado nuestro]. Por su parte, el perito Gineco Obstetra Roger Efraín Pacheco Carranza, al contestar la pregunta efectuada por la demandante **1)** para que explique el Perito, porque concluye que la ligadura del uréter lado derecho se produce en la segunda cirugía y no en la primera como esta referido en la demanda, **CONTESTO:** *“Que, (...) la conclusión a la que se arriba es por el contenido de los hallazgos del informe operatorio de la segunda intervención quirúrgica, en donde se indica que a la video*

*laparoscopia existía adherencias de la cúpula vaginal al intestino delgado; asimismo, el anexo derecho que no había sido extirpado en la primera intervención quirúrgica, se encontraba adherido a la pared pélvica con hidrosalpinx, con contenido seroso verdoso a tensión, además el ovario derecho estaba cubierto y adherido totalmente a la trompa dilatada, todo ello constituyendo lo que se denomina síndrome adherencial. Estas condiciones son habitualmente las que complica un acto operatorio de esta naturaleza por lo cual lo más probable es que la ligadura de uréter derecho se haya realizado en esta intervención quirúrgica.” [Subrayado nuestro]. **2)** Para que explique el perito recurrente, cómo puede concluir que el uréter derecho se ha ligado en la segunda operación si los hallazgos que refiere son de la primera operación, toda vez que en la primera operación se extrae órganos sanos, se saca el útero, hemostasis y refiere encontrar el ovario derecho infectado con hidrosalpinx, el cual no se extrae hasta la segunda operación CONTESTÓ: “Que, el informe pericial se basa única y exclusivamente en el análisis de contenido de las historias clínicas, que se tuvieron a la vista; en los mismos que se consignan que lo afirmado anteriormente (...) fueron hallazgos del segundo acto operatorio y no del primero, es decir durante la video laparoscopia y en cuanto la ligadura, fue realizada en la primera intervención quirúrgica es lo menos probable, toda vez que el primer acto operatorio no hubieron complicaciones y tampoco posterior a ello, no hubo signos ni síntomas en la paciente que hicieran sospechar que si hubiese producido la ligadura del uréter derecho, cómo si sucedió después del segundo acto operatorio, que luego de dos días de dicha intervención y al tomarse una ecografía se evidenció inmediatamente dicha obstrucción producida por la ligadura.” [Subrayado nuestro]. Asimismo, dicho el perito Gineco Obstetra al contestar la cuarta pregunta formulada por el demandado Wong, para que explique que considerando que la intervención realizada por el Dr. Wong ha sido desarrollada en el anexo izquierdo, considera que podría existir probabilidad de que el Dr. Wong habiendo operado en el anexo izquierdo haya incurrido en la ligadura del uréter derecho.*

“CONTESTO: Que, como mencioné anteriormente, las probabilidades de la ligadura del uréter derecho se halla ligado en la primera intervención, son mínimas.”

DÉCIMO PRIMERO: A la luz de lo expuesto, y en virtud de lo reseñado por los peritos en los informes periciales y las explicaciones efectuadas en la audiencia de pruebas, ha quedado determinado que la ligadura de uréter derecho es más probable que se haya producido en la segunda operación del 03 de febrero de 2003 y, no en la primera intervención quirúrgica practicada a la demandante el día 07 de enero de 2003, donde intervinieron los médicos codemandados Wong y Ugarelli, toda vez, que en la primera operación no se manipuló el anexo derecho sino el izquierdo que fue extirpado, que no ha existido complicaciones en la primera operación conforme advirtieron de la historia clínica, el anexo izquierdo se encontró normal sin alteraciones significativas, y que en la segunda operación fue donde se manipuló y trabajó el anexo derecho, el cual señalaron era

complicado porque presentaba múltiples adherencias y la trompa estaba dilatada con contenido seroso a tensión.

DÉCIMO SEGUNDO: En lo que respecta al hecho descrito en el punto iv) del quinto considerando de la presente Resolución, relacionado a si como consecuencia de la segunda operación practicada a la demandante en Essalud el 07 de enero de 2003, su salud se ha visto mermada. Debemos señalar que dicha apreciación, en principio, no está probada, dado que si bien inicialmente los médicos demandados no le extirparon el ovario y trompa derecha infectada con hidrosalpinx, conforme se sostuvo en el considerando anterior, la ligadura de uréter derecho se ha producido como consecuencia de la segunda operación (03-02-2003), conforme los peritos nombrados por el Juzgado lo han certificado en los informes correspondientes, hecho que ha conllevando a que la demandante se someta a nuevas intervenciones quirúrgicas en el Hospital Naval, para que se recanalice el uréter derecho con un catéter doble (3ra cirugía, 12-02-2003), para la extracción de adherencias y la apéndice (4ta intervención quirúrgica, abril de 2004), y para la extirpación de la vesícula por tener un pólipo donde se le cortó un poco el ombligo por tener adherencias a consecuencia de la Laparoscopia (5ta intervención, noviembre de 2004). Por tal motivo, no hay certeza de que la salud de la demandante (por la ligadura del ureter), se haya producido como consecuencia de la primera intervención (07-01-2003), efectuada por los médicos demandados, lo que sí es cierto y, además, está probado que la demandante tiene antecedentes clínicos que demuestran que su salud se encontraba resquebrajada, como ha reportado la médico Gineco Obstetra del Instituto de Ginecología y Reproducción Garlle (fs. 10), al señalar que la demandante la primera vez que fue evaluada (30-06-1995) se le diagnosticó *Miomatosis Uterina*, por lo que se le efectuó *Laparotomía Exploratoria y Miomectomía* de Tumor Retro Uterino Intramural en la cara posterior del útero de 70x60x45 cm, en noviembre de 2001, se le detectó 2 nuevos Miomas de 47x22 mm + Hidrosalpinx Derecho y en el año 2002 le diagnostican *Miomatosis Uterina + Hidrosalpinx Derecho*, donde se le sugirió practicar una *Histerectomía con Salpingooforectomía Derecha* por *Laparotomía* y/o una a su solicitud de *Miomectomía y Salpingectomía Derecha* con conservación del anexo izquierdo. Último diagnóstico que se encuentra corroborado al acudir al Policlínico Angamos de Essalud, el 29 de octubre de 2002, donde el médico demandado Wong, le diagnosticó *Miomatosis Uterina + Hidrosalpinx + Anexitis Derecha y Micosis Vaginal*, siendo programada para el 07 de enero de 2003 con el diagnóstico de *Miomatosis + PROCESO INFLAMATORIO Pélvico*, proponiendo la operación *Histerectomía Abdominal Total + Salpingooforectomía Derecha*.

DÉCIMO TERCERO: Ahora bien, habiéndose dilucidado los hechos referidos en el quinto considerando de la presente resolución, corresponde, finalmente, determinar si en el presente caso de responsabilidad civil concurren o no los elementos de la responsabilidad civil⁷ (conducta antijurídica, daño, relación de causalidad y factor de atribución), debiendo recordarse que la responsabilidad contractual, es aquella que se produce cuando existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano. Así también el artículo 1321° del Código Civil, señala “*queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (...), si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.*”

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, **respecto a la conducta antijurídica**, conocida también como antijuricidad, la misma se configura, en palabras de Lizardo Taboada, no sólo cuando se contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. Añade el autor citado, que la antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil, mientras que la antijuricidad típica y atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969° y 1970° del mismo Código Civil, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción del daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar o causar.

En el caso de Autos, la conducta antijurídica por parte de los médicos demandados se produce a partir de su conducta negligente de practicar a la demandante el 07 de enero de 2003 una intervención quirúrgica de salpingooforectomía **izquierda** (extracción de trompa y ovario), cuando la demandante se encontraba programada para la histerectomía y la salpingooforectomía **derecha** (extracción de trompa y ovario), al habersele diagnosticado Miomatosis Uterina, *Hidrosalpinx* y Anexis derecha, por tal motivo requería ser operada de Histerectomía Abdominal Total con Salpingooforectomía derecha intervención, conforme ha sido certificado por el perito gineco obstetra Roger Pacheco Carranza, quien en el

⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil. Editorial Grijley, Lima -Perú, Reimpresión de la segunda edición, 2005, Pág. 31:

“Debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.”

numeral 3) de las conclusiones señala que “*Ante los diagnósticos planteados, resulta inexplicable que se haya realizado salpingooforectomía izquierda (anexo normal) en vez del lado derecho que era lo propuesto, lo cual es corroborado por el Informe de Anatomía Patológica que indica que se trataba de la Trompa Izquierda sin alteraciones significativas y el Ovario del mismo lado normal. Asimismo, en los hallazgos operatorios se consigna que el anexo izquierdo está normal y que no hubieron complicaciones.*” (ver fs. 978).

Esta conducta transgrede el artículo III del Título Preliminar de la Ley General de la Salud, Ley N° 26842, que establece que *toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley*, así como, el artículo 15, inciso 1) acápite c). Por tanto, la demandante, debió de recibir una atención adecuada por parte de los demandados y al no hacerlo, originó que se extirpe un órgano sano (trompa y ovario izquierdo), conforme se ha detallado en el sexto y sétimo considerando de la presente resolución, lo que permite establecer que la parte demandada no cumplió con sus obligaciones, produciendo una conducta antijurídica que acarrea la indemnización de daños y perjuicios al quien no ejecuta sus obligaciones.

DÉCIMO QUINTO: Respecto al daño, aspecto fundamental de la responsabilidad civil, Lizardo Taboada nos dice que daño es 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. Añade y, señala que daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedor de tutela legal.

En el caso de Autos, la demandante aduce que los daños se han producido por la extirpación del útero, trompa y ovario izquierdo, privándola de procrear y como consecuencia de ello, ha sido operada en sucesivas oportunidades, resquebrajándose su salud. Al respecto, podemos señalar que los daños se han producido por el hecho que la demandante ha sufrido la pérdida de órganos sanos y que no estuvo programado para ser extirpados, es decir la trompa y ovario izquierdo, órganos donde albergaban hormonas femeninas (estrógenos), que de alguna manera mantenían el equilibrio hormonal, fisiológico y emocional de la demandante, ya que el diagnóstico para la operación fue *Histerectomía Abdominal Total con Salpingooforectomía derecha*, conforme el perito gineco obstetra ha certificado debía ser lo correcto, hecho que le ha originado un gran dolor, sufrimiento y, padecimiento, pues el funcionamiento de su órgano reproductor femenino ha sido modificado abruptamente por una negligencia médica en un

establecimiento de salud, donde se presume que existen profesionales idóneos, así como infraestructura adecuada.

Ahora bien, conforme se sostuvo en el décimo segundo considerando de la presente Resolución, no puede afirmarse categóricamente que la operación practicada el 07 de enero de 2003 por los demandados (1ra operación), ha mermado la salud de la demandante, pues si bien no se extirpó oportunamente el anexo derecho, cuando se produjo tal extirpación el 03 de febrero de 2003 (2da operación), es cuando recién ha propiciado la ligadura de uréter derecho, conforme los peritos lo han certificado en los informes correspondientes, intervención última que propició las subsiguientes intervenciones quirúrgicas en el Hospital Naval.

DÉCIMO SEXTO: Respecto a la relación causal, entendida como una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima. En el campo contractual se ha consagrado la teoría de la causa inmediata y directa (art. 1321° del Código Civil), mientras en el campo extra contractual, la teoría de la causa adecuada (art. 1985° del Código Civil). En ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de la concausa y de la fractura causal.

Dicha relación, en el caso de Autos se manifiesta por el hecho que la conducta típica de los médicos demandados, no atender a la demandante debidamente y conforme a lo diagnosticado para la intervención quirúrgica, originó que la demandante pierda una trompa y ovario sano, produciendo modificaciones en su organismo y estructura hormonal, fisiológica y emocional.

DÉCIMO SÉPTIMO: Respecto a los factores de atribución, o criterios de imputación sobre el causante del daño, de acuerdo al artículo 1321⁸ del Código Civil, en la responsabilidad contractual, se advierte un criterio de imputación subjetivo a título de dolo o culpa (leve, grave o inexcusable).

En el caso de Autos, el factor de atribución, a la luz de la extirpación de la trompa y ovario izquierdo sano, es a título de culpa grave o inexcusable, pues es inexplicable que los médicos demandados, Wong y Ugarelli, que son profesionales que están especializados en Ginecología y Obstetricia, extirpen un anexo sano y dejen en la demandante el anexo

⁸ **Artículo 1321.-** Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

derecho infectado con hidrosalpinx, desprotegiendo el sistema reproductor femenino, lo que agrava su deber como médicos, pues por la especialidad que tienen requieren tener mayor cuidado en cada una de las intervenciones que practican.

El codemandado Ugarelli, invocando el reglamento y normas de resindentado médico, que señalan que la condición de practicante no tiene responsabilidad administrativa, pretende eximirse de su responsabilidad civil, sin embargo, su responsabilidad recae desde el momento que participa en la intervención quirúrgica realizada a la demandante donde se le ha extirpado un anexo sano dejando el infectado con hidrosalpinx.

DÉCIMO OCTAVO: Habiéndose establecido que en el caso de Autos (sólo por la extirpación del anexo izquierdo normal), concurren los cuatro elementos de la responsabilidad civil, toca ahora, establecer la magnitud de la consecuencia jurídica para reparar el daño causado a la demandante.

Al respecto, debe tenerse presente lo previsto por el artículo 1331° del Código Civil, que establece:

“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

Asimismo, el artículo 1332° de dicho cuerpo sustantivo establece:

“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

DÉCIMO NOVENO: En relación al **lucro cesante**, esto es, la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir, se advierte que, la demandante no ha demostrado documentalmente el ingreso que ha dejado de percibir como consecuencia de la operación practicada por los codemandados. Si bien señala en la demanda, ser cantante de música internacional y que a la fecha en que fue intervenida dejó de realizar conciertos en la capital, no obra en autos contrato alguno que lo demuestre, además, conforme se sostuvo en los considerandos precedentemente expuestos, los daños que se le ha causado a la demandante deriva de la praxis médica por parte de los codemandados, más no por las intervenciones quirúrgicas realizados en el Hospital Naval, dado que el primero de ellos (recanalice el uréter derecho con un catéter doble), se ha originado como consecuencia de la segunda intervención en Essalud donde se extirpó el órgano infectado con hidrosalpinx (03-02-2003), donde no intervinieron los demandados. Sin embargo, este Colegiado considera al igual que el juez del proceso, en virtud del artículo 1332° del Código Civil, fijar un monto equitativo por este concepto, en atención a la situación de la demandante, esto es, su condición de artista que

si bien no tiene contratos estables ni ingresos fijos mes a mes, la cuantificación del lucro cesante debe ser reconocida en S/.15,000.00. Consecuentemente, este extremo de la sentencia debe ser revocado sólo en su monto.

VIGÉSIMO: Respecto al daño emergente, esto es, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida al producirse el daño; de autos se aprecia que la demandante alega haber sufrido diversos gastos como consecuencia de las múltiples intervenciones quirúrgicas a la que se ha sometido luego de la operación realizada por los demandados; sin embargo, se ha determinado en los considerandos precedentes, que la tercera, cuarta y quinta intervenciones quirúrgicas se han realizado en el Hospital Naval y, que las mismas, se ha realizado como consecuencia de la ligadura de la ureter derecho, hecho en el cual no han participado los médicos demandados pero que su actuar negligente en la primera intervención quirúrgica dio lugar a que la segunda intervención, también se practique en ESSALUD, razón por la cual aún cuando o se cumplió con sustentar de forma documental el menoscabo económico efectivo que ha tenido que asumir luego de dicha intervención quirúrgica, con criterio de equidad autorizado por el artículo 1332 del Código Civil, el monto por este daño se establece en S/. 4,500.00. Consecuentemente, este extremo de la sentencia debe ser revocado sólo en su monto.

VIGÉSIMO PRIMERO: En cuanto al daño moral, una noción amplia del daño moral refiere a la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de una acción ilícita por dolo o culpa; una noción restringida lo califica como el que sufre una persona cuando se afecta bienes espirituales, rebasando el concepto la sola idea de dolor y sufrimiento en tanto se extiende a otros aspectos de la esfera emotiva relativos al desarrollo de la propia individualidad⁹.

Cuando el ***daño moral*** afecta los sentimientos produce una cadena causal en cascada que comprende diversidad de vivencias actuales y futuras que llegan a tener impacto en ámbitos importantes de quien lo sufre, como la vida familiar base de la socialización; la vida de relación con terceros, la vida laboral, así como el despliegue de las actividades humanas en todos los aspectos.¹⁰

En efecto, como sostiene Scognamiglio¹¹, los daños morales son esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños

⁹ Brebbia, Roberto. La Persona Jurídica como Sujeto Pasivo de Agravio Moral". Citado por Rebaza Gonzáles, Alfonso. Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica en Revista Jurídica del Perú N° 26. pp114.

¹⁰ GHERSI C. et al. Derecho y Reparación de daños, Vol 2: Daño a la persona humana, valor de vida económico y extraeconómico. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999. pp.189.

¹¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. El Daño Moral, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1962, Pág.46.

infligidos a la persona, no son entonces los daños propiamente dichos, y constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria.

El recordado profesor Lizardo Taboada¹², acotaba que por daño moral se entiende la **lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor y aflicción o sufrimiento en la víctima**; pero deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerarlo digno de la tutela legal.

Ahora bien, en el caso de Autos, como quedó dicho líneas arriba, extirpación de la trompa y ovario sano por una negligente atención de los médicos demandados, le ha producido afectación emocional que no puede medirse, pues se ha variado abruptamente el funcionamiento de su organismo y el equilibrio hormonal, fisiológico y emocional de la demandante, que le ha originado un gran dolor, sufrimiento y, padecimiento, hecho que origina un fuerte impacto en la vida de una persona, más aún si ya no tiene posibilidades de acceder a un mecanismo alternativo para la reproducción. Como dicha pérdida, en principio, no es valorable en dinero, el derecho ha previsto la asignación de un monto indemnizatorio sólo con fines de paliar y/o aminorar el dolor. Dicho monto indemnizatorio, por concepto de daño moral, a la luz de lo establecido en el art. 1322° del Código Civil, que autoriza a realizar una valorización con criterio de equidad se establece en la suma otorgada por el A quo, esto es, S/. 100,800.00, más los intereses legales respectivos.

Dichos montos (por daño emergente, lucro cesante y daño moral), deberá pagar en forma solidaria tanto los médicos demandados como por ESSALUD, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1325¹³ del Código Civil y, los artículos 36¹⁴ y 48¹⁵ de la Ley General de Salud, Ley N° 26842. Consecuentemente, este extremo de la Sentencia apelada, deberá ser confirmado.

ESSALUD es responsable solidario, además, por efecto del principio jurídico de "*culpa in vigilando*" y/o "*culpa in eligendo*", pues el "propietario" de la cosa es responsable de las personas a quienes confía su cuidado.

¹² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, 2003, Pág. 64.

¹³ **Artículo 1325.-** El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

¹⁴ **Artículo 36.-** 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.

¹⁵ **Artículo 48.-** 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 ofrece.

VIGÉSIMO SEGUNDO: A tenor de lo planteado, al haberse amparado en parte la pretensión principal, corresponde también el amparo de la pretensión accesorio, relacionada con el pago de intereses legales, la cual se efectuará desde la fecha de citación con la demanda al emplazado, en virtud de lo previsto en el artículo 1333¹⁶ del Código Civil.

VIGÉSIMO TERCERO: En este orden de ideas, se concluye que la Sentencia apelada al estimar en parte la pretensión indemnizatoria contenida en la demanda ha sido dictada con arreglo a los hechos y el derecho y, por ende debe confirmarse y, revocarse en cuando a los montos establecidos respecto del daño emergente y el lucro cesante.

Consecuentemente, los agravios desarrollados por os demandados deben desestimarse.

VIGÉSIMO CUARTO: Respecto a las costas y costos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 412° del Código Procesal Civil, dichos conceptos, deben ser reembolsados por la parte vencida, excepto Essalud, por ser un extremo que no ha sido apelado.

DECISIÓN

CONFIRMARON la Sentencia contenida en la Resolución N° 104, de fecha 31 de mayo de 2016 (fs. 1382 a 1398), corregida por Resolución N° 105 (fs. 1403), que declara fundada en parte la demanda; en consecuencia ordena que el Seguro social de Salud – Essalud, Félix Leoncio Wong Chong y Juan Carlos Ugarelli Navarro, cumplan con pagar en forma solidaria a la demandante, NCCT, la suma de S/. 100,800.00 nuevos soles por concepto de daño moral; **LA REVOCARON** en cuanto ordena que los demandados paguen en forma solidaria a la demandante la suma de S/. 9,000.00 y S/. 30,000.00 por concepto de daño emergente y lucro cesante, respectivamente; **REFORMÁNDOLA** en estos extremos; **ORDENARON** que los demandados paguen a la demandante la suma de S/. 4,500.00 y S/. 15,000.00 por concepto de daño emergente y lucro cesante, respectivamente, mas intereses legales; con lo demás que contiene y, es materia del grado; **MANDARON** devolver los Autos al Juzgado de su procedencia, una vez que la presente Resolución quede consentida.

En los seguidos por NCCT, con el Seguro Social de Salud – Essalud y otros, sobre indemnización.

RIVERA QUISPE

UBILLUS FORTINI

SOLÍS MACEDO

¹⁶ **Artículo 1333.-** Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD SEGUNDA
SALA ESPECIALIZADA CIVIL**

Exp. Nro. 02960-2012-0 (Quinto Juzgado Especializado Civil de Trujillo)

DEMANDANTE : YAEM
DEMANDADOS : ELVA CÁCEDA SÁNCHEZ Y OTROS
MATERIA : INDEMNIZACIÓN

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO: CUARENTA Y CUATRO

En la ciudad de Trujillo, a los veintiséis días del mes de setiembre del año dos mil diecinueve, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad integrada por los magistrados: Doctora **HILDA CHÁVEZ GARCÍA**, Jueza Superior Titular en calidad de Presidenta; Doctor **DAVID FLORIÁN VIGO**, Juez Superior Titular Ponente, y Doctor **HUGO ESCALANTE PERALTA**, Juez Superior Provisional; actuando como secretaria la Doctora Yolanda Vereau Espejo; producida la votación en audiencia pública, según constancia que antecede, emiten la siguiente resolución.

I. MATERIA DEL RECURSO.-

Se trata del recurso de apelación interpuesto por **YAEM**, a través de su abogado Dame Edgar Egúsqiza Meza, contra la sentencia contenida en la resolución número **TREINTA Y NUEVE**, de fecha veinticinco de junio del dos mil diecinueve, obrante de folios mil quinientos dieciocho a mil quinientos cuarenta, que resuelve: **PRIMERO: INFUNDADA** la tacha interpuesta por la demandante **YAEM**. **SEGUNDO: INFUNDADA** la demanda interpuesta por **YAEM** sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** contra **CLINICA DE OJOS CACEDA SRLTDA, ELVA CÁCEDA SÁNCHEZ, NILA ESTHER CALDERÓN ALARCÓN Y ELVA ESTHER SÁNCHEZ DE CÁCEDA**.

II. ANTECEDENTES.-

2.1. La señora **YAEM**, mediante escrito que obra de folios doscientos diecisiete a doscientos sesenta y uno, subsanado por escrito obrante en el folio doscientos sesenta y seis, interpuso demanda de **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** contra la **CLINICA DE OJOS CÁCEDA SRLTDA., ELVA CÁCEDA SÁNCHEZ, NILA ESTHER CALDERÓN ALARCÓN y ELVA ESTHER SÁNCHEZ DE CACEDA**, a fin de que estos le paguen la suma de S/.1´000,000.00 soles por las cirugías mal realizadas y sus consecuencias; S/.5,800 soles por concepto de

reembolso, S/.20.000.00 soles por concepto de reconocimiento y pago de gastos realizados y post operación y S/.20,000.00 soles por concepto de gastos futuros; más el pago de sus respectivos intereses legales, costas y costos del proceso.

2.2. Por resolución número **DOS**, de fecha doce de setiembre del dos mil doce, que obra en el folio doscientos sesenta y siete, se **ADMITIÓ** a trámite la referida demanda, confiriéndose el plazo de treinta días a los codemandados para que la absuelvan, bajo apercibimiento de ser declarados rebeldes.

2.3. Luego, por escrito de folios seiscientos cincuenta y ocho a seiscientos sesenta y siete, la codemandada **NILA ESTHER CALDERÓN ALARCÓN** contestó la demanda, peticionado que sea declarada infundada. Así, por resolución número **SEIS**, de fecha veintiocho de diciembre del dos mil doce, obrante en el folio seiscientos sesenta y ocho, se tuvo por **CONTESTADA** la demanda por la referida codemandada.

2.4. Mediante la resolución número **SIETE**, de fecha catorce de marzo de dos mil trece, obrante en el folio setecientos cincuenta, se declaró **REBELDES** a los codemandados **ELVA ESTHER SÁNCHEZ BURGA, EMPRESA CLÍNICA DE OJOS CACEDA S.R.L.** y a **ELVA ESTHER CACEDA SÁNCHEZ**.

2.5. Por resolución número **DIEZ**, de fecha veinticuatro de mayo del dos mil trece, que obra de folios setecientos noventa y cinco a setecientos noventa y siete, se **FIJARON** los **PUNTOS CONTROVERTIDOS**, se **ADMITIERON** los medios probatorios de la parte demandante y como **MEDIOS PROBATORIOS** de oficio se admitieron el Informe completo de la Historia Clínica de la demandante, en copias certificadas, que debía remitir la Clínica Oftalmosalud; el Informe completo de la Historia Clínica en copias certificadas que debía remitir la Clínica de Ojos Cáceda S.R.L. en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de multa en caso de incumplimiento; el Informe Médico completo que debía remitir la Clínica Oftalmosalud de fecha seis de setiembre del dos mil diez y once de enero del dos mil doce; Informes que debía remitir INDECOPI, en copias certificadas, consistentes en las resoluciones números 2754-2011/SC2-INDECOPI y resolución número 0833-2012/INDECOPI-LAL; la Carpeta Fiscal Nro. 2306014501-2011-2939-0 tramitado en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Decisión Temprana de Trujillo, y la Queja de Derecho Nro. 46-2012 del caso SGF Nro. 2939-2011 tramitado en la Tercera Fiscalía Superior Penal de Trujillo. Asimismo, se señaló fecha para que se lleve a cabo la audiencia de pruebas para el día uno de agosto del dos mil trece a horas once de la mañana.

2.6. Por escrito de folios ochocientos treinta y nueve a ochocientos cuarenta, la codemandada **CLÍNICA DE OJOS CÁCEDA S.R.L.** manifestó haber cumplido el mandato consistente en que presente copias certificadas de la Historia Clínica de la demandante. Por resolución número **ONCE**, de fecha dieciocho de junio del dos mil trece, obrante en el folio ochocientos cuarenta y uno, se agregaron a los autos la referida Historia Clínica.

2.7. A través del Oficio Nro. 180-2013-MP-3° FSP- La Libertad, obrante en el folio ochocientos sesenta y uno, se remitieron copias certificadas de la Disposición Fiscal de fecha nueve marzo del dos mil doce dictada por la Tercera Fiscalía Superior Penal, correspondiente a la Queja de Derecho Nro. 46-2012. Por resolución número **DOCE**, de fecha ocho de julio del dos mil trece, obrante en el folio ochocientos sesenta y dos, se agregaron a los autos las mencionadas copias certificadas.

2.8. Luego, mediante el Oficio Nro. 0076-2013/INDECOPIA-LAL, obrante en el folio ochocientos ochenta y dos, el Secretario Técnico de INDECOPI, Sergio Obregón Matos, puso a conocimiento del juzgado la copia certificada de las resoluciones número 2754-2011/SC2-INDECOPI y 0833-2012/INDECOPILAL y un informe sobre su contenido.

2.9. Mediante escrito de folios novecientos ochenta y cinco a novecientos noventa y dos, subsanado por escrito de folios mil veinte a mil veintiuno, la demandante **YAEM**, a través de su abogado Damer Edgar Egúsqüiza Meza, planteó **TACHA** contra el medio probatorio documental consistente en su Historia Clínica, a fin de que se declare la ineficacia del mismo y se disponga la actuación como medio probatorio de oficio la consistente en la Historia Clínica que ella presentó complementada con aquella presentada por la demandada ante INDECOPI.

2.10. Por resolución número **TRECE**, de fecha doce de julio del dos mil trece, obrante en el folio dos mil veintidós, se agregaron a los autos el oficio remitido por el Secretario Técnico de Indecopi; asimismo, se efectuó el traslado de la tacha a la demandada Clínica de Ojos Cáceda S.R.L.

2.11. A través de la Carta S/N°-2013, obrante en el folio mil ochenta y tres, se presentó la Historia Clínica de la demandante emitida a propósito de su intervención en la Clínica Oftalmosalud y el Informe Médico emitido por el Dr. Luis Oswaldo Izquierdo Villavicencio.

2.12. Por escrito de folios mil ochenta y seis a mil ochenta y nueve, la **CLÍNICA DE OJOS CACEDA S.R.L.** absolvió el traslado de la tacha, peticionando que sea declarada infundada o improcedente.

2.13. Según acta de folios mil ciento uno a mil ciento dos, se llevó a cabo el primero de agosto del dos mil diez la audiencia de pruebas, en la que se actuaron los medios probatorios admitidos de la parte demandante y los medios probatorios de oficio.

2.14. Por Oficio Nro. 775-2013-DDT-1ªFPPCT-MP-FN/2939-2011/RMVL, obrante en el folio mil ciento veinticuatro, se remitió al juzgado la Carpeta Fiscal Nro. 2939-2011. Así, mediante resolución número **QUINCE**, de fecha veintitrés de agosto del dos mil trece, obrante en el folio mil ciento veinticinco, se agregó a los autos la referida carpeta fiscal, la cual corre en separado y de manera conjunta con el expediente principal.

2.15. Luego de otros actos procesales, se emitió la resolución número **DIECIOCHO**, de fecha veinte de diciembre del dos mil trece, obrante de folios mil ciento sesenta y tres a mil ciento sesenta y cinco, por la cual, entre otros extremos, se **ADMITIERÓN** los medios probatorios ofrecidos por la codemandada **NILA ESTHER CALDERÓN ALARCÓN** de manera oportuna y extemporánea.

2.16. Por resolución número **TREINTA**, de fecha veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, que obra de folios mil trescientos setenta y uno a mil trescientos noventa, se declaró **INFUNDADAS** la **TACHA** y la demanda de **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** interpuestas por la demandante. Sin embargo, por la sentencia de vista contenida en la resolución número **TREINTA Y SIETE**, de fecha veintiuno de marzo del dos mil diecinueve, obrante de folios mil cuatrocientos ochenta y seis a mil quinientos siete, se declaró nula la sentencia de primera instancia.

2.17. Finalmente, renovándose el acto procesal declarado nulo, a través de la resolución número **TREINTA Y NUEVE**, de fecha veinticinco de junio del dos mil diecinueve, obrante de folios mil quinientos dieciocho a mil quinientos cuarenta, se declararon **INFUNDADAS** las tachas y la demanda de **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** interpuestas por la demandante. Contra esta resolución judicial, la demandante **YAEM**, a través de

su abogado Damer Edgar Egúsquiza Meza, ha interpuesto recurso de apelación, cuyos fundamentos impugnatorios serán resumidos en el ítem siguiente.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

La demandante **YAEM**, a través de su abogado Damer Edgar Egúsquiza Meza, mediante escrito de folios mil quinientos sesenta a mil quinientos ochenta y dos, interpuso recurso de apelación contra la sentencia contenida en la resolución número **TREINTA Y NUEVE**, siendo sus fundamentos impugnatorios esenciales los siguiente:

a) *"Resultan erradas las conclusiones del A-quo al analizar la Historia Clínica presentada por la demandada a folios 812 a 834, por cuanto en todos sus fundamentos (considerandos 4.4., 4.5. y 4.6. de la sentencia impugnada) utiliza las palabras ique si bien es ciertoi y isin embargoi".*

b) *"Al respecto debemos advertir que, el Juzgador a pesar de advertir el error e ilicitud de la parte demandada, justifica indebidamente su proceder yendo en contraposición a lo que establecer las normas materiales aplicables al caso, específicamente sobre lo que es una Historia Clínica. La Ley 26842 – Ley General de Salud (...) artículo 29° (...). El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (...) artículo 92° (...), artículo 93° (...). La Norma Técnica de la Historia Clínica de los Establecimientos del Sector Salud (...). Como se verá no obstante que dichas normas de derecho material y técnicas establecen que la historia clínica debe ser elaborado de manera cuidado y de contenido verás, ordenada, integrada, secuencial e inmediata del médico a sus pacientes, las co-demandadas han hecho modificaciones, alterando su contenido y agregando documentos para su conveniencia (y que prueba su conducta antijurídica), y lo que es peor aún el A-quo ha justificado dicho proceder ilícito".*

c) *"(...) se trata de una burda alteración a la Historia Clínica de mi patrocinada, y lo que es peor aún en el denominado: INFORMACIÓN SOBRE COLOCACIÓN DE LENTE INTRAOCULARES (FOLIO 829 Y 830) que, como hemos indicado, no se encuentra en la Historia Clínica de mi patrocinada, ni de INDECOPI".*

d) *"Respecto al fundamento del A-quo contenido en su considerando 3, debemos señalar que, que dichos daños están debidamente probado con lo siguiente: - Folio 8: Informe Médico del 24.08.2010, mediante el cual la misma demandada acepta que el ojo de mi patrocinada presente edema corneal, háptica temporal luxada, descentramiento de lente. – Folio 10: Recibo simple del 12.08.2010, mediante el cual se acredita el pago por la operación. – Folio 12 al 22: Historia clínica de Oftalmología Salud, donde se puede observar a folios 15, el conteo de células del ojo derecho de mi patrocinado que era 894. – Folios 23 a 25: Informe Historia Médico del 06.09.2010, con el cual se acredita que, el edema corneal ++, con diagnóstico de descompensación corneal del ojo derecho, debido a la posesión no adecuada de Lio Artisan, y que el 02.09.2010, se le interviene*

para el retiro de Lio Artisan del ojo derecho. – Folios 26 a 28: procedimiento de Lentes Artisan, con el cual se acredita que la clínica de Oftalmo Salud, sí cumplió con la información debida respecto a dichos lentes Artisan. – Folios 43 a 120: Recibos varios de gastos. – Folio 121 a 122: Informe psicológico, con lo que se acredita el daño moral. – Folio 123: Solicitud de Historia Clínica a la demandada. – Folio 205: Certificado de Discapacidad del Hospital Belén de Trujillo, con lo que se acredita el daño a la persona. – Folio 1146: Informe del 08.11.2013 del doctor Ángel Reyes Príncipe, con lo que se acredita el edema corneal, hemorragia conjuntiva, signos de probables de trauma ocular por cirugías, inflamatorios activos, consecuencia de cirugía realizadas”.

e) “Respecto al primer elemento de la responsabilidad, la ANTIJURICIDAD,(...) debemos señalar que, es FALSO que no exista medio probatorio alguno que acredite que la Dra. Elva Cáceda Sánchez mal informó a la parte demandante en cuanto su cuerpo estaba haciendo alergia a los lentes de contacto, y ello porque en la historia clínica de folios 5 vuelta, se consigna lo siguiente: “28/5/10 este ojo D alergia con ciloxan c/4 horas. 2/6/10 se entregó lente. Interesada en Artisan. Ojo derecho inflamado”. (...), por lo que sí existe vulneración al artículo 3° de la Ley de Protección al Consumidor”.

f) “También es falso lo afirmado por el A-quo en su considerando 7.2. de la sentencia, porque realmente no se le brindó a mi patrocinada la información suficiente en cuanto a las consecuencias de la operación intraocular o Artisan; y, prueba de ello es que en la historia clínica presentada por la demandante de folios 03 a 07 vuelta, no obra dicho documento denominado información sobre colocación del lentes intraoculares (que el A-quo lo señala a folios 829 a 830). Prueba de ello es también la historia clínica presentada ante INDECOPI y que corre a folios 900 a 916, donde tampoco obra dicho documento denominado información sobre colocación del lentes intraoculares (...). Sin perjuicio de nuestra afirmación del párrafo anterior, y la confianza de que nuestra tacha sea declarada fundada, si no remitimos propiamente a dicho documento información sobre colocación del lentes intraoculares de folios 829 a 830 (tantas veces invocado el Aquo para denegar el derecho a mi patrocinada), no encontramos ninguna firma, huella, nombre, cargo o recepción que haya hecho la demandante o su familiar que señale que sí se le brindó la información contenida en el mismo; tirando por los suelos cualquier afirmación hecha por las co-demandadas sobre que sí brindaron la referida información”.

g) “Respecto a lo afirmado por el A-quo (considerando 7.3.) que el Certificado de Discapacidad emitido por el Hospital Belén de Trujillo del 31.08.2011 presentado por la demandante de folios 205, resulta confuso porque si el diagnóstico era del 60% de menoscabo además de irreversible porque en la historia clínica de Oftalmo Salud de folios 1034 a 1083, se acredita que la demandante fue sometida a una operación quirúrgica para mejorar la visión. No es para nada confuso que un ser humano quiera estar bien de salud, es parte de la naturaleza humana conservar su integridad, dignidad y desarrollo personal y profesional; de ahí que mi patrocinada haya hecho lo posible para no perder su ojo y en lo posible recuperarlo, por ello acudió al mejor médico oftalmólogo de mundo (ver folios

1301 y 1302) para que corrija los errores ocasionados por las co-demandadas (...). Además no se puede negar las 03 operaciones que las codemandadas le realizó a mi patrocinada causándole el daño acreditado con dicho Certificado de Discapacidad del Hospital Belén de Trujillo de folios 205, corroborado con el Informe del Dr. Reyes Príncipe de folios 1146, sin perjuicio de afirmar el daño moral (psicológico) que ha padecido mi patrocinada por la mala praxis médica de las codemandadas. Téngase presente que dicho Certificado de Discapacidad ha sido emitido por una institución pública de reconocido prestigio: el Hospital Belén de Trujillo, y firmada por su Director Ejecutivo, el Jefe del Departamento y por el Jefe del Departamento de Medicina Física y Rehabilitación. Por último, no debe perderse de vista que dicho documento público no ha sido materia de cuestión probatoria de parte de las co-demandadas, por lo tanto mantiene su plena validez y valor probatorio para acreditar el menoscabo en la salud de mi patrocinada”.

h) “Respecto a lo afirmado por el A-quo (considerandos 7.4. y 7.5.) sobre los dictámenes de los doctores Rosa Adrianzen Casusol (folio 181 a 182) y Artemio Burga Valdivia (folios 183 a 184); debemos señalar que resulta lamentable que se tomen como ciertos dichos dictámenes, y ello debido a la vinculación amical y/o familiar entre los doctores Rosa Adrianzen Casusol y Artemio Burga Valdivia con la familia Cáceda, prueba de ello son los documentos adjuntados a nuestro recurso de apelación de fecha 18.09.2018 y que al ser de conocimiento público se solicita se tengan presente al momento re resolver”.

i) “Respecto al segundo elemento: daño causado (considerando 9), debemos de reafirmarnos en nuestros fundamentos de impugnación del numeral 2.23 del presente recurso, esto es, que la información de la colocación de lentes intraoculares de folios 829 a 830, es un documento agregado a la historia clínica de mi patrocinada”.

j) “Ahora, respecto a lo que afirma el A-quo que, antes de la intervención quirúrgica se le hizo el conteo de células de fecha 06-08-2010, las cuales también obra en la historia clínica (folio 826), también es falso porque dicho conteo nunca le hizo la demandada a mi patrocinada, prueba de ello es que dicho conteo de células no obra en la historia clínica presentada por la demandante de folios 03 a 07 y vuelta. Además, en dicho conteo de células no obra ningún logo, firma o sello de los demandados que acredite que efectivamente hicieron el conteo de células. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, si analizamos dicho conteo de células (folio 826) el nombre de mi patrocinada está ubicado fuera de la imagen, lo que nos genera suspicacia bien se pudo agregar o realizar modificaciones al mismo”.

k) “Otro hecho irregular en el proceder de las co-demandadas y que no queremos dejar pasar por lato es el Riesgo Quirúrgico Cardiológico de fecha 18.08.2010 (folio 911 y 912), que nos llama la atención porque si las operaciones fueron el 13 y 14 de agosto del 2010, porqué se hace dicho riesgo 05 y 04 días después de las operaciones. Además del hecho que dicho documento (911 y 912) no obra ni en la historia clínica

presentada por mi patrocinada de folios 03 a 07 y vuelta, ni tampoco en la historia clínica presentada por la demandada de folios 812 a 840”.

I) “Que, al momento de resolver solicitamos se tenga presente lo prescrito en la Ley 26842, Ley General de Salud, artículo 27° (...), lo que no ha hecho las codemandadas, conforme lo hemos acreditado ampliamente en los numerales precedentes, llegando incluso a alterar la historia clínica”.

IV. FUNDAMENTOS DE LA SALA.-

4.1. Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.-

1. Tenemos que es uno de los derechos fundamentales o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado, según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (Juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.
2. En nuestra legislación, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva lo tenemos regulado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política, que señala: **“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”**; asimismo, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil prescribe: **“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”**; por su parte, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: **“En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso”**.
3. Finalmente, es necesario precisar que a la tutela jurisdiccional efectiva, debemos relacionarla con la finalidad de todo proceso, establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que preceptúa: **“El Juez deberá atender que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”**.

4.2. En cuanto a las cuestiones probatorias

4. Las cuestiones probatorias son herramientas procesales a través de la cual las partes ejercen su derecho de contradicción destruyendo eficacia de las pruebas que han sido admitidas al proceso. Según el Código Procesal Civil, en el litigio civil se pueden deducir dos cuestiones probatorias: la tacha y la oposición.
5. En virtud del artículo 300 del citado Código Adjetivo, *"se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial. También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos"*.

4.3. En cuanto a la Responsabilidad Civil.-

6. En nuestro sistema de responsabilidad civil (sin distinguir aún entre responsabilidad contractual o extracontractual) rige la regla según la cual el daño debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y lucro cesante; y, daños extrapatrimoniales, al daño moral, daño a la persona y daño al proyecto de vida. De lo expuesto, se desprende que existirá responsabilidad civil si previamente existe un daño; por ende, el daño se constituye como el elemento común de ambos regímenes, ya que no se puede hablar de responsabilidad contractual o extracontractual, sin su existencia.
7. No obstante lo señalado, en todo análisis de la responsabilidad civil, se debe tener en consideración la verificación de sus cuatro elementos configuradores: la antijuridicidad, el daño, la relación causal y los factores atributivos de responsabilidad. Así, tenemos que:
 - 7.1. La **antijuridicidad**, implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico, recogándose en ésta, a los hechos antijurídicos como son: los hechos ilícitos, los hechos abusivos y los hechos excesivos.
 - 7.2. El **daño** o *laedere*, entendido como todo detrimento o menoscabo a un interés (*en el caso del sistema de responsabilidad civil extracontractual, a un interés general de "no verse dañado por nadie" que es el correlato del "alterum non laedere" o "deber jurídico de no causar daño a nadie"*) jurídicamente tutelado. Este daño requiere cumplir ciertos requisitos para efectos de su indemnización: a) que exista certeza de su existencia (una certeza lógica y una certeza fáctica); b) que no haya sido indemnizado antes;

c) debe existir una relación diádica, esto es una relación entre un sujeto "supuesto responsable" determinado y una "supuesta víctima", también determinada, y d) que sea injusto.

7.3. La **relación causal**, que es de vital importancia porque permite determinar entre una gama de hechos vinculados a la verificación del daño cuál es el "hecho determinante del daño" (determinándose al causante o responsable material) lo que acercará al "supuesto responsable jurídico del daño".

7.4. El **factor atributivo** de responsabilidad, entendido como el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable; este traspaso del peso económico del daño, como expresión de la función "redistributiva" de la responsabilidad civil.

4.4. Facultad del órgano de segunda instancia.-

8. La garantía constitucional de la instancia plural, prevista en el inciso 6) del artículo 139 de nuestra Constitución Política, impone al Órgano Jurisdiccional Revisor el deber de pronunciarse obligatoriamente sobre la forma y el fondo del proceso judicial que se ha remitido en apelación; sin embargo, de no existir alguna situación de manifiesta nulidad en el proceso, la instancia superior deberá limitar su conocimiento de acuerdo a las reglas y principios de la etapa de impugnación, entre los cuales se encuentra como uno de los más importantes- aquel principio que delimita el conocimiento del Órgano Superior a los términos y condiciones estrictamente contenidos en la impugnación presentada, denominado por la dogmática procesal como principio del llamado efecto parcialmente devolutivo "**tantum devolution quantum appellatum**", en cuya virtud el órgano superior debe reducir los límites de su revisión a las únicas cuestiones promovidas en el recurso materia de apelación.

9. El principio de la limitación recursal es considerado por el Magistrado Vergara Gotelli en su Fundamento de Voto emitido con motivo del Expediente Nro. 05178-2009-PA/TC, de la siguiente manera:

11. La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, conocido como "Tantum Appellatum Quantum Devolutum" (...) que significa que el órgano revisor al resolver la impugnación debe pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso (...). Significa ello que el Tribunal revisor sólo puede conocer y decidir aquellas cuestiones que ha limitado la impugnación del recurrente; en consecuencia (...) no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las

cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente.

10. Este principio -en cuanto a la impugnación de sentencias- ha sido recogido por nuestro Código Procesal Civil en el artículo 370, que establece: *"El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido o sea un menor de edad. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa"*; dispositivo que debe ser concordado con el artículo 366 del mismo código adjetivo, que prescribe: *"El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria"*.

4.5. Análisis del caso en concreto.-

11. Debemos empezar señalando que el señor Juez, para declarar infundadas la tacha y la demanda, fundamentó su decisión básicamente en los siguientes considerandos de la resolución materia de apelación (Nro. TREINTA Y NUEVE): **"CUARTO.- Sobre la Tacha. 4.1.-** *Conforme a lo dispuesto por el artículo 300 del Código Procesal Civil los medios probatorios que son ofrecidos por las partes pueden ser materia de cuestionamiento, por la parte contra quien se opone. Existen dos mecanismos para ello, el primero es **la tacha** y el segundo la oposición. A través de ellos – cuestiones probatorias- se permite materializar el derecho de contradicción. En el particular caso que nos ocupa, se advierte que **YAEM** ha cuestionado a través de la tacha la Historia Clínica, medio probatorio de oficio tal como consta en la resolución número diez [fs. 795 a 797], siendo esto así antes de entrar a resolver el fondo del caso en concreto resulta pertinente resolver la tacha formulada. Con respecto a la tacha de documentos, ésta tiene por finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él. Esto es, la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida, ello se desprende de los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil. De tales artículos también se puede deducir que las causales por las cuales se puede tachar un documento son: a) **falsedad**, y b) **la ausencia de una formalidad esencial que para el documento la ley prescribe bajo sanción de nulidad**. En consecuencia, no procederá tachar un documento por causales sustentadas en la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, o en hechos de extemporaneidad o impertinencia de la prueba. Ello, además, ha sido afirmado por la Corte Suprema en la **Casación N° 1357- 96/Lima 4.2.-** Tal como expresamos, las causales por las cuales se puede tachar un documento son: a) **falsedad**, y b) **la ausencia de una***

formalidad esencial que para el documento la ley prescribe bajo sanción de nulidad. Ahora bien, **entiéndase por falsedad** cuando lo consignado en él no concuerda con la realidad. En consecuencia, un documento que contiene datos inexactos o es falsificado podrá ser tachado bajo la causal de falsedad. En los procesos de conocimiento y abreviados las tachas se acreditan con cualquier clase de prueba. En consecuencia, si se tacha un documento público, la prueba idónea para demostrar la falsedad de tal documento será una pericia grafotécnica o, en su defecto, un informe del funcionario público respectivo en el cual se exprese que el documento tachado es falso. Tal informe, por disposición del artículo 239 del Código Adjetivo, se presumirá como auténtico. **Si el objeto de la tacha es probar la falsedad de una copia simple de un documento, sea público o privado, se tendrá que presentar para el cotejo respectivo el documento original o copia certificada del mismo.** Ahora se entiende por **Nulidad del documento**; un documento será nulo cuando carezca de un requisito esencial para su validez. El documento nulo no es capaz de producir efectos jurídicos, por consiguiente carece de eficacia probatoria. La nulidad de un documento no generará la nulidad del acto, ello porque el documento y el acto son distintos (artículo 225 del Código Civil). Sin embargo, cuando el documento constituye un requisito indispensable para la validez del acto, su nulidad también producirá la de éste. Ahora bien, para efecto de lograr la ineficacia probatoria de un documento por supuesta nulidad, la tacha deberá estar basada en aspectos formales del documento, los mismos que tienen que estar sancionados con nulidad, lo cual no implica cuestionar la validez del acto jurídico. En ese sentido, las partes podrán cuestionar vía tacha la validez del documento por no haber cumplido con alguno o todos los requisitos esenciales para su validez, pero no podrán cuestionar su validez argumentando la nulidad del acto jurídico contenido en él, ello porque el juez al momento de resolver la tacha, no analizará si el acto contenido en el documento es válido o nulo, sino que sólo verificará si el documento cumple o no determinada formalidad y si su ausencia está sancionada con nulidad. **4.3.-** En el caso de autos se tiene que por escrito de fecha 08 de julio del 2018, en [fs. 929 a 936], la parte demandante formula tacha contra el documento consistente en la Historial clínico presentado por la codemandada Clínica Cáceda en [fs. 812 a 834], a fin de que se **declare la ineficacia de dicho** medio probatorio alegando que: **1).-** Que, la historial clínico se encuentra incompleta y que ciertos folios que se adjuntan han sido posteriormente creados por la codemandada, con la finalidad de inducir en error al Juzgado **2).-** Que la Historial Clínico presentado por la Clínica Cáceda consta de 23 caras de hoja; **3).-** Que, la historial clínico presentado ante INDECOPI, consta de 22 de caras de hoja; **4).-** Con el detalle de cada historial clínico presentado por la Clínica de ojos Cáceda, ante el Juzgado y ante INDECOPI, se determina que existen diferencias entre ambas; pero aun hay documentos existentes en una (H.C. del Juzgado) pero faltantes en la otra (H.C. INDECOPI); **5).-** Que, la demandada ha modificado a su antojo la Historial clínico, por lo que se deberá tachar la ultima Historial Clínica, y tener en cuenta la historial clínico presentado en el escrito de demanda, **6).-** Que, la clínica esta presentado (en copia certificada) exámenes y cirugías como si se hubiesen realizado

en el clínica demandada, lo cual es falso, ya que se realizaron en el IRO, como el la Ecografía Ocular del 11.08.2010, operación del día 21.08.2010; exámenes médicos que nunca se realizaron, como es el caso del conteo de células Endoteliales; **7).**- Que, la historia Clínica presentada, existe documentación de más, como por ejemplo el examen de conteo de células endoteliales, así como ecografías oculares, entre otros; Así mismo, alega que la Historia Clínica presentada ante Indecopi, es diferente a la Historia Clínica cuestionada, toda vez que en este caso no se presenta por ejemplo la Boleta de Venta 005N° 0646350 del IRO, de fecha 11 de Agosto 2010 que es sobre el contaje de células endoteliales. **4.4.-** Analizando los fundamentos de hechos, con los medios probatorios presentados en el escrito de tacha formulada por la parte demandante, se tiene que en su primer fundamento señala que la historia clínica de [fs. 812 a 834], la cual fue admitida como medio probatorio de oficio está incompleta; por cuanto señala que la Ecografía ocular de [fs. 827 a 828], presentado en el historial clínico presentado ante el despacho, consta de 02 caras, mientras que en la Historial clínico presentado ante Indecopi consta de 03 caras. Respecto a este fundamento de hecho y al medio probatorio presentado para acreditar que el historial clínico presentado en [fs. 812 a 834], debe declararse ineficaz por cuanto fue creado de manera fraudulenta, tenemos que si bien es cierto en el historial clínico presentado en [fs. 812 a 834], la Ecografía ocular consta de 02, y la Ecografía ocular presentado ante Indecopi consta de 03 caras; sin embargo, se puede apreciar de dichos medios probatorios que no son contradictorios, por cuanto del Historial clínico presentado ante el despacho así como del historial clínico presentado ante Indecopi se tiene que la Ecografía Ocular es de **fecha 11 de agosto del 2010**; tal como se puede apreciar en [fs. 827 a 828], y de [fs. 908 a 910], ahora respecto al documento que existe demás en la Historial clínico presentado ante Indecopi, este Juzgado considera que no es medio probatorio que acredite que el Historial clínico de [fs. 812 a 834], hay sido creado de manera fraudulenta por la parte demandada, por cuanto como ya se señalo líneas arriba para fundamentar la tacha en la falsedad del documento se tiene que acreditar que el documento tachado contiene **datos inexactos o es falsificado**, lo cual no ocurrió en el presente caso por cuanto como quedo acreditado en autos la Ecografía ocular en las dos historiales clínicos es de fecha 11 de agosto del 2010 y que el medio probatorio demás presentado en la Historial Clínico ante Indecopi no es medio probatorio que cambien el sentido de lo resuelto, es mas ni siquiera fue valorado en el presente proceso. **4.5.-** Respecto al fundamento de hecho que el Historial Clínico de [fs. 812 a 834], contiene ciertos folios que fueron creados posteriormente, tales como 02 caras de información sobre colación de lentes intraoculares, 01 cara de hoja de Reporte Operatorio de fecha 14 de agosto del 2010, y una cara de reporte operatorio de fecha 21 de agosto del 2010, las cuales alega que no figuran en el Historial clínico presentado ante Indecopi. Respecto a este punto se tiene que efectivamente tal como alega la parte demandante dichos documentos no figuran en el Historial Clínico presentado ante Indecopi; sin embargo, hay que tener en cuenta que la tacha formulada por la parte demandante, es sobre la falsedad dicho documentos; es decir que la parte demandante debió acreditar que dichos medios

probatorios no concuerdan con la realidad de los hechos, y que además dichos documentos no son auténticos; sin embargo, en autos no hay medio probatorio que acredite que los referidos medios probatorios hayan sido creados de manera fraudulenta; máxime si de autos se acredita que son certificados por un Notario Público tal como se puede acreditar de [fs. 829 a 830], y [fs. 832 a 834], el cual dio fe pública que es copia fiel de un Original; en consecuencia este Juzgado considera que si bien es cierto en la historia clínica presentado ante Indecopi no se encuentra anexo dichos medios probatorios; sin embargo, no se puede decir que en base a estas alegaciones y a lo faltante en la Historia Clínica presentada a este Juzgado sea falso, por cuanto hay que tener en cuenta que una tacha basada en la falsedad de un documento se tiene que acreditar con un medio probatorio que este es falso **4.6.-** Respecto al argumento que en el Historial Clínico presentado ante Indecopi se han presentado 02 caras conteniendo copia de 03 Boletas de venta por exámenes de Conteo de células Endotelial común de fecha 06 de agosto del 2010; la parte demandante alega que nunca le realizaron dicho examen y que además refiere que el examen señala que se realizó el 06 de agosto del 2010, y que en la Boleta de venta 005 N° 0646350 tiene como fecha el día 11.08.2010; es decir 05 días después del examen y de su impresión. Respecto a este punto este Juzgado considera que si bien es cierto la fecha que se realizó los exámenes consta el 06 de agosto del 2010 y que la Boleta de venta 005 es de fecha 11 de agosto del 2010; sin embargo, dicho argumento no acredita que la Historia clínica de [fs. 812 a 834], el cual fue admitido como medio probatorio de oficio haya sido creada de manera fraudulenta; máxime si la propia demandante refiere que nueve caras concuerdan con la Historial Clínico que en su oportunidad le brindo la codemandada Clínica Cáceda a la recurrente; en consecuencia este Juzgado considera que el hecho que en una Historia clínica haya más y en otra menos folios no acredita que la Historia Clínica de [f 812 a 834], sea falsa, por cuanto no hay medio probatorio que acredite dicha falsedad o que este haya sido creada contrario a la realidad tal como la parte demandante refiere; por otra parte que en Historial Clínico presentado ante Indecopi conste una boleta con fecha 11 de agosto del 2010, no es medio probatorio que acredite la falsedad de la Historial clínica admitida de oficio en [fs. 812 a 834], máxime si tenemos en cuenta que dicho medio probatorio fue valorado en sede administrativa; asimismo, hay que tener en cuenta que una cosa es la nulidad del documento y la otra la nulidad que contiene ese documento el cual este Juzgado considera que se tendrá que ver en la vía correspondiente. En consecuencia la tacha formulada por la recurrente, se debe declarar infundada”.

12.Y agrega: **"SÉTIMO.-**En esa línea de ideas, debe determinarse en primer lugar si la conducta desplegada por las demandadas, se subsume dentro del **primer elemento**, anotado en el considerado quinto, como **ANTI JURICIDAD. 7.1.-** En el presente caso tenemos que uno de los fundamentos de hecho de la demandante alega que: "La parte demandada le mal informo al decirle que su cuerpo estaba haciendo ALERGIA a los lentes de contacto, es decir ya no los podía utilizar y que lo mejor sería que considerara una operación intraocular o Artisan debido a lo pronunciado de su miopía"; es decir

alega que la Dra. Elva Cáceda Sánchez le indujo a error por cuanto fue producto de su mala información es que se somete a la operación de colocación del lente Artisan; respecto a este punto no existe medio probatorio alguno que acredite que la Dra. Elva Cáceda Sánchez mal informo a la Parte demandante en cuanto su cuerpo estaba haciendo alergia a los lentes de contacto, **por ende no existe vulneración al artículo 3° de la Ley de Protección al Consumidor por cuanto dicha norma prohíbe toda información falsa o que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza características propias de los productos o servicios ofrecidos.**

7.2.- Así mismo la recurrente alega que no se le brindo la información suficiente en cuanto a las consecuencias de la operación intraocular o Artisan; en cuanto a este punto tenemos que la Información sobre colocación del Lentes Intraoculares obra en la historia clínica de la demandante en [fs. 829 a 830], en la cual se establece lo siguiente: [...] 1. Desprendimiento de retina. Los pacientes que van a ser sometidos a cirugías intraoculares **son estudiados detenidamente y evaluados por el retinólogo, cosa que Ud. Ya lo hizo** [...] 2. Infección. Se tomara todos los cuidados y medidas de precaución como antibióticos profilaxis en el pre operatorio, esterilización, asepsia y antisepsia en la sala de operaciones en el pre operatorio adecuado. Pese a todas estas medidas existe una posibilidad muy baja de que un germen ingrese al ojo y cause una infección grave cuando se realiza una cirugía ocular., 3. **Movilización o desplazamiento de su lente. Esto puede suceder, especialmente si Ud. Es miope alto,** mientras más alta es la miopía es más grande su ojito y tiene estructura y espacios anatómicos que podrían facilitar estos desplazamientos. Esto puede ocurre en el postoperatorio inmediato, incluso años después. [...] 4. **Disminución del número de recuento de células endoteliales. Para la colación de un lente intraocular se miden previamente su número de células. Ud tiene un número adecuado para que la cirugía, pueda realizarse; sin embargo las células endoteliales van a disminuir durante el acto quirúrgico.** Esta pérdida dependerá de la respuesta del organismo de cada paciente. También debe saber que si a Ud. Se le va colocar un lente en la cámara anterior del ojo esto conllevara a una pérdida gradual a lo largo de los años. Esto es un motivo importante para que no deje de acudir a sus controles ya que el médico le solicitara cada cierto tiempo un nuevo recuento de células endoteliales. [...] **Luego de haber leído detenidamente este documento y de haber discutido con su médico tratante cada uno de los puntos para poder absolver todas sus dudas o inquietudes firme la autorización que se anexa al presente documento a fin de realizar la programación de su cirugía. [el subrayado y negrita es nuestro]** De dicho informe se acredita que si se le informo a la demandante, YAEM de la operación que estaba a punto de someterse y de las consecuencias de la misma por cuanto del Informe sobre colocación del lente intraocular de [fs. 829 a 830], se acredita que la parte demandada le informa a la demandante, YAEM que puede suceder una Movilización o desplazamiento del lente intraocular, especialmente si ella es de miopía alta, y que mientras más alta sea la miopía es más grande su ojo y tiene estructuras y espacios anatómicos que podrían facilitar el desplazamiento, y que este

desplazamiento podía ocurrir en el postoperatorio inmediato, o incluso años después, por ende la demandante, YAEM estaba plenamente informada sobre el posible desplazamiento o movilización de lente intraocular que se le iba a colocar, mas aun si ella misma reconoce que era de miopía alta, es decir que corría el riesgo que eso sucediera; así mismo, se le informa sobre la disminución del número de recuento de células endoteliales y que estas disminuirían con trascurrir del tiempo y que dicha pérdida dependerá de la respuesta del organismo de cada paciente, por ende debería acudir siempre a su médico tratante para poder hacer un nuevo recuento de células, por ultimo al final del informe se puede observar que una vez leído dicha información y al estar conforme con todo la demandante, YAEM firmo la autorización para la colocación del lente intraocular la cual obra en [fs. 831], en donde se puede observar que la demandante, YAEM firma la autorización para ser sometida a la operación quirúrgica de colocación de lente Artesan, por consiguiente no se ha vulnerado La Ley General de Salud – Ley N° 26842, la cual establece en su **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, ni el artículo 2°5 literal 2.1) de la Ley de Protección al consumidor el cual establece que: los consumidores tiene derecho a recibir de los proveedores la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los mismo **7.3.-** Siguiendo con el análisis de los medios probatorios que obran en autos tenemos el certificado de Discapacidad Emitido por el Hospital Belén de Trujillo el **31 de agosto del 2011** presentado por la demandante el cual obra en autos [fs. 205], del mismo se observa que la recurrente contaba con un 60% de menoscabo, **y además irreversible, es decir que no podía volver su visión a su estado o situación anterior; sin embargo,** esta irreversibilidad la cual fue diagnosticada por el Hospital Belén torna un poco confuso por cuanto de la Historia clínica emitida por Oftalmo Salud en [fs. 1034 a 1083], se acredita que la demandante, YAEM con fecha **05 de diciembre del 2012** fue sometida a una operación quirúrgica en el ojo derecho con la finalidad de mejorar la visión, el mismo ojo que fue sometido a intervención quirúrgica en el año 2010 por la parte demandada, dicha operación a la cual fue sometida el 05 de diciembre del 2012 consistía en: **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 2°.-Información relevante** 2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. FACO + LIO ASAFERICO, la misma que de la historia clínica se acredita que es un tipo de operación intraocular; es decir la operación Artesan la cual fue sometida en el año 2010 por la parte demanda así como la operación de Facó + Lio Asaferico en el 2012 son dos tipos

de operación intraoculares que se realizan con la finalidad de mejorar la visión en pacientes de alta miopía como es el caso de la demandante, por ende la confusión que genera el certificado Médico de discapacidad, es en cuanto a su irreversibilidad es decir que ya no había posibilidad de poder regresar a su estado anterior para luego el año siguiente esta irreversibilidad se convierta en reversible es decir que pudo volver a su estado o situación anterior. **7.4.-** Siguiendo con el análisis de los medios probatorios presentados en autos tenemos el Expediente Administrativo N° 2939-2011, en el cual obra el Dictamen Pericial Medico [fs. 181 a 182], emitido por la doctora Rosa Adrianzen Casusol, en la que se concluye principalmente lo siguiente: - [...] se puede colegir que **no hubo mala práctica Médica** por cuanto los resultados de agudeza visual reportador en la historia clínica de OFTALMOSALUD la paciente logro una visión de 20/40 el 01 de setiembre del 2010, sin edema corneal y con refracción cero. -[...] en mi opinión la operación (realizada por los investigados) **no afecto negativamente la visión de la intervención**, ya que de los datos registrados se deduce que la visón de la señora Egusquiza mejoro con la intervención realizada por la doctora Cáceda dado que el informe de la clínica OFTALMOSALUD, el 01 de setiembre después de la cirugía la paciente veía 20/40 en dicho ojo, la cornea estaba transparente y la refracción era cero. -[...] la medicina indicada por la Dra. Cáceda corresponde a lo que **normalmente se usa en el post operatorio de un cirugía intraocular** como son antibióticos (para prevenir infecciones) y antiinflamatorios (para reducir la respuesta inflamatoria que sucede normalmente frente a cualquier cirugía) De dicho dictamen pericial el perito acredita que no hubo mala práctica médica en la operación quirúrgica realizada por la parte demandada, y que además los medicamentos que fueron recetados después de la operación a la parte demandante no afecto negativamente la visión de la intervención y que fueron los normales que se usan en el post operatorio de una cirugía intraocular. **7.5.-** Así mismo se tiene en el expediente administrativo el Informe Médico en [fs. 183 a 184], emitido por el Doctor Artemio Burga Valdivia, en el que concluye lo siguiente: - En la intervención quirúrgica de colocación de lente intraocular en el ojo derecho, **no hubo mala práctica médica.** - El implante de lente intraocular faquico está indicado en pacientes miopes altos que no desean utilizar lentes y que tampoco se puede realizar cirugías refractivas con laser. - Después de la primera operación realizada el 14 de agosto del 2010 colocación de lente Artisan en cámara anterior y luego el 21 de agosto del 2010 Recolocación de Artisan, **la agudeza visual del ojo derecho mejoro de cuenta dedos (20/150) a 20/60**, a pesar del edema corneal, que es un hallazgo normal en la evolución post operatorio de cirugía intraocular. De dicho informe Médico emitido por el Doctor Artemio Burga Valdivia, acredita que no hubo mala práctica médica y que además su agudeza visual de la demandante, YAEM mejoro después de la intervención quirúrgica de 20/150 a 20/60, a pesar del edema corneal que presentaba lo cual era normal el edema cornal en la evolución post operatorio de cirugía intraocular. **OCTAVO.-** Por todo lo dicho en el considerando precedente y de las pericias medicas por parte de especialistas nombrado por el Colegio Médico del Perú las cuales obran en el expediente administrativo N° 2939-2011 acreditan que no existe una mala práctica en la intervención quirúrgica realizada a la demandante y

menos que producto de dicha operación se haya producido un menoscabo a su salud por cuanto no se acredita que **es un hecho ANTIJURÍDICO**".

13.A Lo cual se adiciona: "**NOVENO.**-Respecto a este segundo elemento: **DAÑO**

CAUSADO, la parte demandante alega: "que el daño se produjo producto de la pedida de células de visión a consecuencia de las malas operaciones realizadas y la no obtención del resultado prometido el ver bien". En el presente caso tenemos que la historia clínica de la demandante, YAEM la cual obra en [fs. 812 a 840], emitida por la Clínica de Ojos Cáceda, se encuentra la información sobre colocación de lentes intraoculares [fs 829 a 830], en la cual en uno de sus puntos establece que: "Disminución del número de recuento de células endoteliales. Para la colación de un lente intraocular se miden previamente su número de células. Ud tiene un número adecuado para que la cirugía, pueda realizarse; sin embargo las células endoteliales van a disminuir durante el acto quirúrgico. Esta pérdida dependerá de la respuesta del organismo de cada paciente. También debe saber que si a Ud. Se le va colocar un lente en la cámara anterior del ojo esto conllevara a una pérdida gradual a lo largo de los años"; **Es decir** acredita que a la demandante, YAEM Antes de ser sometida una intervención quirúrgica se le hizo un conteo de células las cuales también obra en el historia clínica [fs. 826], la misma que determino que la recurrente contaba con un número adecuado de células para poder ser sometida a la intervención quirúrgica de colocación de lente Artisan, y que además estas disminuirán durante la intervención quirúrgica y con el transcurrir del tiempo, así mismo del expediente administrativo N° 2939-2011 en [fs. 184], se encuentra el informe del Dr. Artemio Burga Valdivia el cual señala: [...] **COMENTARIO:**

Si la agudeza visual y los síntomas han mejorado con el tratamiento indicado y debido al tiempo post operatorio transcurrido y aun más, con el conteo bajo de células endoteliales: **NO ESTABA INDICADO EL RETIRO DE LIO ARTISAN**. Por ende esto desvirtúa lo alegado por la parte demandante en cuanto al daño alegado que sufrió producto de la intervención quirúrgica y la disminución de las células. **DECIMO.-** En cuanto al **tercer elemento: RELACIÓN DE CAUSALIDAD**, la relación de causalidad que normativamente se exige en este régimen de responsabilidad **únicamente permite indemnizar aquellos daños que sean consecuencias directas** [próximas según el término de la norma] de la conducta de las demandadas. A fin de determinar la correcta cadena causal entre las conductas de todas las demandadas y el resultado provocado resulta necesaria la referencia a la regla de la causalidad próxima que en causa los hechos realizados por los mismos para, poder determinar con certeza si la operación del lente intraocular en el ojo derecho (hecho presuntamente dañoso) puede considerarse consecuencia próxima o inmediata de los hechos desplegados y si, consecuentemente, pueden ser atribuidas causalmente a las emplazadas. En el caso en concreto la conducta antijurídica (cusa) en la que no incurrieron la parte demandada puesto que en autos quedo acreditado que la operación quirúrgica que lo realizaron a la demandante, YAEM no hubo una mala práctica médica; sino que más bien, el actuar de los demandados no ocasionaron

perjuicio económico a la demandante. Por lo tanto no se ha **configurado la relación de causalidad**. **DÉCIMO PRIMERO.-** Finalmente respecto a los **FACTORES DE ATRIBUCION: criterio de imputación subjetivo, NO se ha acreditado actuar culposo de los demandadas** puesto que en el presente caso tenemos que la historia clínica de la demandante, YAEM la cual obra en [fs. 812 a 840], emitida por la Clínica de Ojos Caceda, se encuentra la información sobre colocación de lentes intraoculares [fs. 829 a 830], y con la autorización firmada por la recurrente se acredita que la parte demandada tomaron las diligencias debidas para ese tipo de operación quirúrgica. **DÉCIMO SEGUNDO.- respecto a los intereses legales como pretensión accesoria; se tiene que al no se ampara la pretensión principal corresponde lo propio con dicha pretensión accesoria por cuanto esta corre la suerte de lo principal".** Contra esta resolución judicial, la parte demandante ha interpuesto su escrito de apelación, el cual contiene doce cuestionamientos impugnatorios, los cuales serán atendidos a continuación.

14. En el **primer cuestionamiento de apelación** se sostiene que resultan erradas las conclusiones del juez de instancia al analizar la Historia Clínica presentada por la demandada a folios ochocientos doce a ochocientos treinta y cuatro, por cuanto en los considerandos 4.4., 4.5. y 4.6. de la apelada utiliza las palabras ique si bien es cierto! y isin embargo!

15. Al respecto, el artículo 366 del Código Procesal Civil prescribe: "*El que interpone apelación debe **fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución**, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria*". Esta norma contempla el denominado principio de impugnación privada, por el cual la adecuada fundamentación del recurso pasa a ser un presupuesto fundamental de la apelación.

16. Así, la jurisprudencia nacional, en la Casación Nro. 611-97-Callao, ha referido que: "*La ley procesal prescribe el cumplimiento a cabalidad con los requisitos de fondo lo cual **significa la indicación de las razones por las que las normas denunciadas debieron aplicarse al caso concreto**. Por tanto, la sola enumeración del agravio no satisface el requisito de la debida fundamentación*"; y en la Casación Nro. 1203-99-Lima ha señalado: "*Es indispensable que el recurso de apelación contenga una fundamentación del agravio, **indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución impugnada** y precisando su naturaleza de tal modo, que el agravio fija la pretensión a la Sala de Revisión, pues la idea de perjuicio ha de entenderse como base objetiva del recurso*".

17. De este modo, tal como ha orientado la doctrina, "*no es suficiente alegar un agravio con meros argumentos vagos y confusos, ni limitarse a citar ejecutorias y*

*doctrinas sin indicar su pertenencia al caso. **Se requiere que se formule el sustento de la pretensión impugnatoria, sus fundamentos, sus razones** y no se limite a una simple referencia a lo que surge de autos, **caso contrario, nos encontraremos ante una fundamentación insuficiente que no justificaría la concesión del recurso***¹.

18. Por ende, si es que los agravios esbozados no cuestionan un error de hecho o de derecho contenido en la decisión judicial impugnada, no se podrá emitir pronunciamiento alguno sobre ellos, por lo que corresponderá al juez revisor rechazarlos de plano.

19. Ingresando al análisis de la sentencia apelada, tenemos que el empleo de las frases *ique si bien es cierto!* y *isin embargo!*, que denuncia la parte recurrente, no constituyen en sí agravios, pues no se refiere a un problema de motivación, de incorrecta valoración del caudal probatorio, de una deficiencia en el proceso o de una incorrecta interpretación, integración o aplicación de las normas. En este sentido, al no cumplir la parte demandante con el principio de impugnación privada, tenemos que su primer cuestionamiento de apelación debe ser rechazado.

20. En el **segundo, tercer y decimo segundo cuestionamiento impugnatorio** se argumenta que el juez, a pesar de advertir el error e ilicitud de la parte demandada, justifica indebidamente su proceder yendo en contraposición a lo que establecen los artículos 27 y 29 de la Ley Nro. 26842, los artículos 92 y 93 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú y la Norma Técnica de la Historia Clínica de los Establecimientos del Sector Salud, toda vez que la historia clínica tachada ha sufrido una alteración en su contenido, llegándose a agregar documentos en ellas para la conveniencia de la parte demandada, como es el caso del documento: INFORMACIÓN SOBRE COLOCACIÓN DE LENTE INTRAOCULARES, que no se encuentra en su Historia Clínica ni la de INDECOPI.

21. Al respecto, el artículo 27 de la Ley Nro. 26842 – Ley General de Salud– prescribe: ***“El médico tratante, así como el cirujano- dentista y la obstetrix están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos. Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o***

¹ LEDESMA, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 156.

físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado". Por su lado, el artículo 29 de la misma ley señala: **"El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado. La historia clínica es manuscrita o electrónica para cada persona que se atiende en un establecimiento de salud o servicio médico de apoyo. En forma progresiva debe ser soportada en medios electrónicos y compartida por profesionales, establecimientos de salud y niveles de atención. La información mínima, las especificaciones de registro y las características de la historia clínica manuscrita o electrónica se rigen por el Reglamento de la presente Ley y por las normas que regulan el uso y el registro de las historias clínicas electrónicas. Los establecimientos de salud y los servicios médicos de apoyo quedan obligados a proporcionar copia, facilitar el acceso y entregar la información clínica contenida en la historia clínica manuscrita o electrónica que tienen bajo su custodia a su titular en caso de que este o su representante legal la soliciten. El costo que irroque este pedido es asumido por el interesado"**.

22. Así, de los dos citados dispositivos legales tenemos que el médico tratante, así como el cirujano, el dentista y la obstetrix están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos, todo lo cual debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que además contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.

23. En cuanto a los artículos 92 y 93 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, tenemos que el primero de ellos prescribe: **"La historia clínica es el documento médico con valor legal en el que se registra el acto médico. Debe ser veraz y completa. El médico debe ser cuidadoso en su elaboración y uso, y no incluir apreciaciones o juicios de valor o información ajenos a su propósito"**, y el segundo: **"El médico no debe modificar o adulterar el contenido de la historia clínica, o de cualquier otro documento clínico relacionado con la atención del paciente, sea para perjudicarlo o para obtener algún beneficio indebido para éste, para sí o para terceras personas"**.

24. De los citados dispositivos legales, se tiene como norma que la historia clínica es el documento médico con valor legal en el que se registra el acto médico. Debe ser veraz y completa, por lo que no puede ser modificada por el médico bajo ningún contexto.

25. Finalmente, la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, NTS Nro. 139—MINSa/2018/DGAIN, se encarga de regular los procedimientos para la Gestión de la Historia Clínica, teniendo así la finalidad

de contribuir a mejorar la calidad de atención a los usuarios de los servicios de salud, a través de un adecuado manejo, conservación y eliminación de las Historias Clínicas, así como a proteger los intereses legales de los usuarios, del personal de la salud y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPRESS del Sector Salud.

26. Así, de las tres mencionadas normas se concluye que el médico tratante, así como el cirujano, el dentista y la obstetriz están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos, todo lo cual debe estar sustentado en una Historia Clínica veraz y suficiente que además contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado y que, al contar con valor legal, no puede ser modificada bajo ningún contexto. Respetando los procedimientos para su elaboración, los intereses legales de los usuarios, del personal de la salud y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPRESS del Sector Salud que se verán tutelados.

27. En este sentido, está prohibido que la Historia Clínica de un paciente sufra de alguna alteración, si ello ocurre, ya no estaremos ante una información veraz o suficiente, por lo que en el contexto de un proceso, perdería su eficacia probatoria.

28. Ahora bien, tal como ocurre con cualquier cuestionamiento procesal, se tiene que el interesado en restarle eficacia probatoria a determinado medio probatorio, como es el caso de una Historia Clínica, debe emplear una cuestión probatoria, la cual, para el caso en concreto, sería una tacha.

29. Así, la tacha es una especie del género cuestión probatoria cuyo objeto es quitar validez o restarle eficacia a un medio de prueba, en razón de existir algún defecto o impedimento respecto de él. En efecto, a través de ella las partes sostienen la nulidad o falsedad de la prueba documental; de este modo, ***si se invoca la falsedad, se tiene que probar que el documento tachado resulta ser uno no auténtico por no guardar su contenido o la firma en él impresa correspondencia o identidad con la realidad del acto o hecho acontecidos o con la impresa correspondencia o identidad con la realidad del acto o hecho acontecidos*** (especialmente si son inexistentes) ***o con la persona a quien se le atribuye. La nulidad, en cambio, supone la existencia de un documento inidóneo para surtir efectos jurídicos por haberse inobservado en su elaboración los***

requisitos o condiciones exigidos por el ordenamiento legal bajo sanción de nulidad².

30. En el caso concreto, tal como ha señalado el juez de primera instancia, consideramos que los argumentos esbozados por la parte demandante que sustenta su tacha, de folios novecientos veintinueve a novecientos treinta y seis, contra la Historia Clínica de folios ochocientos doce a ochocientos treinta y cuatro, consistente en que: i) la Historia Clínica se encuentra incompleta y que ciertos folios que se adjuntan han sido posteriormente creados por la codemandada, ii) la Historia Clínica cuestionada consta de 23 caras y la presentada ante INDECOPI de 22, iii) hay documentos existentes en la Historia Clínica (del Juzgado) pero faltantes en la otra (del INDECOPI), iv) la demandada ha modificado a su antojo la Historia Clínica, v) la Historia Clínica cuestionada presenta en copias certificadas exámenes y cirugías como si se hubiesen realizado en la clínica demandada, lo cual es falso, ya que se realizaron en el IRO, v) en la Historia Clínica presentada existe documentación de más y vi) la Historia Clínica presentada ante Indecopi es diferente a la cuestionada; no pueden generar la ineficacia de la cuestionada documental, toda vez que se han formulado sin que exista medio probatorio alguno que acredite la falsedad que se alega, esto es, no se ha probado que la Historia Clínica presentada por la **CLÍNICA DE OJOS CACEDA** resulta ser no auténtico por no guardar su contenido o la firma en él impresa correspondencia o identidad con la realidad del acto acontecido o con la persona a quien se le atribuye. En este sentido, los cuestionamientos impugnatorios analizados deben ser rechazados.

31. En el **cuarto cuestionamiento de apelación** se sostiene que los daños están debidamente probados con los siguientes medios probatorios: el Informe Médico del 24 de agosto del 2010 de folio ocho, el recibo simple del 12 agosto del 2010 de folio diez, la Historia Clínica de Oftalmo Salud de folios doce a veintidós, el Informe Historia Médico del 06 de setiembre del 2010 de folios veintitrés a veinticinco, el procedimiento de Lentes Artisan de folios veintiséis a veintiocho, los recibos de gastos de folios cuarenta y tres a ciento veinte, el Informe psicológico de folios ciento veintiuno a ciento veintidós, la solicitud de Historia Clínica de la demandada de folios ciento veintitrés, el Certificado de Discapacidad del Hospital Belén de Trujillo de folios doscientos

² DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA. *Manual del Proceso Civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p. 474.

cinco, el Informe del 08 de noviembre del 2013 del doctor Ángel Reyes Príncipe de folios mil ciento cuarenta y seis.

32. Sobre el particular, el artículo 188 del Código Procesal Civil prescribe: "*Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones*"; por su lado, el artículo 197 del mismo cuerpo de leyes señala:

"Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión"

33. De los citados dispositivos legales tenemos que las pruebas tienen como fin acreditar las hipótesis fácticas que cada una de las partes expone en sus escritos postulatorios, a fin de producir certeza en el juez. Ahora bien, dichas pruebas, a fin de causar tal grado de cognoscibilidad, deben ser valoradas de forma conjunta por el juez, quien está obligado a expresar únicamente las valoraciones esenciales y determinantes que respaldan la decisión judicial adoptada.

34. Ahora bien, en cuanto al daño, como elemento de la responsabilidad civil, tenemos que este es definido como **"toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales"**³.

35. En cuanto a las pruebas que ha invocado la recurrente en el cuestionamiento analizado, tenemos que si bien ellas acreditan la existencia de un menoscabo en la integridad de la recurrente, lo cierto es que ello no puede ser imputado a la parte demandada, quien actuó diligentemente en la intervención quirúrgica de la demandante, al informar a esta última sobre las consecuencias de operarse, obteniendo así su consentimiento informado, y realizó la operación luego de verificar que la paciente se encontraba en condiciones para ser sometida a ella.

36. Aunado a lo anterior, a diferencia de lo que señala la recurrente, en el expediente obran pruebas que demuestran que la operación a la cual ella se sometió le terminó siendo favorable y se efectuó sin que se incurra en mala *praxis* médica. Así tenemos que del expediente administrativo Nro. 29392011 (que obra a cuerda separada del expediente principal y como acompañado),

³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Proyecto de autocapacitación asistida "Redes de Unidades Académicas Judiciales y Fiscales"*. Educación a distancia. Responsabilidad civil extracontractual. Lima: Academia de la Magistratura. 2000. p. 42.

de folios ciento ochenta y tres a ciento ochenta y cuatro, se encuentra el informe del Dr. Artemio Burga Valdivia, en el cual se señala:

"a) En la intervención quirúrgica de colocación de lente intraocular en el ojo derecho, no hubo mala práctica médica. b) El implante de lente intraocular fáquico, está indicado en pacientes miopes altos que no desea usar lentes y que tampoco se puede realizar cirugía refractiva con laser. c) Después de la primera operación realizada el 14.08.10: Colocación de lente Artisan en cámara anterior y luego el 21.08.10: Recolocación de Artisan, **la agudeza visual del ojo derecho mejoró de Cuenta Dedos (20/150) a 20/60**, a pesar del edema corneal, que es un hallazgo normal en la evolución post operatoria de cirugía intraocular"; y, el Expediente Administrativo Nro. 2939-2011, en el cual obra el Dictamen Pericial Medico de folios ciento ochenta y uno a ciento ochenta y dos, emitido por la Dra. Rosa Adrianzen Casusol, en la que se concluye principalmente lo siguiente:

"[...] se puede colegir que **no hubo mala práctica Médica** por cuanto los resultados de agudeza visual reportador en la historia clínica de OFTALMOSALUD la paciente logro una visión de 20/40 el 01 de setiembre del 2010, sin edema corneal y con refracción cero. -[...] en mi opinión la operación (realizada por los investigados) **no afecto negativamente la visión de la intervención**, ya que de los datos registrados **se deduce que la visión de la señora Egusquiza mejoro con la intervención realizada por la doctora Caceda** dado que el informe de la clínica OFTALMOSALUD, el 01 de setiembre después de la cirugía la paciente veía 20/40 en dicho ojo, la cornea estaba transparente y la refracción era cero. -[...] la medicina indicada por la Dra. Caceda corresponde a lo que **normalmente se usa en el post operatorio de un cirugía intraocular** como son antibióticos (para prevenir infecciones) y antiinflamatorios (para reducir la respuesta inflamatoria que sucede normalmente frente a cualquier cirugía)". Por consiguiente, no se ha acreditado que el daño que alega haber sufrido la demandante, tenga que ser imputado a la parte demandada, por lo que el cuestionamiento analizado debe ser rechazado.

37. En el **quinto cuestionamiento de apelación**, respecto a la antijuricidad, se sostiene que es falso que no exista medio probatorio que acredite que la Dra. Elva Cáceda Sánchez mal informó a la parte demandante en cuanto a que su cuerpo estaba haciendo alergia a los lentes de contacto, y ello porque en la historia clínica de folios cinco vuelta se consigna lo siguiente: "28/5/10 este ojo D alergia con ciloxan c/4 horas. 2/6/10 se entregó lente. Interesada en Artisan. Ojo derecho inflamado".

38. Sobre este cuestionamiento, valorando la documental citada por la parte recurrente, tenemos que es cierto que se señala en ella que el ojo derecho tiene alergia con ciloxan c/4 horas y que el dos de junio del dos mil diez se entregó un lente a la demandante; sin embargo, lo anterior no prueba que la

Dra. Elva Cáceda Sánchez le haya brindado información incorrecta sobre el estado de su ojo, toda vez que ello no se desprende de su contenido.

39. En efecto, para demostrar que la información contenida en dicha documental era incorrecta, la demandante debió ofrecer alguna prueba que demuestre ello, actividad que no ha realizado, por lo que al no cumplir con su carga de probar, el cuestionamiento analizado debe ser rechazado.

40. En el **sexto, octavo, noveno, décimo y décimo segundo cuestionamientos de apelación** se arguye que es falso lo afirmado por el juez de instancia en su considerando 7.2. de la sentencia porque realmente no se le brindó la información suficiente en cuanto a las consecuencias de la operación intraocular o Artisan, ello se prueba con la Historia Clínica de folios tres a siete vuelta y la historia clínica presentada ante INDECOPI de folios novecientos a novecientos dieciséis; ahora bien, sin perjuicio de la afirmación anterior, si se remite al documento de folios ochocientos veintinueve a ochocientos treinta, se advierte que no se encuentra ninguna firma, huella, nombre, cargo o recepción que ella haya hecho o algún familiar que señale que sí se le brindó la información contenida en el mismo. Asimismo, se argumenta que respecto a lo afirmado sobre los dictámenes de las doctoras Rosa Adrianzen Casusol y Artemio Burga Valdivia, resulta lamentable que se tomen como ciertos dichos dictámenes, pues existe una vinculación amical y/o familiar entre los referidos peritos con la familia Cáceda. Por otro lado, en relación al daño causado, se sostiene que la información de la colocación de lentes intraoculares de folios ochocientos veintinueve a ochocientos treinta es un documento agregado a la historia clínica. Aunado a ello, se sostiene que nunca se le efectuó el conteo de células de fecha 06 de agosto del 2010, prueba de ello es que dicho conteo no obra en la historia clínica de folios tres a siete y vuelta; además, en dicho conteo de células no obra ningún logo, firma o sello de los demandados que acredite que efectivamente hicieron el conteo; no obstante lo anterior, si se analiza dicho conteo de células, obrante en el folio ochocientos veintiséis, se advierte que su nombre está ubicado fuera de la imagen, lo que genera suspicacia en el sentido de agregar o realizar modificaciones al mismo. Finalmente, se sostiene que otro hecho irregular en el proceder de las codemandadas es el Riesgo Quirúrgico Cardiológico de fecha 18 de agosto del 2010, obrante de folios novecientos once a novecientos doce, que llama la atención porque si las operaciones fueron el 13 y 14 de agosto del 2010, por qué se hace dicho riesgo 05 y 04 días después de las operaciones, además del hecho que dicho documento no

obra ni en la historia clínica presentada por ella de folios tres a siete y vuelta ni tampoco en la historia clínica presentada por la demandada de folios ochocientos doce a ochocientos cuarenta.

41. Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la carga de la prueba supone que quien contradice un hecho alegando uno nuevo debe ofrecer medios probatorios para dotar de fuerza probatoria a su hipótesis fáctica; de lo contrario, en virtud del artículo 200 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 30293 (que resulta aplicable también, de manera sistemática, a las pretensiones impugnatorias), dichos hechos se tendrán por no verdaderos y el recurso será declarado infundado.

42. Analizando el caso concreto, tenemos que la recurrente no ha ofrecido medio probatorio suficiente para desvirtuar la eficacia probatoria de la Historia Clínica obrante de folios ochocientos doce a ochocientos treinta y cuatro, por lo que la información que esta brinde puede ser valorada. En este sentido, en cuanto a la información que recibió la demandante respecto a las consecuencias de la operación intraocular o Artisán, se tiene que ello sí está debidamente probado con la "Autorización de Sala de Operaciones" que obra en el folio treinta y uno y que resulta ser el anexo del documento "Información sobre Colocación de Lentes Intraoculares", obrante de folios ochocientos veintinueve a ochocientos treinta; así, en la mencionada primera documental, que ha sido debidamente suscrita por la recurrente, se advierte lo siguiente: *"Yo, YAEM, identificado con DNI N° 18149012 autorizo la intervención quirúrgica de levantamiento de flap y colocación de lente faquico en cámara anterior en ambos ojos, **previa información sobre el propósito, beneficio y riesgos de esa cirugía.** Asimismo Libero de toda responsabilidad a estos médicos sobre los riesgos y/o complicaciones que pueda ocasionar dicha intervención"*.

43. Por otro lado, en cuanto a lo sostenido por la recurrente referido a que el conteo de células de fecha 06 de agosto del 2010 no obra en la historia clínica de folios tres a siete y vuelta, tenemos que lo antedicho resulta cierto; sin embargo, tal como se ha señalado en los considerandos precedentes, tenemos que dicha Historia Clínica no resulta ser la única que se debe valorar, sino también la de folios ochocientos doce a ochocientos treinta y cuatro, en la que sí obra el referido documento, tal como se advierte del folio ochocientos veintiséis; así, al haber sido declarada infundada la tacha interpuesta contra esta última, tiene plena eficacia probatoria. Por consiguiente, no resulta cierto lo sostenido por la demandante en estos dos extremos de los cuestionamientos analizados.

- 44.** Por otro lado, en cuanto a los dictámenes de los doctores Rosa Adrianzen Casusol (folio 181 a 182) y Artemio Burga Valdivia (folios 183 a 184) contenidos en el expediente administrativo Nro. 2939-2011 (que obra como acompañado del expediente principal), se tiene que la recurrente no ha planteado alguna tacha contra ellos, por lo que no puede cuestionar en esta instancia su eficacia probatoria. Así, lo que ha expuesto para desvirtuar su validez o eficacia no puede ser amparado.
- 45.** Finalmente, en cuanto al agravio consistente en que otro hecho irregular en el proceder de las codemandadas es el Riesgo Quirúrgico Cardiológico de fecha 18 de agosto del 2010 (folios novecientos once a novecientos doce), se tiene que este documento no resulta suficiente para acreditar la existencia de los elementos que generan la obligación resarcitoria, más si existe en el expediente un gran caudal probatorio que respalda la hipótesis fáctica de la parte demandada, esto es, que permiten determinar la infundabilidad de la demanda. Por ende, los cuestionamientos analizados deben ser rechazados.
- 46.** En el **sétimo cuestionamiento de impugnación** se sostiene que el Certificado de Discapacidad del 31 de agosto del 2011 de folio doscientos cinco no es para nada confuso, pues se hizo lo posible para no perder su ojo, por eso ella acudió al mejor médico oftalmólogo del mundo. Téngase presente que dicho Certificado de Discapacidad ha sido emitido por una institución pública de reconocido prestigio: el Hospital Belén de Trujillo, y firmada por su Director Ejecutivo, el Jefe del Departamento y por el Jefe del Departamento de Medicina Física y Rehabilitación.
- 47.** Sobre el particular, tenemos que del Certificado de Discapacidad, obrante en el folio doscientos cinco vuelta, se extrae que la condición de discapacidad sensorial de la demandante **YAEM** es irreversible, lo cual implicaría que la visión perdida no se podría recuperar; sin embargo, tal como ha señalado el juez de instancia, el hecho que la referida parte procesal haya recuperado parte de su visión gracias a la operación a la que se sometió, tal como se advierte de la Historia Clínica de folios mil treinta y cuatro a mil ochenta y tres, pone en duda la información brindada por el Certificado de Discapacidad, pues se evidencia una manifiesta contradicción entre ambas documentales, esto es, mientras que el primero señala el estado irreversible de la demandante, el segundo evidencia que la discapacidad sensorial advertida sí podía revertirse.

48. En este sentido, la manifiesta contradicción relatada genera que el Certificado de Discapacidad, obrante en el folio doscientos cinco vuelta, no genere la convicción suficiente al juez de primer grado ni a esta Superior Sala para que se pruebe la hipótesis fáctica de la recurrente. Así, el cuestionamiento analizado debe ser rechazado.

49. Por todas las razones antedichas, y al no existir otros agravios que generen la revocación o anulación de la sentencia apelada, corresponde a esta Superior Sala **CONFIRMAR** la resolución número **TREINTA Y NUEVE**.

V. DECISIÓN.-

Estando a las razones expuestas, y con las precisiones anotadas, quienes suscribimos como Jueces Superiores integrantes de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, impartiendo justicia a nombre de la Nación. **DECIDIMOS:**

5.1. DECLARAR: INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la demandante **YAEM**, a través de su abogado Damer Edgar Egúsqüiza Meza, mediante escrito de folios mil quinientos sesenta a mil quinientos ochenta y dos.

5.2. CONFIRMAR: la sentencia contenida en la resolución número **TREINTA Y NUEVE**, de fecha veinticinco de junio del dos mil diecinueve, obrante de folios mil quinientos dieciocho a mil quinientos cuarenta, que resuelve: **PRIMERO: INFUNDADA** la tacha interpuesta por la demandante **YAEM**. **SEGUNDO: INFUNDADA** la demanda interpuesta por **YAEM** sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** contra **CLINICA DE OJOS CACEDA SRLTDA, ELVA CÁCEDA SÁNCHEZ, NILA ESTHER CALDERÓN ALARCÓN Y ELVA STHER SÁNCHEZ DE CÁCEDA**. Anótese, notifíquese y devuélvase. **Actuó como Ponente el Doctor David Florián Vigo.**

SS.
CHÁVEZ GARCÍA
FLORIÁN VIGO
ESCALANTE PERALTA

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

EXPEDIENTE : 11216-2014
DEMANDANTE : MLOQ y otro
DEMANDADOS : MINSA e INSN
MATERIA : Indemnización por Daños y Perjuicios
ESPECIALISTA : Rosa Acevedo Figueroa

SENTENCIA N° 41-2016

Resolución N° ONCE

Lima, cinco de abril

Del dos mil dieciséis.-

I.- ANTECEDENTES

A. Demanda.

Por escrito de fecha 04 de marzo del 2014, doña **MLOQ** y **LCFH** interpone demanda de **Pago de Indemnización por Daños y Perjuicios** en vía conocimiento, fls. 829 a 845 subsanada a fls. 851 a 853, en contra de **MINISTERIO DE SALUD (MINSA)** y el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO (INSN)** a fin de que:

- Cumpla con pagar a su favor la suma de DOS MILLONES DE NUEVOS SOLES (S/: 2'000,000.00), por concepto de Responsabilidad extra contractual (Daño Moral la suma de S/. 1'970,000.00 y Daño Emergente en la suma de S/. 30,000.00).
- Que, se ordene a los demandados, accesoriamente, la reparación de los daños vía atención integral, rehabilitación y recuperación dentro de los establecimientos de alta especialidad en nuestro país, así como en el extranjero.

El escrito de demanda plantea los hechos y fundamentos de derecho que se resumen a continuación:

1. Hechos.

Como hechos de la demanda se citan que:

- a) El día 06 de junio del 2009 es hospitalizado su menor hijo LAFO en el Instituto de Salud del Niño por referencia del Hospital Antonio Lorena del Cusco a fin de que se le brinde tratamiento de "Cardiopatía Congénita Cianótica", realizándole el día 09 de junio una ecocardiografía, concluyendo que tenía un cuadro de Drenaje Venoso Anómalo Pulmonar Total, dándole de alta el 01 de julio del 2009, con programación de intervención quirúrgica.
- b) El día 11 de julio del 2009 es hospitalizado en el INSN en el servicio de Cirugía Cardiovascular con el diagnóstico de Drenaje Venoso

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

Anomalo Pulmonar Total-DVAPT para tratamiento quirúrgico, habiendo sido intervenido el 13 de julio del 2009 en el servicio de cirugía de Tórax y cardiovascular, señala que durante la intervención quirúrgica aparentemente no se había reportado ninguna complicación lográndose con la cirugía la corrección del drenaje venoso anómalo. Asimismo, indica que luego de la cirugía es trasladado a la Unidad Post Operatorio a las 18:40 pm con tubo endotraqueal y apoyo con ventilación mecánica y saturación de oxígeno mayor al 98%; siendo que el día 14 de julio a las 7:00 am se encontraba estable con Cateter venoso central, a las 11:15 am le realizaron el “destete” y la “extubación” (reítro de apoyo mecánico a la ventilación), y posterior a ello no siguió con los procedimientos previstos en las guías y protocolos de este procedimiento previstos en guías y protocolos para dicho procedimiento, no habiéndole la permanente observación y signos de alarma, después de la extubación, al no realizar la monitorización permanente de nivel de consciencia, frecuencia respiratoria y cardíaca, presión arterial, saturación periférica de oxígeno, temperatura y evaluación del dolor, prácticas médicas que no aparecen en la Historia Clínica, omisión exclusiva de responsabilidad de los operadores de salud de las demandas, incumpliendo el literal b) del artículo 15.3 de la Ley N° 29414.

- c) Que, a las 14:15 hrs. (transcurridos 3 .15 hrs de la desintubación) presentó cuadro de bricardia 45x1' y saturación de oxígeno de 60%, reintubándolo y colocándole cateter venoso central, convulsionando a las 17:10 hrs. como resultado de un mal monitoreo post-desintubación y colocación anomala del CVC, asociado a lesión del nervio frénico durante la intervención quirúrgica, situación que dio lugar al haber estado sometido a un período de 3 horas y 15 minutos co oxigenación insuficiente, repercutiendo sobre las cédulas de su cerebro (insuficiencia respiratoria) produciéndole daño neurológico y posterior secuela por la “encefalopatía hipoxis severa”.
- d) Luego quedándose hospitalizado desde el 13 hasta el 24 de julio del 2009, sienmdo dado de altyay referido al servicio de cardiología con secuelas neurológicas. El día 21 de setiembre del 2009, se encontraba con los dianósticos de post operado 70 días de DVAPT, secuela nuroológica Post encefalopatía hipoxica, isquémica, síndrome convulsivo, parális diafragmática, faringoamigdalitis en remisión así como desnutrición crónica, conforme a la Historia Clínica.
- e) Señala que el día 30 de setiembre del 2009 había sido intervenido quirúrgicamente con un diagnóstico de parálisis diafragmática como secuela de la primera intervención quirúrgica, realizándose plastia disfragmática, conforme a la historia clínica, con lo que se acreitaria la negligencia cometida durante la primera intervención; quedándose hospitalizado hasta el 21 de octubre del 2009, siendo dado de alta luego de 100 días de hosdpitalización, habiendo ingresado para la corrección quirúrgica de Drenaje Venoso Anómalo Pulmonar Total-DVAPT, egresando luego de 100 días con los dianósticos de: Secuela neurológica de encefalopatía hipóxica isquémica, síndrome convulsivo post operado de parálisis disfrágmatica y desnutrición crónica.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

- f) Señala que en vista de sus reclamos, el Director del Instituto nacional de salud del Niño pone en su conocimiento, mediante carta de fecha 03 de enero del 2014, que se hará una Auditoría Médica, acreditando que hasta la fecha no han sido comunicados de manera oficial del daño ocasionado.

2. Fundamentos de derecho. Artículos 1969° y 1985° del Código Civil.-

3.- Actividad Procesal

- La Resolución N° 02 del 10 de julio del 2014 (fls. 854 a 855), mediante el cual se admitió a trámite la demanda y se concedió un término de 30 días, contados a partir de la notificación, para que la parte demandada conteste la demanda.
- El apersonamiento del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO a través del Procurador Público del MINISTERIO DE SALUD, de fojas 876 a 888, donde contesta la demanda en los términos que allí se precisan.
- La Resolución N° 06 del 10 de abril del 2015 (fls. 889) que se tiene por apersonado al Procurador Público del MINSA en representación del INSN, y por contestada la demanda.
- La Resolución N° 07 de fecha 04 de setiembre del 2015 (fls. 900) en la que se dispone sanear el proceso. La resolución N° 08 de fecha 19 de octubre del 2015 (fls. 906 a 907), en la que se fija los puntos controvertidos, admiten los medios de prueba, y se dispone el juzgamiento anticipado del proceso.
- La Resolución N° 09 del 20 de enero del 2016 (fls. 923) en la que se ponde los autos para sentenciar.
- La Resolución N° 10 del 23 de marzo del 2016 (fls. 927) en la que se admite medios de prueba de oficio, el estado de la causa es el de dictar sentencia.

II.- CONSIDERANDO:

- II.1** El *artículo 188°* del Código Procesal Civil señala que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; asimismo el *artículo 196°* del Código Procesal Civil establece que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando nuevos hechos en concordancia con el *artículo 197°* del mismo cuerpo legal que indica que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

Materia controvertida

II.2 Determinar lo siguiente:

- (i) Determinar si corresponde ordenar a la parte demandada pague en forma solidaria a la parte demandante una indemnización de S/. 2'000,000.00, con intereses.
- (ii) Determinar si corresponde ordenar a los demandados la reparación de los daños vía atención integral, rehabilitación y recuperación dentro de los establecimientos de alta especialidad en el país y en el extranjero.

II.3 Se entiende por **responsabilidad civil**, la obligación impuesta por la ley a determinado sujeto o sujetos para reparar los daños causados a otros, frente a los cuales son legalmente responsables, dicha responsabilidad se refiere a cualquier acto u omisión capaz de causar el mencionado resultado dañosos; la responsabilidad se refiere a cualquier acto u omisión capaz de causar el mencionado resultado dañoso; la reparación, por su parte, alcanza a los daños producidos en la persona de dichos sujetos, en sus bienes y en sus derechos de la más diversa índoles: En cualquier caso, para afirmar la existencia de tal responsabilidad se deben cumplir los siguientes presupuestos: 1) La imputación o capacidad del sujeto de ser responsable civilmente; 2) La ilicitud o antijuricidad, es decir la constatación que el daño causado no esta permitido por el ordenamiento jurídico; 3) El factor de la atribución a determinado sujeto; 4) El nexo causal, y 5) El daño que es consecuencia negativa derivada de la lesión de un bien jurídicamente tutelado, cuando los daños producidos se relacionan a una obligación surgida de un contrato, se dice que la responsabilidad civil es de tipo contractual; siendo la extracontractual la derivada de hechos o actos que no se encuentran plasmados dentro de un contrato, siendo que el caso particular invocada por la demandante, debe ser a criterio del Juez a título de culpa, de conformidad con el artículo 1969° del Código Civil, debido a la conducta negligente mostrada por los galenos que intervinieron a su menor hijo.

De la responsabilidad Extracontractual

II.4 Que, podemos definir esta clase de responsabilidad *“...Para que proceda la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual es necesario probar tanto la existencia de los daños y perjuicios alegados como la relación de causalidad entre el acto del demandado y el resultado dañoso producido ...”*¹. Asimismo, tenemos que; *“(...)La determinación de la culpa es uno de los elementos esenciales en la imputación de la responsabilidad subjetiva. En ese sentido, la negligencia, como conducta omisiva de los deberes de cuidado, es un factor en base al cual se establece la culpa de quien actuó de tal modo; con lo cual quedaría identificado el nexo causal entre el acto negligente y el daño producido”*².

¹ Casación N° 185-T-1997-Ica, Diario Oficial El peruano 03-04-1998. En El Código Civil en la Jurisprudencia Casatoria, Alberto Hinostroza Minguez, p.635.

² Casación N° 959-1997-Lima. En El Código Civil en la Jurisprudencia Casatoria, Alberto Hinostroza Minguez, p. 636.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

Análisis de la materia controvertida

- II.5** Fluye de la demanda, que en el INSN fue intervenido quirúrgicamente el menor hijo de los demandantes, con fecha 13 de julio del 2009, quedando con secuelas neurológicas a raíz de la negligente intervención de Drenaje Venoso Anómalo Pulmonar Total-DVATP, con secuelas neurológicas post encefalopatía hipoxica, isquémica, síndrome convulsivo, parálisis diafragmática.
- II.6** De otro lado, se aprecia de la misma Historia Clínica del menor hijo de los demandante, expedida por el MINSA, que obra de fls. 23 a 71, donde se aprecia el diagnóstico del Hospital Antonio Lorena (fls. 69) del menor LAFO, consistente en Cardiopatía conjunta, ICC, Neumonía y síndrome cuello; asimismo, de la Historia Clínica remitida por el INSN, obrante de fojas 72 a 832, en la misma se aprecia la “Epicrisis” del menor LAFO de fecha 01 de julio del 2009, fls. 706 y siguientes, en la que se le diagnostica Insuficiencia Cardíaca Clase Funcional III, DAVPT, SOB e Hipoxemia (fls.706); asimismo se aprecia del Reporte de la Historia clínica del INSN, de fecha 21 de setiembre del 2009 (fls. 498), en la que se señala las secuelas sufridas en el menor post operatorio, entre las mismas señala secuela neurológica post encefalopatía hipoxico esquemica, paralisis disfragmatico, entre otras.
- II.7** Se aprecia, el Informe Médico, de fls. 874, expedido por el INSN, Médico Alferdo Hernández Grau, del Servicio de Cirugía de Tórax y Cardiovascular, de fecha 27 de noviembre del 2013, donde informa que el menor acyde al INSN en junio del 2009 con diagnóstico de ICC Descompensada CF III-Hipertensión Pulmonar Severa-Distrofia e ingresa por Emergencia y pasa a Cardiología en donde es evaluado con Ecocardiograma y se diagnostica DRENAJE VENOSO ANOMALO PULMONAR TOTAL SUPRACARDIACO y una vez compensado sale de alta con indicación de acudir a Consultorio Externo de Cirugía de Tórax y Cardiovascular para programación quirúrgica; el 11 de julio del 2009 ingresa al Servicio de Cirugía de Tórax y Cardiovascular para tratamiento quirúrgico; señala que el paciente es operado el 13 de julio del 2009 realizándose: Anatomías de Tubo Colector y Aurícula izquierda; señala que el paciente pasa luego de sala de operaciones a la Unidad Ostoperatoria Cardiovascular.
- II.8** Por otro lado se aprecia el Informe Médico de Unidad Postoperatoria Cardiovascular de fls. 875, emitido por la Coordinadora de la UPOCV, Dra. Patricia Chuquiure Valenzuela, de donde informa que con fecha 13 de julio del 2009 el menor ingreso a la Unidad Postoperatoria Cardiovascular para ser operado de corrección total de DAPT, inmediatamente después de la cirugía para el manejo respectivo, según protocolos establecidos, con monitorización de funciones vitales estrictas, con apoyo de ventilación asistida y medicamentos, recibiendo una

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

evaluación continua por médico intensivista y enfermera especializada, según consta en la Historia Clínica del paciente. Señala que por evolución, estabilización hemodinámica, resultados de laboratorios favorables y evaluación médica se decide la extubación del paciente con fecha 14 de julio del 2009; luego de la misma, cursa estable, pero a las 14:15 hrs. Presentó bradicardia con recuperación rápida, por lo que se decide reintubar al paciente, iniciar ventilación asistida y apoyarlo con marcapaso externo, manejo de inotropos, solicitando exámenes de laboratorio y radiografía para manejo estricto del paciente. Señalando que en pacientes postoperados de cardiopatías complejas como el drenaje anómalo de venas pulmonares es frecuente tener complicaciones cardíacas como arritmias, alteraciones del ritmo cardíaco, paro cardíaco como también de otros órganos (renal, cerebral, pulmonar, etc.); refiere que pacientes sometidos a circulación extracorpórea (como el caso) pueden presentar hasta el 25% de complicaciones neurológicas, pudiendo haber desde un pequeño problema del neurodesarrollo hasta convulsiones o accidentes cerebro vasculares, indicando que las convulsiones son las manifestaciones de disfunción neurológica más frecuente en el período temprano de la cirugía cardíaca con circulación extracorpórea. Indicando que, el paciente recibió atención médica intensiva y continua tal cual consta en la Historia Clínica recibiendo en todo momento tratamiento médico y tomándose exámenes correspondientes como electroencefalograma, angiograma cerebral, radiografía, ecocardiografía y tratamiento médico durante su estancia en la UPOCV, como paciente crítico, siendo evaluado por distintas especialidades médicas como neurólogo, neumólogo, etc., lográndose estabilizar controlando convulsiones, iniciando vía oral, lograron bajar medicamentos y se extuba el 23 de julio, teniendo una evolución favorable, desde el punto de vista hemodinámico, luego de estabilización hemodinámica y tolerancia oral, pasa a piso para continuar tratamiento y evaluaciones por especialidad correspondiente.

Indemnización de daño

II.9 Con arreglo al artículo 1969º 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.

Responsabilidad del demandado

II.10 En caso de autos, se aprecia del mismo, que la institución co demandada Instituto Nacional de Salud del Niño del Ministerio de Salud, prestó los servicios de cirugía de Drenaje Venoso Anómalo Pulmonar Total –DVAPT (enfermedad congénita) con fecha 13 de julio del 2009, situación afirmada por el demandado, intervención quirúrgica que estuvo a cargo del mismo nosocomio, la cual dejó secuelas post operatorias, señaladas en en la Historia clínica del menor de fecha 21 de setiembre del 2009, que son secuela neurológica post encefalopatía hipóxica esquémica, síndrome convulsivo, parálisis disfragmática entre otras, conforme a las pruebas y

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

documentación antes señaladas (fls. 498), donde se comprueba un grave deterioro en la salud del menor hijo de la parte demandante, LAFO, como consecuencia inmediata de la negligencia post operatoria de desintubación efectuada después de la intervención quirúrgica efectuada por la institución co demandada. Por lo tanto, se acredita la culpa inexcusable en el cumplimiento de las obligaciones profesionales del nosocomio co demandado, siendo responsable por el perjuicio en la salud del menor hijo de la parte demandante, previsto, por extensión, conforme a los artículos 1319° y 1321° del Código Civil, por lo que quedaría sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Consecuentemente, ha quedado probado el elemento del nexo causal, existiendo una relación directa e inmediata entre la conducta realizada por el demandado (atención negligente) y el perjuicio en la salud del menor hijo de la demandante (daño); por lo que debe ampararse en parte la presente demanda.

Del monto del daño económico

II.11 Que, en cuanto al monto a determinar por el Daño económico-emergente por responsabilidad civil derivada de responsabilidad extracontractual, entendiéndose este por aquel que genera el egreso de un bien (en este caso monetario) del patrimonio de la víctima. Que, conforme a la jurisprudencia nacional “(...) *En cuanto al daño emergente, [es] entendido éste como la disminución de la esfera patrimonial del perjudicado con la inejecución de la Obligación (...)*”³. Asimismo señala “(...) *Al tener el monto indemnizatorio un carácter resarcitorio y no restitutorio, éste debe hacerse en forma prudencial y proporcional dada su precisada naturaleza, en atención también a la magnitud del perjuicio ocasionado (...)*”⁴;

II.12 Que, en el presente caso señala la suma de S/. 30,000.00 Nuevos Soles por los gastos económicos de toda índole afin de afrontar la salud de su menor hijo a raíz de la secuela post operatoria, pidiendo limosnas, ayuda a distintas familias, amistades y a la sociedad. En ese sentido, no se aprecia de los recaudos de la demanda alguna prueba que justifique el monto antes señalado, sino copia de la historia médica; por lo que no habiéndose acreditado en este extremo el daño demandado, deviene en infundada en este extremo la demanda.

Del daño moral

II.13 La accionante señala que el daño moral, por todos los hechos expuestos dentro de los presupuestos de los daños ocasionados por la mala praxis médica, por lo que solicitan que estos asciendan a la suma de S/. 1'970,000.00 Nuevos Soles. Al respecto definimos como daño moral como el que “(...) *implica un daño profundo en el ser de la persona, el*

³ Casación N° 2193-2001/Lima, Diario Oficial El Peruano 30-06-2003. En El Código Civil en la Jurisprudencia casatoria, Alberto Hinojosa Minguez, p. 660.

⁴ Casación N° 4146-2007/Piura, Diario oficial El Peruano 02-12-2008. En El Código Civil en la Jurisprudencia Casatoria, Alberto Hinojosa Minguez, p. 666.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

*mismo que es de difícil cuantificación, más [sic] no imposible, toda vez que implica un daño subjetivo (...)*⁵.

II.14 Que, de los medios de prueba adjuntados con la demanda, y los actuados en el transcurso del proceso, se aprecia que ha quedado no solo secuela física en la persona de su menor hijo, sino también moral en los accionantes, infiriéndose, y conforme a lo señalado en la demanda, que fue a consecuencia del daño causado a la persona (físico) de su hijo, lo cual afectaría sus psiquis por el hecho de ver truncado el proyecto de vida de su menor hijo; por lo que debe ampararse prudencialmente en este extremo la demanda en la suma de S/. 197,000.00 Nuevos Soles por daño moral.

De la pretensión accesoria

II.15 Que, siendo la pretensión accesoriala reparación de los daños vía una atención integral, rehabilitación y recuperación dentro de los establecimientos de alta especialidad en nuestro país, así como en el extranjero. Al respecto conforme al artículo 87° del Código Procesal Civil, al declararse fundada la demanda principal, debe ampararse la accesoria. En ese sentido, debe ampararse la presente pretensión, en el sentido deque el ministerio de salud y el Instituto nacional de Salud del Niño, brinden la atención médica y tratamiento de rehabilitación permanente al menor LAFO, dentro y fuera del país según su normatividad y políticas de atención vigente.

De los Costos y Costas

II.16 Conforme lo establece el artículo 412° del Código Procesal Civil, la parte vencida es condenada por costas y costos.

II.17 Las demás pruebas obrante en autos y no glosadas en la presente sentencia, no enervan, ni modifican en lo absoluto los considerandos precedentes.

De la Norma Aplicada

II.18 Esta sentencia invoca la siguiente norma: **Código Civil**

- ✓ *Artículo 1984°.- (Daño Moral).El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.*
- ✓ *Artículo 1983°.- (Responsabilidad Solidaria). Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente (...).*
- ✓ *Artículo 1985°.- (Contenido de la Indemnización). La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.*

⁵ Casación N° 3220-2002/Camaná, Diario Oficial El Peruano 01-09-2003. En: El Código Civil en la Jurisprudencia casatoria, Alberto Hinojosa Minguez, p. 662.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO QUINTO JUZGADO CIVIL DE LIMA**

III.- RESOLUCION:

De acuerdo a los argumentos expuestos en los puntos precedentes y de conformidad con la Constitución y la Ley, el señor Magistrado del Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima.

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **Fundada en parte** la demanda de **Indemnización por Daños y Perjuicios** presentada por doña **MLOQ** y **LCFH** contra **MINISTERIO DE SALD** y el **INSTITUTO NACIONAL SALUD DEL NIÑO**, de fls. 829 845, subsanada a fls. 851 a 853, en consecuencia, **ORDENO:** Que losl demandados paguen en forma solidaria a la demandante por concepto de daños y Perjuicios (Daño Moral) la suma de **Ciento noventisiete mil y 00/100 Nuevos Soles (S/. 197,000.00)**, mas intereses legales, debiendo prestar las entidades demandadas atención médica, conforme a lo anteriormente precisado; con intereses legales, costos y costas del proceso.

SEGUNDO: Consentida o ejecutoriada que sea la presente Sentencia.-

TERCERO: Notifíquese a las partes a las partes.-

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

**Motivación escrita de las resoluciones
judiciales**

Se cumple con el deber motivación escrita de las resoluciones judiciales, cuando se conocen los fundamentos en los que se basa el magistrado para emitir determinada decisión, a fin de que sea posible someter a la crítica dicho pronunciamiento y pueda ser cuestionado a través de los medios impugnatorios determinados por ley.

Artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado.

Lima, veintinueve de mayo de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número tres mil ochocientos ochenta y siete del dos mil trece; con sus expedientes acompañados, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

En el presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, la demandada Essalud interpone recurso de casación mediante escrito de fojas quinientos setenta y tres, contra la sentencia de vista de fecha tres de setiembre de dos mil trece, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

II. ANTECEDENTES

DEMANDA

Según escrito de fojas sesenta y siete, subsanada a fojas ochenta y cuatro, Basilia Ynofuentes Chipana interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Essalud y Clínica Lab Ren S.A, a fin de que en forma solidaria se le indemnicen con S/. 500,000.00 nuevos soles, por los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

conceptos de daño a la persona (S/. 300,000.00 nuevos soles) y daño moral (S/ 200,000.00 nuevos soles).

La demandante fundamenta su pretensión en que como consecuencia de la insuficiencia renal que padece la demandante, ha venido recibiendo un tratamiento de hemodiálisis en el Hospital Edgardo Rebagliati de Essalud desde enero de dos mil siete. Posteriormente en el mes de marzo de dos mil siete, Essalud dispuso que la demandante fuera derivada para ser atendida en la Clínica Lab Ren S.A, donde estuvo recibiendo dicho tratamiento hasta el mes de julio de dos mil siete. Esta clínica fue contrata por Essalud, en virtud de haberse adjudicado la buena pro del concurso público N° 0699P00011 "*Contratación de servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis*" desde el cinco de diciembre de dos mil seis hasta el cuatro de diciembre de dos mil siete. En los análisis periódicos realizados en la Clínica Lab Ren S.A, la demandante siempre obtenía resultados negativos para hepatitis C, e incluso hasta abril de dos mil siete; sin embargo, en el mes de julio de dos mil siete, la demandante fue citada por la Asistente Social de la Oficina de Trabajo Social de Essalud para una reunión, donde se le informó que había sido contagiada con el virus de la hepatitis C, conforme consta del análisis por "PCR" para el diagnóstico biomolecular de hepatitis C que se practicó en el Hospital Edgardo Rebagliati en el mes de mayo de dos mil siete. Es así que desde julio de dos mil siete ninguna de las demandadas se han responsabilizado por el grave daño que se le ha causado a la demandante; ni siquiera se han preocupado por su tratamiento a la grave enfermedad que ahora padece. En consecuencia, nos encontramos ante un caso de responsabilidad civil contractual regulado en el artículo 1325 del Código Civil. Debe tenerse presente que Essalud consciente de su responsabilidad mediante Resolución de Gerencia Central de Logística N° 1039-GCL-OGA-ESSALUD-2007 del diecisiete de setiembre de dos mil

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

siete, señala que como resultado de la evaluación de los servicios prestado por la Clínica Lab Ren S.A realizada por el Centro Nacional Renal de Essalud, se ha verificado el incumplimiento de las medidas de bioseguridad del procedimiento de atención en los módulos y de la condición de acreditación que debe cumplir el personal de asistencia, constituyen el factor causal para la aparición del brote de hepatitis C que ha perjudicado al setenta por ciento de los pacientes de Essalud que le fueron derivados a la dicha Clínica demandada. Por tanto, Essalud desde setiembre de dos mil siete ha aceptado su responsabilidad. Por tales motivos, se encuentra acreditado que la demandante fue contagiada con el virus de hepatitis C cuando se le practicaba el tratamiento de hemodiálisis en la Clínica Lab Ren S.A, debido a la negligencia grave o culpa inexcusable por parte de los demandados respecto de su obligación de seguridad consistente en impedir que dicho tratamiento le ocasionara un daño. Existe un nexo causal entre el tratamiento de hemodiálisis realizado en la clínica demanda por indicación de Essalud y su contagio con hepatitis C; por lo que, los demandados deben indemnizarla por el daño ocasionado.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y REBELDÍA

Según escrito de fojas noventa y dos, la demandada, **Essalud**, contesta la demanda alegando que la accionante no ha contraído la hepatitis C como consecuencia de alguna acción u omisión por parte de Essalud, por el contrario la propia entidad se encuentra perjudicada por el deficiente servicio prestado por la codemandada Clínica Lab Ren. Sería absurdo sostener que además del gasto que debemos asumir para atender por hemodiálisis y ahora también por hepatitis C, también tengan que indemnizar a la accionante, cuando ha sido la empresa demandada Lab Ren, quien exclusivamente ha causado el daño a la demandante. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Cláusula Tercera del Contrato N° 4600024699, el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

contratista, la codemandada Clínica Lab Ren S.A, se obligó a atender la demanda de servicios de hemodiálisis de los asegurados complementando los servicios que brinda Essalud, a fin de prestar atención calificada, oportuna y de óptima calidad, en condiciones similares que Essalud otorga a sus asegurados. Por lo que, debe tenerse en cuenta el contratista la codemandada, Clínica Lab Ren S.A, tuvo que haber cumplido con las exigencias que conocía perfectamente en la ejecución del contrato; siendo así, ha contravenido el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

Asimismo, mediante resolución número cinco, del diecinueve de noviembre de dos mil ocho, de fojas ciento dieciséis, se declara la **rebeldía** de la Clínica Lab Ren.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

Según se advierte de la resolución número seis, del veintiséis de mayo de dos mil once, de folios ciento treinta y cuatro, se establece como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si procede ordenar que los codemandados paguen en forma solidaria a favor de la demandante la suma de S/. 500,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, correspondiendo S/. 300,000.00 nuevos soles por concepto de daño a la persona y S/. 200,000.00 nuevos soles por concepto de daño moral, por haber contraído el virus de hepatitis C.
2. Determinar si la demandante fue infectada con el virus de la hepatitis C cuando se le practicaba el tratamiento de hemodiálisis en la Clínica Lab Ren S.A.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego del trámite procesal correspondiente, el señor Juez del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución del doce de octubre de dos mil doce, de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, emite sentencia declarando **fundada en parte** la demanda, ordenando que los demandados en forma solidaria pague a la parte demandante la suma S/. 400,000.00 nuevos soles.

Basa dicha decisión en que de la Resolución de Gerencia Central de Logística N° 139-GCL-OGA-ESSALUD-2007, del diecisiete de julio de dos mil siete, se encuentra corroborada la afirmación de la demandante, en el sentido que en los análisis periódicos realizados en la Clínica Lab Ren S.A, la demandante siempre obtenía resultados negativos para hepatitis C, e incluso hasta abril del dos mil siete y que sin embargo fue citada por la Asistente Social de Essalud para informarle que fue contagiada con hepatitis C. De la Carta N° 07-EAR -CNSR-ESSALUD-2007 del diez de setiembre de dos mil siete, remitido por el abogado de Gerencia del Centro Nacional de Salud Renal al Gerente del Centro Nacional de Hemodiálisis de Essalud, se advierte la codemandada Clínica LAB REN firmó el Contrato N° 4600024699 con Essalud con vigencia desde el cinco de setiembre de dos mil seis hasta el cuatro de diciembre de dos mil siete, para la atención de hemodiálisis.

Dada la calidad del asegurado obligatorio de la actora, ésta recibía tratamiento de hemodiálisis en las instalaciones de Essalud, tratamiento que debió de ser prestado en las condiciones que aseguraban la conservación y mejora de la salud del actor, entidad que se sirvió de un tercero Lab Ren S.A, para la prestación del servicio, la que en mérito al contrato, complementaría los servicios que brindaba Essalud a fin de prestar una atención calificada, oportuna y óptima calidad en condiciones médicas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

similares a las de Essalud otorga a los asegurados, prestación que no fue cumplida a satisfacción pues como quedó establecido en el Oficio N° 133-G-CNSR-ESSALUD-2007, existió incumplimiento de las medidas de bioseguridad y otros, por el Centro de Diálisis Lab Ren, los que constituyeron al factor causal para el desencadenamiento del brote de hepatitis C, que perjudicó al sesenta por ciento de sus pacientes que le fueron derivados en atención al contrato. Asimismo, el artículo 36 de la Ley General de Salud N° 26842, prevé que los profesionales de la salud son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, y el artículo 48 dispone que el establecimiento de salud o servicio médico de apoyo, es solidariamente responsable de los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades profesional, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación a la dependencia. En este tipo de responsabilidad contractual el Juez debe de evaluar la presencia de los elementos que la componen: **i) Conducta antijurídica:** Con la negligente de las demandadas al no haber tomado las precauciones del caso al momento de la realización del tratamiento de hemodiálisis a la demandante (conducta antijurídica) por cuanto que a la fecha en la Essalud la derivó para que sea atendida a la Clínica Lab Ren S.A, (marzo de dos mil siete), la actora no portaba el Virus del hepatitis C, conforme a quedado acreditado en el Informe Médico N° 001-OSC-CNSR-ESSALUD-2012, del veintidós de agosto de dos mil doce; **ii) Daño Causado:** Se originó en circunstancias en que la demandante recibía su tratamiento de hemodiálisis, quien fue contagiada con hepatitis C, como consecuencia de haberse incumplido con las normas de bioseguridad que rigen este tipo de tratamiento; **iii) Relación Causal:** En el presente caso, el incumplimiento de las normas de bioseguridad generó que la actora contraiga el virus de hepatitis C, obligaciones que debieron estar controladas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

por las demandadas, debido a que Essalud contrató los servicios de la Clínica Lab Ren S.A para que sus asegurados reciban tratamiento de hemodiálisis, ésta tenía la obligación de verificar y supervisar antes y después de la suscripción del contrato que la Clínica cumpla con las exigencias de ley para realizar el tratamiento de hemodiálisis, del mismo modo, la clínica demandada también estaba obligada a cumplir con las normas de bioseguridad, por lo que, al no haber las demandadas obrado de esa forma han ocasionado el daño a la demandante que corresponde ser resarcido.

En cuanto al daño a la persona, se puede advertir que haberse contagiado con el virus de la hepatitis C, existe un menoscabo en la salud de la demandante, la misma que no solo repercute en su estado de salud actual de la demandante, sino para el futuro; por lo que debe ser indemnizada con S/. 200,000.00 nuevos soles. En cuanto al daño moral, si bien no se ha ofrecido medio probatorio alguno que acredite el daño psicológico sufrido, debe tenerse en cuenta que el menoscabo de la salud por el contagio de hepatitis C por contagio, coloca a la paciente en una condición no solo de dependencia sino de sufrimiento por lo ocurrido, por lo que debe ser resarcida con S/. 200,000.00nuevos soles.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución del tres de diciembre de dos mil trece, de folios quinientos cuarenta y uno, confirma la apelada.

Tal pronunciamiento, tiene como argumentos que la Ley General de Salud, Ley N° 26842, en su artículo 36, reconoce que una responsabilidad subjetiva de los profesionales, técnicos y auxiliares en el campo de la salud al prever que los profesionales de la salud son responsables por los daños y perjuicios

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

que ocasionan al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades; y, el artículo 48 de dicha misma ley, establece la responsabilidad objetiva para el caso de profesionales dependientes que señala que el establecimiento de salud o servicio médico de apoyo, es solidariamente responsable de los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación a la dependencia.

Del Contrato N° 4600024699, se advierte que la codemandada Clínica Lab Ren S.A, se adjudicó la buena pro para cubrir los servicios de hemodiálisis a los pacientes con insuficiencia renal crónica (IRCT), contrato que tenía vigencia del cinco de diciembre de dos mil cuatro al cuatro de diciembre de dos mil siete, y que fue resuelto por la Resolución Gerencia Central de Logística N° 139-GCL-OGA-ESSALUD-2007, del diecisiete de julio de dos mil siete. De la Carta N° 063-DLS-OA-CNSR-ESSALUD-2007 del tres de agosto de dos mil siete y la Carta N° 133- CNSR-ESSALUD-2007 del diecisiete de agosto de dos mil siete, se advierte que existían reiterados incumplimientos de las obligaciones pactadas en el contrato que inclusive habían causado perjuicio a los pacientes, por parte de la Clínica codemandada; que conllevaron y fueron el factor causal para el desencadenamiento del brote de hepatitis C, que había perjudicado el setenta por ciento de pacientes. En cuanto a los elementos de la responsabilidad civil: **i) Daño Causado:** Con el Informe Médico N° 001-OSC-CNSR-ESSALUD-2012 del veintidós de agosto de dos mil doce, se acredita que a la actora se le ha detectado la enfermedad de hepatitis C; **ii) Conducta antijurídica:** El tratamiento de hemodiálisis que recibía la demandante estaba a cargo de Essalud, obligación que no fue cumplida a satisfacción de la demandante, pues como quedó demostrado en la Carta N° 133- CNSR-

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

ESSALUD-2007 del diecisiete de agosto de dos mil siete, existió incumplimiento de las medidas mínimas seguridad, las fueron el factor causal para el desencadenamiento del brote de hepatitis C; **iii) Factor de atribución:** Tratándose de un establecimiento de salud, la imputación tiende a la objetivación, en virtud a lo establecido en la Ley General de Salud, el establecimiento médico es exclusivamente responsable de los daños y perjuicios que se irroguen del accionar de sus profesionales de la salud. Por lo que, resulta de aplicación el artículo 1325 del Código Civil, que establece que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario; y, el artículo 36 de la Ley General de Salud, señala que el establecimiento de Salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños que se ocasionen al paciente. Asimismo, en aplicación el artículo 1328 del Código Civil, es nulo todo pacto que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga, también es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad de actos. Por tanto, Essalud no puede eximirse de responsabilidad, y derivarla únicamente a la codemandada Clínica Lab Ren S.A.

RECURSO DE CASACIÓN

Contra la mencionada sentencia de vista emitida por la Sala Superior, la codemandada Essalud interpone recurso de casación mediante escrito de folios quinientos setenta y tres.

Este Supremo Tribunal, mediante resolución de fecha ocho de noviembre de dos mil trece, de folios cincuenta y cuatro del cuaderno respectivo, declaró la procedencia del referido recurso por la causal de: **Infracción normativa del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Estado, y de los artículos 50, inciso 6, 122, inciso 3, y 171 del Código Procesal Civil.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE

Es necesario establecer que la materia jurídica en discusión se centra en determinar si es que la sentencia de vista impugnada ha sido expedida respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia, exponiendo la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; en suma, si no se ha vulnerado el deber de la motivación escrita de las resoluciones judiciales.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

1. Corresponde mencionar, de manera preliminar, que la función nomofiláctica del recurso de casación garantiza que los Tribunales Supremos sean los encargados de salvaguardar el respeto del órgano jurisdiccional al derecho objetivo, evitando así cualquier tipo de afectación a normas jurídicas materiales y procesales, procurando, conforme menciona el artículo 384 del Código Procesal Civil, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

2. Según se advierte del auto calificadorio de fecha ocho de noviembre de dos mil trece, este Supremo Tribunal ha declarado procedente el recurso por la causal, consistente en la infracción normativa del artículo 139, inciso 5¹, de la Constitución Política del Perú y de los artículos 50, inciso 6², 122,

¹ **“Artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú.-** “Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

² **“Artículo 50 del Código Procesal Civil.-** Son deberes de los Jueces en el proceso:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

inciso 3³, y 171⁴ del Código Procesal Civil, articulados que en su conjunto regulan el principio procesal de la motivación escrita de las resoluciones judiciales; razón por la cual, al tener relación directa tanto en su naturaleza normativa como en los fundamentos del recurso de casación, serán analizadas de manera conjunta.

Cabe precisarse que se denuncia la infracción normativa de orden procesal; por lo que, de advertirse la existencia de algún defecto de orden procesal, el reenvío tendrá efectos subsanatorios, con lo cual este Supremo Tribunal se abstendrá de emitir pronunciamiento respecto al fondo de la materia controvertida.

3. En atención a ello, y a fin de resolver la presente casación, debe tenerse en cuenta que la **motivación escrita de resoluciones judiciales**, por antonomasia, constituye la manifestación intraproceso de un sistema democrático, pues, únicamente cuando se conozcan los fundamentos en los que se basa un Juez para emitir determinada decisión, será posible someter a la crítica dicho pronunciamiento y, si alguna de las partes se considera agraviado por la existencia de un error en la formación del razonamiento, podrá cuestionarlo a través de los medios impugnatorios determinados por ley, pues, de otro modo, no se podría contradecir aquello que no se conoce.

(...)

6. *Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.*

³ **“Artículo 122 del Código Procesal Civil.-** “Las resoluciones contienen::

(...)

3. *La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”.*

⁴ **“Artículo 171 del Código Procesal Civil.-** *La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.*

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.”.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

De manera tal que, tal como en reiterada jurisprudencia lo ha determinado el Tribunal Constitucional (STC 1480-2006-AA/TC y STC N° 04298-2012-PA/TC), el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver deben expresar las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.

4. En tal sentido, en el presente caso, es materia de controversia la pretensión planteada por el actor, dirigida a que las entidades demandadas, en forma solidaria, le indemnicen por el monto total de S/. 500,000.00 nuevos soles, divididos en los conceptos de daño a la persona (S/.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

300,000.00nuevos soles) y daño moral (S/. 200,000.00 nuevos soles); bajo el sustento principal que, fue contagiada con el virus de hepatitis C cuando se le practicaba el tratamiento de hemodiálisis en la Clínica Lab Ren S.A, empresa que fue contratada por Essalud mediante el Concurso Público N° 0699P00011 denominado "Contratación de servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis" desde el cinco de diciembre de dos mil seis a cuatro de diciembre de dos mil siete; al haber incurrido en negligencia grave o culpa inexcusable por parte de los demandados respecto de su obligación de seguridad consistente en impedir que dicho tratamiento le ocasionara un daño. Ante ello, en **primera instancia**, luego del trámite correspondiente y efectuada la valoración de los medios probatorios admitidos y actuados, se concluye por la fundabilidad en parte de dicha demanda, otorgando como monto indemnizatorio la suma de S/. 400,000.00 nuevos soles por los conceptos de daño a la persona (S/. 200,000.00 nuevos soles) y daño moral (S/. 200,000.00 nuevos soles), bajo los fundamentos esenciales consistentes en que con la actuación negligente de las demandadas, al no haber tomado las precauciones del caso al momento de la realización del tratamiento de hemodiálisis, la demandante es contagiada con hepatitis C, como consecuencia de haberse incumplido con las normas de bioseguridad que rigen este tipo de tratamiento, obligaciones que debieron estar controladas por ambas demandadas, debido a que Essalud al contratar los servicios de la Clínica Lab Ren S.A para que sus asegurados (como la demandante) reciban tratamiento de hemodiálisis, ésta tenía la obligación de verificar y supervisar antes y después de la suscripción del contrato que la aludida Clínica cumpla con las exigencias mínimas para realizar el tratamiento de hemodiálisis; y, del mismo modo, la referida Clínica demandada también estaba obligada a cumplir con las normas de bioseguridad, por lo que, al no haber las demandadas obrado de esa forma han ocasionado el daño a la demandada que corresponde ser resarcido. Asimismo, recurrida la sentencia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

por la demandada Essalud, en **segunda instancia**, siguiendo el razonamiento expuesto por el juez de primera instancia, se confirma la estimación en parte de la demanda, bajo el fundamento esencial consistente en que se encuentra acreditado que el tratamiento de hemodiálisis que recibía la demandante estaba a cargo de Essalud, obligación que no fue cumplida a satisfacción de la demandante, pues como quedó demostrado en el proceso (con la Carta N° 133- CNSR-ESSALUD-2007 del diecisiete de agosto de dos mil siete), existió incumplimiento de las medidas mínimas seguridad, las fueron el factor causal para el brote y contagio de la hepatitis C; asimismo, tratándose de un establecimiento de salud, la imputación tiende a la objetivación, resultando de aplicación los artículos 1325 y 1328 del Código Civil, en el sentido que si el deudor para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario, siendo nulo todo pacto que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga; razón por la cual, la Sala Superior concluye que la demandada Essalud no puede eximirse de responsabilidad y derivarla únicamente a la codemandada Clínica Lab Ren S.A.

5. Como es de verse, en concatenación a la infracción normativa denunciada por el recurrente, esta Sala Suprema, limitando su análisis a evaluar los fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, al no ser materia de examen las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso, sino el análisis externo de la resolución; advierte, con claridad, que en el presente proceso, específicamente en la sentencia de segunda instancia, se ha puesto en manifiesto los fundamentos básicos del razonamiento lógico jurídico que han conllevado a la formación del juicio jurisdiccional para concluir por la fundabilidad en parte de la presente demanda, es decir no nos encontramos ante una vulneración del deber de motivación; toda vez, que se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

aprecia que la misma contiene las razones o justificaciones suficientes para determinar que, en el presente caso nos encontramos ante la configuración de los elementos que componen la responsabilidad civil (conducta antijurídica, factor de atribución, relación de causalidad y daño), dado que es un hecho incontrovertible (no negado por las demandadas) que en el tratamiento de hemodiálisis a cargo de Essalud y realizada a través de la Clínica Lab Ren S.A, la demandante fue contagiada de hepatitis C, al incumplirse con las normas de bioseguridad a las que se encontraban obligadas ambas entidades, ello en el entendido que si Essalud para ejecutar el referido tratamiento de hemodiálisis, se valió de un tercero, Clínica Lab Ren S.A, debe responder por los hechos dolosos o culposos en lo que incurra ésta, salvo pacto en contrario, siendo nulo todo pacto que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

6. A mayor abundamiento, de la lectura del escrito de casación materia de examen, la entidad recurrente sustenta la alegada infracción al deber de motivación, en los siguientes puntos; **i)** La Sala al momento de resolver no ha tenido en cuenta que el Juzgado al momento de emitir su fallo no ha meritado correctamente el "Anexo 4" de las "Especificaciones Técnicas de las Bases del Régimen de Responsabilidades del Contrato N° 4600024699", firmado entre Essalud y la Clínica Lab Ren S.A, donde se estableció que "(...) *En el caso que por consecuencia de los daños producidos al afiliado beneficiado, se inicie contra Essalud un reclamo, proceso judicial o se dicte una sentencia por el órgano jurisdiccional, el contratista se sustituirá a Essalud en la responsabilidad sobreviniente, la que asumirá sin restricción ni limitación alguna*"; **ii)** No se ha tenido en cuenta que en el proceso arbitral seguido por la Clínica Lab Ren S.A contra Essalud, se estableció que la Clínica Lab Ren S.A se sustituirá a Essalud en la responsabilidad

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

sobreviniente, la que asumirá sin restricción ni limitación alguna; **iii)** No existe subordinación de la Clínica demandada respecto de Essalud, por lo que no puede haber responsabilidad solidaria, más aun cuando se fijaron las responsabilidades expresa y correctamente ante la eventualidad en el contrato; **iv)** El artículo 1183 del Código Civil, establece que la solidaridad no se presume; por lo que, si en el presente caso no se ha pactado tal solidaridad, no se le puede irrogar responsabilidad a Essalud sobre un daño que no ha ocasionado; **v)** No se ha tomado en cuenta que el artículo 36 de la Ley General de Salud, se refiere a casos donde hay relación de naturaleza laboral con el trabajador, y siendo que la Clínica codemandada, no tiene una relación laboral con Essalud, sino el contrato firmado fue de naturaleza civil.

7. Ante ello, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 1325⁵ del Código Civil mediante el denominado “pacto en contrario”, indicaría la posibilidad de que el deudor se exonere anticipadamente de responsabilidad por los hechos culposos o dolosos de sus auxiliares o colaboradores; sin embargo, dicho enunciado normativo debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 1328⁶ del Código Civil que expresamente establece la nulidad de toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga, siendo también nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen

⁵ **“Artículo 1325 del Código Civil.-** “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.”

⁶ **“Artículo 1328 del Código Civil.-** “Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.
También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.”

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

obligaciones derivadas de normas de orden público; como en el presente caso, donde al momento de la realización del tratamiento de hemodiálisis, la demandante es contagiada con hepatitis C, como consecuencia del incumplimiento con las normas de bioseguridad, que rigen este tipo de tratamiento, obligaciones que debieron estar controladas por ambas demandadas, debido a que Essalud al contratar los servicios de la Clínica Lab Ren S.A para que sus asegurados (como la demandante) reciban tratamiento de hemodiálisis, ésta tenía la obligación de verificar y supervisar antes y después de la suscripción del contrato que la aludida Clínica cumpla con las exigencias mínimas para realizar el tratamiento de hemodiálisis; por lo que, no cabe la posibilidad de excluir anticipadamente la responsabilidad de Essalud aún cuando el tercero hubiera ocasionado daños actuando con culpa leve, ya que la lesión a la salud de la demandante, atenta contra normas de orden público, pues el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General de Salud - Ley N° 26842, prescribe que *“La norma de salud es de orden público y regula materia sanitaria, así como la protección del ambiente para la salud y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas”*. De igual manera, los demás fundamentos esbozados por la entidad recurrente, carecen de sustento para desvirtuar lo resuelto por la Sala Superior, en la medida que como ya se ha expuesto precedentemente, el análisis realizado en sede extraordinaria, se limita a los fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, al no ser materia de examen las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso, sino el análisis externo de la resolución. Razones suficientes, para que la demandada Essalud no pueda ser eximida de responsabilidad, debiendo responder solidariamente con la codemandada Clínica Lab Ren S.A.

8. Razones suficientes, para concluir que lo resuelto en el presente proceso, es producto de un juicio racional y objetivo donde se ha puesto en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

evidencia la independencia e imparcialidad en la solución del presente conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos y de los medios probatorios; pues, el *Ad quem* ha dado cumplida respuesta a los agravios manifestados por la recurrente en su escrito de apelación, resolviendo la controversia planteada en el presente proceso, haciendo la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos fundamentos de derecho aplicables al presente caso, según el mérito de lo actuado; de la misma forma, ha realizado la valoración correspondiente a los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados, en forma conjunta utilizando una apreciación razonada; de tal manera que, el solo hecho que la decisión sea contraria a los intereses del recurrente, no implica la existencia de la contravención que se denuncia; con lo cual, la causal invocada debe ser desestimada.

9. En base a lo expuesto, este Supremo Tribunal considera adecuada la decisión adoptada por el *Ad quem*, lo que nos permite concluir que el recurso extraordinario de casación planteado por el demandado debe ser declarado infundado.

V. DECISIÓN:

Estando a las consideraciones expuestas, esta Sala Suprema, y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil:

a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas quinientos setenta y tres, interpuesto por **Essalud**; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas quinientos cuarenta y uno, de fecha tres de setiembre de dos mil trece.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 3887-2013
LIMA**

Indemnización por daños y perjuicios

b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por Basilia Ynofuentes Chipana con Essalud y otra, sobre indemnización por daños y perjuicios; intervino como ponente, la Juez Supremo señora **Rodríguez Chávez.-**

SS.

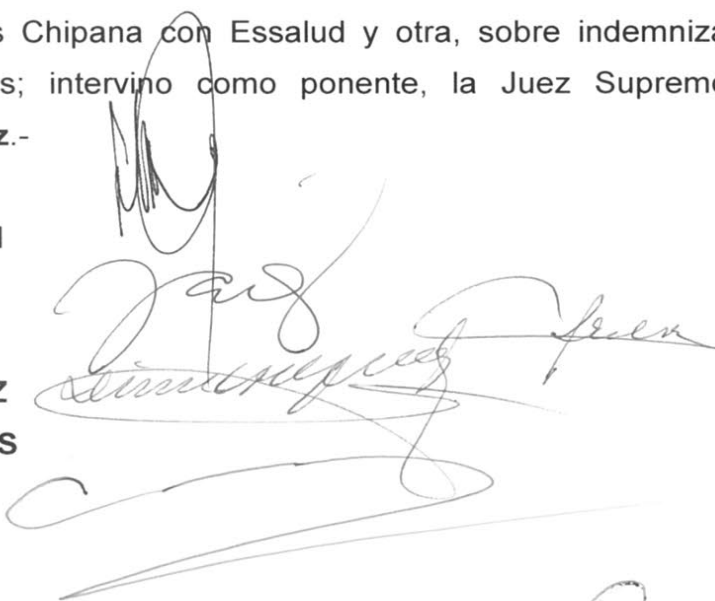
ALMENARA BRYSON

TELLO GILARDI

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS



SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES TICISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA
12 ENE 2015

aco/igp

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA CIVIL**

Demandante : Erika Luna Urquiza y otro
Demandado : EsSalud
Materia : Indemnización Juez
: Carlos Polanco Gutiérrez

CAUSA N° 573-2012-0-0401-JR-CI-07

SENTENCIA DE VISTA N° 211-2019-3SC

RESOLUCIÓN N° 78 (TRECE)

Arequipa, dos mil diecinueve

Abril veintitrés.-

I. LA RECURRIDA: -----

Viene en grado de apelación la Sentencia número cero cincuenta y tres - dos mil diecisiete de fecha doce de junio del dos mil diecisiete, de folios mil noventa tres a mil ciento diez, que declara **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** que sobre indemnización por daños y perjuicios, presenta: **EJLU** y otro, **ORDENA:** **1) Que la demandada ESSALUD, pague a favor de los demandantes, doña EJLU, don GECC y la menor BLCL, la suma de UN MILLON DE SOLES (S/1'000,000.00), por los siguientes conceptos: a) daño a la persona (psicosomático-salud) por daño a la salud sufrido por la menor BLCL, la suma de Cuatrocientos Mil Soles (S/400,000.00); b) daño a la persona (moral) por daño moral sufrido por la menor BLCL, la suma de Trescientos Mil Soles (S/300,000.00); c) daño a la persona (moral) por daño moral sufrido por doña EJLU y don GECC, la suma de Trescientos Mil Soles (S/300,000.00); 2) Que la demandada ESSALUD de atención en forma vitalicia a la menor BLCL, a fin de que reciba las prestaciones de salud que requiera en los centros de atención, hospitales del país de la demandada, incluyendo de manera perpetua,**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

costos de tratamiento, hospitalización, cirugías, transportes y desplazamientos, medicinas y material quirúrgico y todos los que resulten necesarios para el tratamiento hasta el máximo posible de su recuperación o cura, y asuma los costos íntegros de adquisición e importación de los productos farmacológicos con los que actualmente combate el VHC, o de aquellos que en el futuro desarrolle convenientemente la ciencia, siempre que se opte por un tratamiento farmacológico para el caso específico de la menor BLCL, así como los gastos íntegros de cualquier otro tratamiento que se decida aplicar o de cualquier intervención quirúrgica por la que se pueda optar incluyendo un eventual trasplante de hígado o de algún otro órgano afectado o comprometido como consecuencia de la infección del VHC; para el cumplimiento de esta prestación, no podrá exigírle a cambio ningún tipo de aporte o afiliación al Sistema de Seguridad Social, a la referida menor, inclusive cuando sea mayor de edad. **3) INFUNDADA** la demanda en cuanto al monto pretendido, así como a la indemnización del proyecto de vida. ----- **II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:** ----- La demandante EJLU, mediante escrito de apelación de folios mil ciento quince, sucintamente, alega que: -----

- Apela el extremo de la sentencia que declara infundada la demanda en cuanto al monto pretendido, así como a la indemnización del proyecto de vida. ----

- El Juez a quo no ha expuesto las razones por las cuales ha considerado que la suma pretendida (cuatro millones de soles (S/4'000,000.00)) deba ser desestimada ni ha explicado los parámetros objetivos con los que ha llegado a establecer los montos que ha fijado “a su criterio.” -----
- Los jueces no pueden realizar una aplicación absolutamente libre del artículo 1332 del Código Civil porque no se juzga en abstracto sino en un caso

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

concreto, enmarcado dentro de un proceso sustentado en medios probatorios. -----

- Utilizando los datos proporcionados por la Organización Mundial de la Salud en su portal web el Juez a quo debió considerar que el costo de un tratamiento prolongado de cirrosis hepática (cáncer al hígado) o la eventualidad de un trasplante de hígado, supondrá para los padres de la menor de edad infectada por culpa de la demandada, sumas de dinero muy superiores a la establecida “según su criterio” por concepto de daños a la persona, daño a la salud y daño moral. -----
- El profesor argentino Eduardo Zannoni señala que cada juez, en el caso concreto, condena a la reparación “equitativa” teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencia, individual y social de la víctima, etc. -----
- En cuanto al daño al **proyecto de vida** el Juez a quo no ha considerado que la demandada ha conculcado la proyección individual de una menor de edad afectándola directamente por las deficiencias en la atención hospitalaria. ----

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, ha señalado que proyecto de vida no conlleva que “indubitablemente” hubiera acontecido sino que se vincula más bien con que “probablemente”, dentro del curso natural y previsible de desenvolvimiento de la persona, el sujeto hubiera alcanzado ese proyecto.

El demandado SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, mediante escrito de apelación de folios mil ciento treinta y tres, sucintamente, alega que:

- La judicatura debió pronunciarse sobre el hecho que erradamente la accionante invoca responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, cuando estas pretensiones son excluyentes entre sí; también son excluyentes

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

entre sí la responsabilidad contractual y la extracontractual, habiéndose planteado ambas en la demanda; por ello, debió declararse improcedente la demanda al no existir conexión lógica entre los hechos y el petitorio. -----

- El Juez a quo pretende amparar la demanda en una supuesta responsabilidad “objetiva” de ESSALUD merced al artículo 48 de la Ley número 26842, pero no se ha acreditado ningún actuar negligente, imprudente o imperito de los profesionales médicos o asistenciales que intervinieron en la atención médica de la menor. La actividad médica no está considerada como una actividad riesgosa. -----
- No existe responsabilidad de ESSALUD en el contagio del virus de hepatitis C a la paciente. La comunicación interna número 147-JAP-DMIGMQ-HNCASE-ESSALUD-2010 de fecha diecisiete de agosto del dos mil diez y el Informe de Auditoría Médica número 03-CAM-HNCASEGMQ-GRAAR-ESSALUD-2010 de fecha seis de mayo dos mil diez, ofrecidos en la demanda, detallan la atención médica recibida por la paciente en el tratamiento por infección con el virus de Influenza AH1N1 habiendo sido tratada anteriormente en Emergencia de la Clínica San Juan de Dios y el Policlínico Melitón Salas, y ante su mal estado general fue llevada al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo donde fue tratada en la Unidad de Cuidados Intensivos con ventilación mecánica por neumonía severa, superando dicho mal. Por ello, no está acreditado con medio probatorio idóneo que la paciente haya sido contagiada en este último hospital. -----

- Tampoco se ha acreditado ninguna responsabilidad “subjctiva” puesto que como aparece en la Comunicación Interna número 392DIV.LAB.GADT.GRAAR.ESSALUD.2010 de fecha veintiséis de agosto

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

del dos mil diez y en la Carta número 2406-GRAAR-ESSALUD-2010 de fecha veintisiete de octubre del dos mil diez, las unidades de sangre transfundidas a la menor en las tres oportunidades no han sido las causantes de la enfermedad de hepatitis C. -----

- No existe antijuridicidad puesto que los profesionales médicos tratantes de la paciente han actuado en ejercicio de una actividad médica; no existe daño causado por cuanto no se ha probado la responsabilidad de algún profesional de su representada; no existe relación de causalidad puesto que la responsabilidad subjetiva no ha sido desarrollada ni sustentada en la sentencia; en cuanto al factor de atribución sólo se está sancionando por un resultado sin ningún factor ni prueba que lo haya determinado. -----
- Existe una indeterminación de la pretensión resarcitoria; una ilegal cuantificación del daño establecido en la suma de un millón de soles (S/1'000,000.00), que no tiene sustento alguno. -----
- El Juez a quo se ha pronunciado sobre una especie de “daño emergente futuro” pero éste pedido no ha sido invocado ni desarrollado en la demanda. -----

III. VALORACION.-----

En lo atinente a los fundamentos de la apelación del demandado

SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD:-----

1. Los fundamentos de la apelación referidos a una supuesta falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda deben ser desestimados puesto que el apelante estaría cuestionando el auto admisorio contra el cual se tiene previstos y regulados a su favor, mecanismos técnicos de defensa, los cuales pueden ser de forma, como lo son las excepciones o defensas previas, o de fondo, como lo es la contestación de la demanda; siendo que de la revisión de los antecedentes se aprecia que no se ha formulado excepción ni defensa previa alguna, asimismo, la Resolución número siete,

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

de folios ochocientos dos, que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes y da por saneado el proceso tampoco fue objeto de impugnación en su debida oportunidad. -----

2. En cuanto a determinar si el presente caso es uno de responsabilidad contractual o extracontractual y si es subjetiva u objetiva, siguiendo lo expuesto por el profesor Juan Espinoza Espinoza, si se sigue el criterio de incompatibilidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual, asumido por el formante legislativo nacional, se llegará a la conclusión que la responsabilidad civil del profesional, por haber incumplido una obligación preexistente, es contractual; la jurisprudencia ha fundamentado la responsabilidad contractual de los profesionales médicos, basándose en el criterio de la obligación tácita de seguridad; la responsabilidad objetiva de la estructura sanitaria es por el hecho de cualquier profesional médico dependiente, incluidos técnicos y auxiliares.¹ -----
3. En efecto, si bien se reconoce que en algunos casos de responsabilidad médica, existe una zona gris al respecto, en el presente caso, se forma convicción de que se está frente a una responsabilidad contractual por derivarse de un contrato de prestación de servicios médicos, por lo siguiente: **A)** El artículo 48 de la Ley General de Salud que establece dos supuestos de responsabilidad del establecimiento de salud: la primera, solidaria por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades, de sus profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia; el segundo supuesto, es la responsabilidad exclusiva por los daños y perjuicios que se ocasionen al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Séptima edición; editorial RODHAS, Lima, 2013; Págs. 762-771.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece (criterio objetivo de responsabilidad). La demandada sostiene que no se puede estar frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, lo que, tal como se aprecia en la norma es un error, pues estamos frente al segundo supuesto, es decir, una responsabilidad objetiva. **B)** La demandante no cuestiona determinada actividad médica en concreto, sino las condiciones de la atención al momento de la transfusión de sangre, que es la manera en que se habría producido tal contagio, según la demanda, por lo que, dentro de la responsabilidad civil contractual, se evaluará si ello se debe o no a las condiciones del servicio prestado dentro del Hospital de la demandada. **C)** Adicionalmente, se toma en consideración si el prestador del Servicio era la demandada, que como persona jurídica lo hizo a través de sus servidores, también debe tenerse en cuenta el artículo 1325 del Código Civil que establece la responsabilidad de quien ejecuta la prestación de manera defectuosa, valiéndose de terceros, es el responsable por los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario (primera parte del artículo 48 de la Ley General de Salud); empero si se trata de una responsabilidad directa como centro de salud, no es necesario acreditar la existencia de dolo o culpa de algún trabajador (segunda parte del artículo 48 de la Ley General de Salud). Cabe agregar que la calificación del proceso como uno de responsabilidad civil contractual no significa que si existen hechos que configuran una responsabilidad civil extracontractual, el Juez no pueda valorarlos, teniendo presente que el resarcimiento de quien sufre el daño materia de la pretensión debe ser integral. -----

4. Ahora, para determinar la configuración de los elementos de la responsabilidad civil, se tiene esencialmente los siguientes antecedentes fácticos: -----

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA CIVIL**

- a) A folios cuatrocientos veinticinco obra la comunicación interna número 265-DMI-GMQ-GM-RAAR-ESSALUD-10 de fecha veintiuno de octubre del dos mil diez, mediante la cual EL JEFE DE LA División Materno Infantil del Hospital Carlos Alberto Segúin Escobedo, señala que: (i) El diecisiete de marzo del dos mil diez la paciente BLCL fue retirada a la ciudad de Lima a Infectología Pediátrica del Hospital, (ii) la paciente fue referida al área de Gastroenterología Pediátrica. -----

- b) A folios cuatrocientos veintiséis obra la Referencia número 180282190 de fecha seis de mayo dos mil diez en la que se señala que la paciente BLCL tiene el siguiente diagnóstico: (B18.2)
HEPATITIS VIRAL TIPO C CRONICA (DEFINITIVO). -----
- c) A folios cuatrocientos sesenta y seis obra el Informe de Auditoría número 03-CAM-HNCASE-GMP-GRRAAR-ESSALUD-2010 de fecha seis de mayo del dos mil diez referido a la paciente BLCL, que señala: -----
- i. El quince de marzo dos mil ocho la paciente nace de parto eutócico prematura tardía de treinta y seis semanas de gestación, con APGAR de ocho al minuto y nueve, a los cinco minutos con cuadro de taquicardia transitoria de recién nacido, requiere apoyo ventilatorio mecánico. A las cuarenta y ocho horas de vida presenta cuadro de bronconeumonía. -----
- ii. Con fecha once de abril del dos mil ocho es dada de alta de
Neonatología en buenas condiciones. -----
- iii. El dieciocho de abril del dos mil ocho reingresa al servicio de neonatología por cuadro de distres respiratorio y polipnea marcada, con diagnóstico de: Injuria Pulmonar Crónica y Enfermedad diarreica aguda. Displasia broncopulmonar, dada de

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

- alta con oxígeno dependiente con fecha veinticinco de abril del dos mil ocho. -----
- iv.** Con fecha veintinueve de octubre del dos mil nueve, a la edad de un año y siete meses ingresa al servicio de pediatría con el diagnóstico de Insuficiencia Respiratoria Aguda, infección por virus influenza H1N1, por su gravedad ingresa a ventilación mecánica, recibe tres transfusiones de paquete globular con fechas: treinta y uno de octubre del dos mil nueve, tres de noviembre del dos mil nueve y dieciocho de noviembre del dos mil nueve. -----
- v.** Con fecha veintinueve de noviembre del dos mil nueve es dada de alta. ----- **vi.** En consulta externa se solicitan exámenes auxiliares, encontrándose transaminasas elevadas y anticuerpos de Hepatitis C. -----
- vii.** Con fecha dos de marzo del dos mil diez se realiza prueba confirmatoria, resultando Hepatitis Viral C Positiva. -----
- viii.** Con fechas nueve de marzo del dos mil diez y trece de marzo del dos mil diez se realizan exámenes a donantes de las unidades transfundidas a la paciente para tamizaje de Hepatitis C, obteniéndose resultados NO REACTIVOS (negativo en ambos casos). -----
- ix.** Con fecha diecisiete de marzo del dos mil diez la paciente es transferida al Hospital Rebagliati – Lima. En dicho informe se concluye expresamente: *“5.1. Efectivamente la paciente recibió 03 transfusiones sanguíneas. 5.2. En la Historia se encuentra registrado que la paciente es portadora de Hepatitis C. 5.3. existen varias vías para la transmisión de Hepatitis C. 5.4.*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

Toda transfusión implica riesgo para el paciente. -----

d) A folios cuatrocientos ochenta y cinco obra la Comunicación Interna número 392-DIV.LAB.GADT.GRAAR.ESSALUD.2010, de fecha veintiséis de agosto del dos mil diez, que señala lo siguiente: -----

i. La paciente BLCL estuvo hospitalizada el treinta y uno de octubre del dos mil nueve en el servicio de pediatría del HNCASE y al tener hemoglobina 9 gr/dl se solicitó paquete globular (160cc) como muy urgente, siendo atendida por banco de sangre con paquete globular número 4234, grupo O+,

el mismo día. -----

ii. El día tres de noviembre del dos mil nueve se solicita nueva transfusión, agregando al diagnóstico de ingreso el de Anemia sustentada en hemoglobina de 10 gr/dl, siendo atendida con paquete globular número 4234, grupo O+ el mismo día. ----- **iii.** El día dieciocho de noviembre del dos mil nueve se solicita una unidad como urgente y es atendida con paquete globular número

4552, grupo O+. -----

iv. El paquete globular número 4234, grupo O+ empleado con fechas treinta y uno de octubre del dos mil nueve y tres de noviembre del dos mil nueve fue obtenido de la donante voluntaria Cornejo Flores Gaby Virginia. El paquete globular número 4552, grupo O+ se obtuvo de donación exclusiva (unidad asignada) de Luna Urquizo Erika Julieta, madre de la paciente. -----

v. Las unidades de sangre fueron empleadas a solicitud del servicio de pediatría y fueron tamizadas de acuerdo a la normativa vigente, resultando NEGATIVAS. -----

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

- vi.** A la paciente se le somete a nuevas pruebas y se le hace el diagnóstico serológico para el virus Hepatitis C POSITIVO, y posteriormente prueba confirmatoria (dos de marzo del dos mil diez) HEPATITIS VIRAL C, resulta POSITIVA. -----
- vii.** El dieciséis de marzo del dos mil diez se realiza a la paciente prueba de carga para virus de Hepatitis C, la cual arroja un resultado de > de 700 000 UI/ml. -----
- viii.** En la presunción de haber sido transmitida la enfermedad diagnosticada a través de las transfusiones de sangre y para descartar o confirmar esa posibilidad se citó a la madre de la paciente (Señora Luna Urquiza) y a la donante Cornejo Flores, siendo los resultados de sus pruebas NO REACTIVO (negativo). Concluyéndose lo siguiente: *“Al haberse obtenido resultados NEGATIVOS (NO REACTIVOS) en las pruebas serológicas para los anticuerpos del virus de la HEPATITIS C (anti HCV) en las donantes en tres (03) ocasiones distintas, y pruebas de acuerdo a las normas universales para el uso de sangre segura, se puede concluir que las unidades transferidas no han sido causantes de dicha enfermedad.”* -----
- e)** A folios novecientos cincuenta y cinco obra el Dictamen Pericial presentado por el perito José Seijas Mogrovejo – Médico Pediatra y Gastroenterólogo Pediatra, el cual desarrolla ampliamente el Pliego Abierto de Puntos para la Pericia Médica admitida como medio probatorio, señalando: *“A) CONSECUENCIAS (POTENCIALES) DE LA INFECCIÓN CRÓNICA GENERADA POR EL VIRUS DE LA HEPATITIS C EN LA MENOR BLANCA LUCERO CUBA LUNA (...), E) POSIBILIDADES DE RIESGO DE ADQUIRIR LA INFECCIÓN DEL VHC EN LA ESTANCIA HOSPITALARIA A NIVEL LOCAL, NACIONAL E INTERNACIONAL (...).”* En el

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

punto E), respecto a la “Transmisión nosocomial” se precisa que: “*Para adquirir la infección por VHC, la hospitalización es un factor de riesgo por: - Desinfección inadecuada del material, - Compartir material contaminada entre los pacientes, - Practicar procedimientos invasivos.*” -----

5. En cuanto a la **conducta antijurídica**, teniendo en cuenta los elementos de convicción señalados se tiene que la paciente BLCL, ingresó al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo con fecha veintinueve de octubre del dos mil nueve, a la edad de un año y siete meses, al servicio de pediatría, con el diagnóstico Insuficiencia Respiratoria Aguda, infección por virus influenza H1N1; la paciente recibió tres transfusiones de sangre con fechas treinta y uno de octubre del dos mil nueve, tres de noviembre del dos mil nueve y dieciocho de noviembre del dos mil nueve que correspondían a los paquetes globulares número 4234 grupo O+ y número 4552 grupo O+ que correspondían a las donantes Cornejo Flores Gaby Virginia y Luna Urquiza Erika Julieta, esta última madre de la paciente. Posteriormente, a su salida del hospital, al realizársele exámenes auxiliares se le encontró transaminasas elevadas y anticuerpos de Hepatitis C y con fecha dos de marzo del dos mil diez se le realiza prueba confirmatoria, resultando Hepatitis Viral C Positiva. Al realizarse análisis posteriores a las donantes de las unidades transfundidas a la paciente para tamizaje de Hepatitis C se obtuvo resultados no reactivos (negativo) en ambos casos. -----
6. Siendo así, se debe concluir que la paciente BLCL, al ingresar al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo no tenía diagnóstico de (B18.2) HEPATITIS VIRAL TIPO C CRONICA (DEFINITIVO), y que el mismo se originó luego de su hospitalización en el citado hospital; también se ha verificado que los paquetes globulares que fueron utilizados en su tratamiento no se encontraban contaminados con el virus de Hepatitis C al haberse realizado análisis posteriores a las donantes

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

con resultados negativos; en el caso de la madre de la paciente, al ser una de las donantes, también se ha descartado la contaminación vertical (transmisión en el embarazo); en tal sentido se descarta otra posible vía de contagio a la paciente BLCL que no fuera durante su hospitalización en el hospital producida del treinta y uno de octubre del dos mil nueve al veintinueve de noviembre del dos mil nueve. Además, se tiene en cuenta lo señalado en el informe pericial, en su rubro E), respecto a la “Transmisión nosocomial,” precisa que: *“Para adquirir la infección por VHC, la hospitalización es un factor de riesgo por: - Desinfección inadecuada del material, - Compartir material contaminada entre los pacientes, - Practicar procedimientos invasivos.”* -----

7. El apelante sostiene que la comunicación interna número 147-JAP-DMIGMQ-HNCASE-ESSALUD-2010 de fecha diecisiete de agosto del dos mil diez y el Informe de Auditoría Médica número 03-CAM-HNCASEGMQ-GRAAR-ESSALUD-2010 de fecha seis de mayo dos mil diez, ofrecidos en la demanda, detallan la atención médica recibida por la paciente en el tratamiento por infección con el virus de Influenza AH1N1 habiendo sido tratada anteriormente en Emergencia de la Clínica San Juan de Dios y el Policlínico Melitón Salas, y ante su mal estado general fue llevada al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo donde fue tratada en la Unidad de Cuidados Intensivos con ventilación mecánica por neumonía severa, superando dicho mal. Sin embargo, no obra en el expediente medio probatorio alguno que acredite que la paciente BLCL haya recibido algún tipo de intervención o que se haya encontrado hospitalizada en los centros hospitalarios que refiere el apelante y mucho menos que haya sido contagiada en dichos centros, siendo que la carga de

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

la prueba corresponde a quien alega el hecho según lo estipula el artículo 196 del Código Procesal Civil.² -----

8. Coincidiendo con lo expuesto en este punto por el Juez a quo, si es que la menor ingresó sin estar contagiada por Hepatitis C y salió contagiada con tal virus, lo más probable es que el contagio se haya producido al momento de hacerle la transfusión de sangre y, teniendo en cuenta, que la sangre que se le colocó fueron de dos personas no infectadas, la única explicación posible es que el contagio se haya producido al momento de la transfusión a través del uso de instrumental médico no manipulado adecuadamente o reutilizado. No existe otra razón suficiente: Paciente no portador + sangre de no portadores + adecuada manipulación de instrumental médico para la transfusión de sangre, no puede dar como resultado que el paciente resulte infectado; empero si a dicha ecuación le restamos la adecuada manipulación del instrumental médico, puede dar como resultado la existencia de una infección, que es lo que ha podido suceder en el caso de autos. Para concluir sobre la forma en que se contagió la menor, y tal como se ha señalado en este considerando, si no fue en la sangre, ha sido en el momento de la manipulación del instrumental médico para hacer la transfusión, sea porque se utilizó material reciclado, sea porque quienes hicieron la labor, no lo hicieron cumpliendo los protocolos de ley, o sea, por otra conducta que se presentó al momento de la transfusión, por lo que se forma convicción, de que al existir un daño producido al momento de la atención médica, es consecuencia de una conducta antijurídica al realizar la transfusión sin observar las condiciones que sanitariamente deben cumplirse. -----
9. En cuanto al **factor de atribución**, la segunda parte del artículo 48 de la Ley General de Salud, contiene un criterio de responsabilidad objetiva, por

² Código Procesal Civil. Artículo 196. Carga de la prueba: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

lo que no es necesario se acredite dolo y/o culpa en la conducta de la parte demandada ni es necesario demostrar que sus servidores incurrieron en dolo o culpa en las atenciones. Asimismo, resulta de observancia el artículo 1325 del Código Civil, sólo para efectos de determinar que es el deudor el que responde directamente por sus dependientes que actuaron con dolo y culpa, empero sobre el dolo y culpa el ya citado segundo párrafo del artículo 48 de la Ley General de Salud, adopta un criterio totalmente objetivo; es decir, que en el caso de la responsabilidad civil médica, no es necesario acreditar dolo y/o culpa en los profesionales, técnicos y demás que atendieron a la paciente dañada. -----

10. En cuanto al **nexo causal**, al tratarse de responsabilidad civil contractual, el responsable está obligado a indemnizar los daños que provengan por la ejecución de un contrato. Cabe indicar que tanto la doctrina y la jurisprudencia, reconocen que uno de los problemas que suele presentarse en la responsabilidad derivada de la actividad médica, es la prueba del nexo causal entre la conducta y el daño sufrido; pues su probanza es difícil; en el caso, se ha formado convicción sobre la inadecuada manipulación del instrumental médico al momento de la transfusión de sangre, como causa directa del daño que padece la menor y que para que ello suceda, el Hospital de la demandada, creó un riesgo involuntario de lo sucedido, por lo que está obligado a resarcir. En conclusión, se acredita como criterio de imputación el de la responsabilidad objetivo y se forma convicción de la causa directa entre conducta y daño sufrido. -----
11. En cuanto al **daño**, como se refiere en el informe pericial, la hepatitis C, es una enfermedad que afecta al hígado, por lo que, con el tiempo, el infectado con el virus de esta enfermedad, puede terminar sus días con cirrosis o cáncer al hígado. El daño acreditado en este proceso es el contagio con el virus de la Hepatitis C a la menor BLCL. Este daño puede originar un daño

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

patrimonial y otro extrapatrimonial. -----

12. El apelante sostiene que existiría una indeterminación de la pretensión resarcitoria, una ilegal cuantificación del daño establecido en la suma de un millón de soles (S/1'000,000.00), que no tendría sustento alguno. -----
13. Al respecto el **petitorio** de la demanda, de folios setecientos ocho, subsanado a folios setecientos cincuenta y ocho, se aprecia que el monto pretendido (cuatro millones de soles (S/4'000,000.00)) se circunscribió al daño ocasionado a la menor BLCL (daño a la persona y daño moral, o siguiendo a Fernández Sessarego, daño somático (daño biológico, y a la salud o al bienestar, y daño a la libertad o al proyecto de vida), además de que quede asegurada de forma vitalicia con todas las prestaciones de salud; apreciándose con claridad que no se incluyó la pretensión de indemnización en lo concerniente a los padres de la menor ni se solicitó monto resarcitorio alguno para ellos; más aún, los puntos controvertidos establecidos en el proceso mediante Resolución número nueve, de folios ochocientos catorce, también se han circunscrito a la indemnización para la menor, no así para los padres. Siendo así, el extremo de la sentencia que ha emitido pronunciamiento sobre el “daño moral” ocasionado a los padres de la menor debe ser anulado puesto que se trataría de un pronunciamiento *extra petita*,³ lo que no incide en los demás extremos de la sentencia. Si bien podría deducirse que los familiares de una persona agraviada, en especial sus padres, también padecerían un daño moral como consecuencia del daño sufrido por su hijo, el principio dispositivo y el de congruencia procesal

³ “La incongruencia *extra petita* se presenta en un proceso cuando el Juez al emitir pronunciamiento se pronuncia sobre un pedido o pretensión no propuesta por las partes, es decir decide sobre algo que no fue discutido en el proceso por las partes, en consecuencia se aparta del *thema decidendum*.” HURTADO REYES, Martín. La incongruencia en el proceso civil. Ver: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2015/04/La-incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf>

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA CIVIL**

impide al juzgador pronunciarse sobre una pretensión que no ha sido parte del petitorio de la demanda incoada. -----

14. En cuanto a la cuantificación y determinación del monto resarcitorio, se emitirá pronunciamiento al absolver los fundamentos de la apelación de la parte demandante. -----
15. Finalmente, el apelante aduce que el Juez a quo se ha pronunciado sobre una especie de “daño emergente futuro” pero que éste pedido no habría sido invocado ni desarrollado en la demanda; sin embargo, el Juez a quo ha explicitado que se trata del seguro vitalicio que se ha solicitado a favor de la menor en la demanda (véase considerando 6.2 de la sentencia), por lo que se trataría únicamente de la denominación que ha realizado el juzgador; sin perjuicio de ello, se verifica que en la Resolución número nueve se ha incluido como punto controvertido lo siguiente: “e) *Determinar si **además** de la indemnización, corresponde que la entidad demandada asegure en forma vitalicia a BLCL a fin de que reciba las prestaciones de salud que requiera;*” resolución que no fue objeto de impugnación en su oportunidad. -----

En lo atinente a los fundamentos de la apelación de la demandante

EJLU: -----

16. De los fundamentos de la apelación se aprecia que la demandante no ha cuestionado la indemnización determinada por el Juez a quo en cuanto al daño patrimonial (daño emergente futuro); y en cuanto a los daños extrapatrimoniales que ha identificado el juzgador respecto a la menor (daño a la persona en la modalidad de daño psicosomático-salud y daño moral) ha cuestionado sólo lo concerniente al monto del resarcimiento determinado por el juzgador, aduciendo que en la sentencia no se habría expuesto las

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

razones por las cuales no se le ha concedido la suma que ha consignado en su petitorio (cuatro millones de soles (S/4'000,000.00)). -----

17. Al respecto, debe resaltarse que corresponde a la parte acreditar los hechos que configuran su pretensión por lo que correspondía a la demandante ofrecer y precisar los medios probatorios concernientes al *quantum* indemnizatorio, no debiéndose confundir la acreditación del daño con la acreditación de la cuantificación del daño. -----
18. El Juez a quo ha determinado el quantum indemnizatorio en lo concerniente al daño extra-patrimonial sufrido por la menor BLCL en la suma de cuatrocientos mil soles (S/400,000.00) por daño a la persona en la modalidad de daño psicosomático-salud y la suma de trescientos mil soles (S/300,000.00) por daño moral. -----
19. En cuanto a lo primero el juzgador ha explicitado que por razón de que la menor ha quedado permanentemente afectada en su salud con una enfermedad cuya curación no es cierta y con el tiempo puede tornarse degenerativa afectando la calidad de vida que toda persona merece; inclusive aún en el caso que la enfermedad no llegue a desarrollar por completo o se le cure, ya ocasionó un daño en el desarrollo de la menor; los daños a la salud, son *in res ipsa*, es decir que el solo hecho de ocasionarse un daño injusto, tiene que ser reparado; esta cantidad, es considerada equitativa, por la Sala Superior por el daño a la salud infringido. En cuanto a lo segundo, ha llegado al monto fijado por el padecimiento, sufrimiento que ha tenido la menor durante los primeros años de su vida, así como el sufrimiento que llevará a lo largo de su vida hasta su curación o control de la enfermedad, pero que puede en el futuro agravarse afectando su vida social y aumentando su sufrimiento. -----
20. De lo expuesto por el Juez A quo se aprecia que ha tenido como criterios objetivos la “gravedad” del hecho y la “intensidad” del padecimiento

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

anímico, además de haber compulsado previamente la conducta de la demandada (véase su considerando 6.5) donde ha meritado que a folios mil veinticinco, obra el Oficio número 718-2015-DGE-DVEJSVP/MINSA, donde la Dirección General de Epidemiología informa que el Hospital Nacional Carlos Alberto Seguí Escobedo (HNCASE), es un unidad notificante de la Gerencia de Salud de Arequipa, sobre vigilancia de infecciones intrahospitalarias (SVEIIIH), no existiendo información sobre la menor BLCL, conducta que revela un peligro a la salud pública en general, puesto que el Hospital de la demandada tiene la obligación de reportar estos incidentes (independientemente de las causas) para tomar las medidas de seguridad del caso; informe que queda corroborado con las instrumentales que obran de folios mil cuarenta y mil cincuenta y uno, también remitida por el Gobierno Regional de Arequipa a través de su Gerente Regional de Salud; también ha meritado la conducta procesal de la demandada que no cumplió debidamente con proporcionar los casos de contagio del VHC (Virus de la Hepatitis C), al Despacho, pese a ser requerido y solicitando un plazo mayor a cinco días el día nueve de abril del año dos mil quince (fojas novecientos noventa y cinco); y finalmente, la prueba extemporánea (fojas un mil sesenta a un mil sesenta y cinco), que acredita la certificación del Hospital de la demandada, pero que de ninguna manera lo exime de su responsabilidad, puesto que acredita que desde junio del dos mil quince se han inscrito en el Programa de Control de Calidad para Inmunoserología de Bancos de Sangre y los hechos que ocasionaron los daños, ocurrieron el dos mil nueve y dos mil diez y con relación al Programa de Evaluación Externa del desempeño en Inmunoserología para Bancos de Sangre el año dos mil seis, tampoco los libera de responsabilidad alguna, puesto que el daño injusto se produjo cuando realizaban tal labor (de transfusión). -----

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA CIVIL**

21. Por tanto, no se evidencia una indebida motivación de los montos que han sido determinados en la sentencia, apreciándose que el Juez A quo ha explicitado las razones que han justificado debidamente su decisión sobre este punto. -----
22. De otro lado, la demandante sostiene que debió disponerse adicionalmente una indemnización por daño al **proyecto de vida** de la menor puesto que la demandada habría conculcado la proyección individual de una menor de edad afectándola directamente por las deficiencias en la atención hospitalaria; que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, ha señalado que proyecto de vida no conlleva que “indubitablemente” hubiera acontecido sino que se vincula más bien con que “probablemente”, dentro del curso natural y previsible de desenvolvimiento de la persona, el sujeto hubiera alcanzado ese proyecto. -

23. Al respecto, debe señalarse que en la sentencia a que hace alusión la apelante la Corte Interamericana, al acoger el daño al proyecto de vida, corroboró que se había interrumpido los estudios de la persona y que se le habría obligado a trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, alterando en forma grave y tal vez irreparable dicho proyecto profesional, sin embargo, en el caso de autos, ni en la demanda ni en la apelación se ha precisado el proyecto que se le habría dañado a la menor, debiendo resaltarse que las afectaciones bio-psico-sociales son aspectos, entre otros, que ya han sido considerados al cuantificar los daños a la salud y moral de dicha menor; por lo que debe confirmarse la decisión que desestima este extremo de la demanda. -----
24. Finalmente, el principio del interés superior del menor, impulsa a este Colegiado a que se tome medidas para asegurar que el dinero por indemnización que se ha concedido sea utilizado en exclusivo beneficio de

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA
TERCERA SALA CIVIL**

la menor por lo que en coincidencia con lo opinado en este punto por el Ministerio Público en su dictamen de folios mil doscientos treinta y siete debe disponerse que el dinero sea depositado en una entidad bancaria a nombre de la menor. ----- **IV. DECISIÓN:**

----- Por los fundamentos expuestos: -----

- 1) **Confirmaron** la Sentencia número cero cincuenta y tres - dos mil diecisiete de fecha doce de junio del dos mil diecisiete, de folios mil noventa tres a mil ciento diez, que declara **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** sobre indemnización por daños y perjuicios, presentada por **EJLU** y otro en contra del **SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD**; -----
- 2) La **confirmaron** en cuanto dispone: **A)** Que la demandada **ESSALUD**, pague a favor de la menor **BLCL** la suma de **cuatrocientos mil soles (S/400,000.00)** por daño a la persona (psicosomático-salud) y la suma de **trescientos mil soles S/300,000.00** por daño a la persona (moral); **B)** Que la demandada **ESSALUD de atención en forma vitalicia a la menor BLCL**, a fin de que reciba las prestaciones de salud que requiera en los centros de atención, hospitales del país de la demandada, incluyendo de manera perpetua, costos de tratamiento, hospitalización, cirugías, transportes y desplazamientos, medicinas y material quirúrgico y todos los que resulten necesarios para el tratamiento hasta el máximo posible de su recuperación o cura, y asuma los costos íntegros de adquisición e importación de los productos farmacológicos con los que actualmente combate el VHC, o de aquellos que en el futuro desarrolle convenientemente la ciencia, siempre que se opte por un tratamiento farmacológico para el caso específico de la menor **BLCL**, así como los gastos íntegros de cualquier otro tratamiento que se decida aplicar o de cualquier intervención quirúrgica por

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

la que se pueda optar incluyendo un eventual trasplante de hígado o de algún otro órgano afectado o comprometido como consecuencia de la infección del VHC; para el cumplimiento de esta prestación, no podrá exigirse a cambio ningún tipo de aporte o afiliación al Sistema de Seguridad Social, a la referida menor, inclusive cuando sea mayor de edad. -----

- 3) La **integraron**, disponiendo que los montos indemnizatorios por daño a la persona (psicosomático-salud) y por daño a la persona (moral) que se ha concedido sean depositados en una entidad bancaria a nombre de la menor BLCL. -----
- 4) La **confirmaron** en cuanto declara INFUNDADA la demanda respecto al monto de cuatro millones de soles (S/4'000,000.00) pretendido por los actores, así como a la indemnización del proyecto de vida de la menor. -----
- 5) Declararon **nulo e insubsistente** únicamente el extremo de la sentencia que se pronuncia sobre el daño a la persona (moral) sufrido por doña EJLU y don GECC; *y los devolvieron*. En los seguidos por EJLU y otro, en contra de EsSalud, sobre indemnización. Tómese razón y hágase saber. Juez superior ponente: señor Rivera Dueñas.

SS.

Marroquín Mogrovejo

Rivera Dueñas

Valencia Dongo Cárdenas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

En el campo de la inexecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida, de lo que sigue que cualquier pedido que se realice por daño moral deberá tener en cuenta tal situación.

Lima, quince de noviembre de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: con el expediente acompañado, vista la causa número mil trescientos dieciocho - dos mil dieciséis, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

En el presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, el demandante **GMHE** y el demandado **Seguro de Salud - Essalud Huancavelica**, interponen recursos de casación a fojas trescientos noventa y siete y trescientos sesenta y siete, respectivamente, contra la sentencia de vista obrante a fojas trescientos cuarenta y uno, dictada por la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, su fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, que confirma en parte la sentencia de primera instancia del ocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos cincuenta y uno, que declara fundada en parte la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

Por escrito de fojas doce, GMHE interpone demanda solicitando:

- Como pretensión principal: Se ordene se le pague el monto de S/. 1'400.000.00, por concepto de los siguientes daños: lucro cesante S/.200,000.00; daño moral S/.400,000.00 y daño a la persona S/.600,000.00, más los intereses legales, costos y costas del proceso.
- Como pretensión accesoria: a) Se disponga un tratamiento médico permanente del recurrente por la demandada; b) Se le provea con medicamentos necesarios diarios para tratar su mal; c) Se ordene sea restablecido su salud en el órgano dañado.

Señala que a la fecha se siente como un experimento humano por los hechos ocurridos en su agravio, ocurrido el once de octubre de dos mil tres por el personal profesional dependiente de la demandada, siendo ésta responsable por la actividad médica que ejerce como red asistencial de salud y responsable civil por sus dependientes.

Manifiesta que para el nueve de octubre de dos mil tres, prestaba servicios en la entidad pública PROVIAS Departamental de Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Huancavelica, teniendo el cargo de chofer denominado como operador, descontándosele de su remuneración, en el rubro de Ley, el aporte para Essalud, por lo que este aporte genera una obligación de cobertura de salud a su persona, siendo esta una relación contractual.

Alega que entró por el servicio de emergencia el día nueve de octubre de dos mil trece y se le diagnosticó "Obstrucción Urinaria Severa y Próstata", siendo tratado con medicamentos y demás actos asistenciales, hasta que el once de octubre de dos mil tres, a las ocho de la mañana, se le realiza un diagnóstico médico profesional pre operativo por "Hipertrofia Benigna

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

de Próstata”, realizándose actos previos a una intervención quirúrgica como riesgo quirúrgico y riesgo anestesiológico, para que a las doce horas se ingresado a la Sala de Operaciones siendo intervenido por los médicos Julio Ortíz Moscoso (Cirujano), ayudante Neel Huamán Alfaro y anestesióloga Beatriz Palomino Mora.

Conforme al Informe médico resultado de la Auditoría Médica N° 05-CAM-RA-HVCA-ESSALUD-2006, se cumplió tardíamente con el protocolo de Manejo de Emergencias Urológicas por Obstrucción Urinaria Severa, indicándose que padecía *“estenosis previa no diagnosticada y causada por probable traumatismo pélvico o traumatismo penetrante de uretra, no consignado en el Historial Clínico (antecedente patológico) la cual le hacía portador de la Estenosis Uretral crónica. No se descarta la presencia de Adenoma prostático leve por falta de información de Anatomía Patológica en la Historia Clínica. El paciente debió ser sometido inicialmente a Uretrocistoscopia. Ingreso tardío a SOP por demora en la firma de autorización para intervención quirúrgica, durante el trasoperatorio se diagnostica Estenosis Uretral, debiéndose haber realizado únicamente la talla transversal de emergencia y no la adenectomía, debiendo transferir al paciente para manejo especializado para urología. El médico anestesiólogo no debió autorizar el ingreso a SOP, para realizar la adenectomía prostática por no contar con urólogo. El retiro de Sonda Foley, por personal de enfermería se realizó sin indicación ,médica. El pronóstico de la estenosis Uretral severa post traumática es malo por las estenosis cicatrizal a repetición”*.

Indica que, sencillamente procedieron a intervenirle quirúrgicamente por Hipertrofia Benigna de Próstata pese a que no existía evidencia del mismo, procedieron a colocarle una sonda Foley en su uretra, previo a la operación dañando más su órgano y que a la fecha de veintitrés de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

octubre de dos mil tres, ante el rebosamiento de orina por el pene y talla vesical, fue retirado la sonda sin indicación médica y que posteriormente intentaron recolocar la sonda sin éxito, debido a la estrechez uretral proximal post traumática.

Señala que de haberse detectado a tiempo, que padecía de Estenosis Uretral Severa no se le habría colocado sonda alguna por su órgano, habiendo quedado este dañado definitivamente. Agrega que desde aquella fecha a la actualidad su pene ha dejado de funcionar como tal, no pasa la orina, tampoco el semen, no puede satisfacer sus necesidades sexuales, eyacular, no tiene erección, no cumple con sus deberes de esposo para su cónyuge ni puede engendrar hijos. La atrofia a su órgano ha incidido que no pueda trabajar como conductor de vehículos, que es y ha sido su oficio desde la edad de 18 años, porque al sentarse en el asiento de cualquier vehículo, no puede contener que la orina salga por la talla vesical.

Señala que el daño emergente se da porque ante este daño físico que le impide trabajar desde octubre de dos mil tres a la fecha se siente empobrecido por no tener ingreso alguno mensual, sus sueños han quedado truncados, frustrada su vida y la de su familia ha quedado desorganizada. Asimismo señala que se le debe indemnizar por lucro cesante, indica que para la fecha de octubre de dos mil tres era trabajador percibiendo un ingreso mensual no menor de S/.1,200.00 .

Respecto del daño moral señala que se siente emocionalmente débil, angustiado, ansioso y constantemente sujeto a la depresión, con baja autoestima, sintiéndose un ser raro, pues cada vez que la orina excede la talla vesical sale un olor fétido. Añadiendo que no cumple como esposo y que no puede engendrar hijos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

Indica que en cuanto al daño a la persona se le ha truncado su proyecto de vida como varón, como esposo, como padre de familia, ello en su seno familiar y en su seno amical y dentro de la sociedad y que no tiene la capacidad para ser útil.

2. Contestación de la demanda

Mediante escrito de fojas cincuenta y cinco, la demandada Seguro de Salud - Essalud Huancavelica contesta la demanda, bajo los siguientes argumentos:

- Indica que carece de legitimidad para contradecir la presente demanda ya que el demandante pretende una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una mala praxis, sin embargo señala la participación directa de los servidores de la institución que son los que habrían causado la supuesta lesión, siendo así no se ha delimitado de modo preciso el petitorio e identificación del personal asistencial que atendió al demandante.
- Indica que no existió contrato por el cual se obligue a su institución cumplir con determinada obligación. Sostiene que no se ha causado daño alguno al actor; no se ha demostrado el daño alegado.
- El peritaje presentado por el demandante no tiene relevancia jurídica, pues se basa en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, disposición legal que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, además se advierte que es incoherente pues establece dos edades distintas sobre un mismo caso y que el monto que señala como ingreso del demandante por la suma de S/.1,600.00 no se condice con la realidad, conforme a sus boletas de pago que indican la suma de S/.1,000.00.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

- Arguye que no se ha demostrado la aflicción sufrida y menos el perjuicio moral ocasionada a su familia ya que no acredita tener carga familiar.
- Alega que no se ha establecido si se trata de daño contractual o extracontractual ya que el daño moral solo se puede solicitar en el campo extracontractual.
- Señala que Essalud ha actuado a través de sus servidores asistenciales con afán de lograr la recuperación del demandante y que no existe antijuricidad por lo que no hay lugar a indemnizar. Indica que no se ha acreditado responsabilidad civil, el daño sufrido, la relación de causalidad ni el factor de atribución.

3. Puntos controvertidos

Se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

- 1) Determinar si corresponde a la entidad demandada indemnizar por daños y perjuicios derivadas de la responsabilidad civil objetiva por incumplimiento de obligaciones.
- 2) Determinar si corresponde a la entidad demandada indemnizar por daños y perjuicios, en sus componentes de daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, por incumplimiento de obligaciones.
- 3) Determinar el quantum de la indemnización por cada componente del caso.
- 4) Determinar si corresponde el tratamiento médico permanente a favor del demandante a cargo de la entidad demandada.
- 5) Determinar si corresponde que la demandada provea de medicamentos necesarios diarios para tratar la salud del demandante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

- 6) Determinar si corresponde que la emplazada restablezca la salud en el órgano dañado del demandante.
- 7) Determinar el daño ocasionado en la salud del demandante, precisando en el aparato urinario.

4. Sentencia de primera instancia

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas doscientos cincuenta y uno, su fecha ocho de setiembre de dos mil quince, declaró fundada en parte la demanda de indemnización por daños y perjuicios. Se ordena que la demandada pague el monto de S/.600,000.00 por los conceptos de daño emergente (S/.100,000.00), lucro cesante (S/.100,000.00), daño moral (S/.200,000.00) y daño a la persona (S/.200,000.00), más los intereses legales que se liquiden en ejecución de sentencia. Se ordena que la demandada Seguro de Salud - Essalud Huancavelica- realice la asistencia y tratamiento médico permanente diferenciado, a través de sus profesionales en salud (médico, enfermera, psicólogo), dote de medicamentos necesarios según prescripción del médico tratante a fin de restablecer su salud en el órgano dañado, y proporcioné el tratamiento de rehabilitación física y psicológica de ser el caso.

El juzgado señala:

- 4.1.** Conforme al artículo 48 de la Ley N° 26842 de la Ley General de Salud, existe responsabilidad objetiva de la estructura sanitaria por la dependencia del profesional médico.
- 4.2. Antijuricidad.** Conforme al artículo 36 del referido cuerpo legal: que señala "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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

imperito de sus actividades”, agregando el artículo 48 que indica “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 ofrece”.

4.3. Relación de causalidad. Conforme al documento denominado Auditoría Médica N° 05-CAM-RA-HVCA-ESSALUD-2008, el presente caso es uno de responsabilidad contractual, por lo que el factor de atribución de daño obedece a haberse practicado actos médicos con culpa grave e inexcusable de quienes la atendieron; documento en el que categóricamente se señaló que se cumplió tardíamente con el Protocolo de Manejo de Emergencias Urológicas por Obstrucción de Urinaria Severa, paciente con Estenosis Uretral, previa no diagnosticada y causada por probable traumatismo pélvico o traumatismo penetrante de uretra, no consignado en el Historial Clínico, la cual le hacía portador de una Estenosis Uretral Crónica severa.

4.4. Factor de Atribución. Se acredita fehacientemente que el paciente fue diagnosticado o evaluado en forma inadecuada y no profesionalmente por el personal médico que ha tratado al ahora demandante, y mucho menos se le ha dado un tratamiento adecuado y oportuno, situaciones que han contribuido para el mal estado de salud en que se encuentra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

- 4.5. Al haberse demostrado la negligencia por parte del personal de salud de la entidad demandada, de ha acreditado el daño sufrido por parte del demandante.
- 4.6. El informe médico legal N° 000286-L suscrito por la División Médico Legal del Ministerio Público del Distrito Judicial de Huancavelica, acredita la producción del daño.
- 4.7. El **daño emergente** se establece dada la condición de salud del demandante, que actualmente usa la Sonda Folley en zona media de región infraumbilical y por consiguiente de por sí requiere.
- 4.8. En lo que respecta al **lucro cesante**, se tiene que el paciente ha laborado para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones desde el veintidós de octubre de dos mil dos hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dos con el cargo de operador, conforme al certificado de trabajo, así como las boletas de pago, empero de manera directa no se manifiesta la ganancia dejada de percibir; aunque ello trasunta a la esfera familiar.
- 4.9. Respecto al **daño moral**, de las audiencias realizadas a las que ha concurrido el demandante se tiene que dicho demandante presenta signos de tristeza, aflicción, señalando repetidamente que ha sido objeto de un experimento humano por parte de los médicos, aspectos que se ven reflejados en el seno familiar.
- 4.10. En cuanto al **daño a la persona**, al haberse truncado el proyecto de vida de una persona de 46 años (al momento de la intervención quirúrgica), el monto debe estimarse también en forma razonable.
- 4.11. En relación al tratamiento médico permanente se debe tener en cuenta que esta constituye la prevención, tratamiento y manejo de la enfermedad y la preservación del bienestar mental y físico a través de los servicios ofrecidos por los profesionales de medicina y que de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, OMS la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

asistencia sanitaria abarca todos los bienes y servicios diseñados para promover la salud.

5. Fundamentos de la apelación

Mediante escrito de fojas doscientos setenta y uno, el demandante GMHE interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando:

- Señala que los hechos descritos provienen de un suceso dañoso efectuado por la mala praxis médica a su persona por personal de la demandada, por lo que el monto establecido por el daño emergente, resulta ínfimo, ya que esta acreditado con mérito de sus boletas de pago que percibía S/. 1,200.00 y que no puede seguir laborando como chofer, y que es el oficio que ha tenido desde joven, por lo que interpone la apelación en este extremo, debiendo calcularse ese monto en S/.200,000.00. Respecto al lucro cesante indica que por dejar de trabajar ha perdido o dejado de percibir los montos de indicados, por lo que reclama S/.200,000.00, ya que de no haber sufrido ese daño habría podido trabajar. En cuanto al daño a la persona considera que los S/.200,000.00 fijados por el juzgado, debe ser incrementado a S/. 400,000.00 teniendo en cuenta que el daño a la persona es incalculable, asimismo respecto al daño moral señala que debe incrementarse el monto fijado en la sentencia.

La demandada Seguro Social de Salud apela la sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

- El Juez de la causa no ha valorado adecuadamente los medios probatorios que acreditan la comisión del daño causado por parte del accionante, pues no se ha tomado en cuenta que previo a la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

intervención quirúrgica de cualquier paciente su entidad siempre exige el consentimiento de los parientes del paciente y/o en su caso del mismo paciente tratándose de intervenciones menores. En el presente caso el propio demandante estipula que en su escrito de demanda que hubo un ingreso tardío a la Sala de Operaciones debido a la demora en la firma de autorización para la intervención quirúrgica.

- Si bien es cierto el demandante ha sufrido un menoscabo físico, sin embargo fue a consecuencia de salvarle la vida, ya que conforme al informe de Auditoría Médica en el punto IV, análisis de los hechos, que el mismo demandante indica a los médicos que tenía antecedentes de traumatismos perineal con hematoma hace nueve meses antes de la intervención quirúrgica, la misma que no fue puesta de conocimiento de los médicos que intervinieron quirúrgicamente al accionante.

6. Sentencia de vista

Elevados los autos, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, mediante sentencia de vista de fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas trescientos cuarenta y uno, confirma **en parte** la sentencia de primera instancia del ocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos cincuenta y uno, que declara fundada en parte la demanda sobre cobro de indemnización por daños y perjuicios, la revoca en los extremos que declara fundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios en la **modalidad de daño emergente** en el monto de S/. 100,000.00 y en la **modalidad de daño a la persona** en el monto de S/. 200,000.00; y reformándola la declararon improcedente; mandaron que la entidad demandada pague al reclamante la suma de S/. 358,000.00 como indemnización por daños y perjuicios a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

razón de S/. 108,000.00 por concepto de **lucro cesante** y S/. 250,000.00 por **daño moral**.

La Sala Superior considera:

- La sentencia de primera instancia ha justificado como ha establecido el daño, por lo que no se ha afectado el derecho a la motivación reconocida en el inciso 5 de la Constitución Política del Estado.
- Respecto al agravio que señala que existe motivación aparente en la indemnización del lucro cesante. Se ha invocado la aplicación del artículo 1321 del Código Civil, así como la dificultad de la probanza del quantum y la aplicación de la equidad, por lo cual no hay sustento para alegar que la resolución judicial contiene argumentos o razones falsas, simuladas o inapropiadas para la decisión.
- Se entiende que el sanatorio, hospital o clínica asumen responsabilidad por los daños ocasionados al paciente por sus dependientes que contratan para brindar atención médica, sin embargo en el caso concreto la Auditoría demuestra que la entidad demandada incumplió con su obligación contractual, pues se ha evidenciado que el once de octubre de dos mil tres, los médicos de la demandada incurrieron en mala praxis médica en la intervención quirúrgica que se practicó al actor, al no cumplir con efectuar oportunamente el protocolo de manejo de emergencias urológicas, por no haber sometido inicialmente al accionante la uretroscopia, por no contar con un urólogo y por el retiro de la sonda foley sin prescripción médica.
- El demandante no reclama el pago de los gastos derivados del daño corporal, ni tampoco se peticiona como daño emergente futuro los costos fármacos, ni la atención médica que le va a demandar la recuperación de la salud, sino solo se invoca el detrimento patrimonial

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

de él y su familia por el hecho que no puede laborar; sin embargo en la sentencia recurrida el A quo ha fijado el monto de S/. 100,000.00, sustentándolo en la secuela que puede causar en la salud que no necesariamente surgen de la contingencia sino en forma posterior, requiriéndose por ello atención médica de por vida, esto es lo ha fundado en la existencia de un daño futuro que no ha sido invocado, menos aún en autos está demostrado que efectivamente el reclamante ha sufrido la pérdida o detrimento patrimonial en dicho monto; por lo cual debe revocarse la sentencia respecto a este extremo.

- Respecto al lucro cesante se concluye que en autos está demostrado la privación de ingresos o ganancias para el actor desde noviembre de dos mil tres a noviembre de dos mil quince, por lo que corresponde estimarlo como se ha determinado en la sentencia impugnada, empero en cuanto a su valoración, al no existir elemento probatorio que demuestre el quantum reclamado, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil: en tal sentido corresponde efectuar un juicio de probabilidad objetiva valorando para tal propósito los elementos probatorios indiciarios que obran en el presente proceso. Prudencialmente se toma la remuneración mínima de S/. 750.00 porque el monto de la boleta de pago no es suficiente para tomarlo como referencia, pues conforme al contenido del documento de fojas ciento tres la obra Provías donde prestaba servicios el reclamante ya no existe, lo que es indicador que la labor del reclamante no tenía naturaleza permanente.
- En cuanto al daño a la persona no es susceptible de resarcimiento en la responsabilidad contractual, sino en la responsabilidad extracontractual, por lo que resulta improcedente al configurarse la causal prevista en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil, al no ser jurídicamente posible reclamar tal indemnización.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

- La víctima se siente emocionalmente débil, angustiado, ansioso y constantemente sujeto a la depresión con labilidad emocional, con tendencia a tener un personalidad inestable, sintiéndose raro cada vez que la orina excede la talla vesical y sabe sale el olor fétido, más aun que no puede cumplir como varón con su cónyuge; estando demostrado que el incumplimiento de la demandada ha generado un menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva del reclamante, lo cuál constituye una variación sustancial en las condiciones de existencia del reclamante por la afectación anormal y negativa corresponde estimar la indemnización por daño moral.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Esta Sala Suprema, mediante resoluciones de fecha uno de julio de dos mil dieciséis de dos mil quince, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Seguro Social de Salud – Essalud **por la infracción normativa de los artículos 1331 del Código Civil y 196 del Código Procesal Civil e Infracción normativa del artículo 1332 del Código Civil**. Asimismo declaró procedente el recurso de casación interpuesto por GMHE, por las siguientes causales **infracción normativa de los artículos 138 y 139 numerales 3) y 5) de la Constitución Política del Perú, concordado con los artículos I del Título Preliminar, 122 y 197 del Código Procesal Civil**

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

PRIMERO.- La recurrente Seguro Social de Salud – Essalud señala que se han infringido las siguientes normas jurídicas:

- 1) **Infracción normativa de los artículos 1331 del Código Civil y 196 del Código Procesal Civil**. Sostiene que la sentencia de vista

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

presenta una motivación aparente para justificar el pago del resarcimiento por lucro cesante y daño moral, debido a que el demandante no ha demostrado que el menoscabo ocasionado lo haya ubicado en una situación de incapacidad parcial o permanente que no le permita seguir trabajando como conductor de vehículos motorizados, de manera que no pueda percibir los ingresos que recibía antes del evento dañoso. Agrega, que en cuanto al daño moral no se acreditó la afectación psicológica o el sufrimiento, pues la sola alegación de haber sufrido esos padecimientos no puede servir para habilitar el criterio de “valoración equitativa” y conllevar a estimar la cantidad de doscientos cincuenta mil soles (S/.250,000.00), como monto para reparar ese aparente daño.

- 2) Infracción normativa del artículo 1332 del Código Civil.** Alega que la Sala Superior de manera indebida utiliza el criterio de “valoración equitativa” para considerar que los daños al demandante deben ser reparados con montos exorbitantes de ciento ocho mil soles (S/.108,000.00) y doscientos cincuenta mil soles (S/. 250,000.00), pues la decisión impugnada no contiene una línea argumentativa objetiva para determinar la cantidad que le corresponde por concepto de lucro cesante; asimismo, señala que de forma equivocada se utiliza el último valor de la remuneración mínima vital, sin tener en cuenta, que en el tiempo en el que se habría prolongado esa supuesta afectación, han existido otros valores menores a los empleados. Agrega, en cuanto al daño moral, que no hay fundamento que justifique fáctica y jurídicamente cómo se llega a la conclusión que el daño en ese aspecto, sea de tal proporción que inevitablemente tenga que ser reparado con doscientos cincuenta mil soles (S/.250,000.00), sino que solo se recurre a la formula de la “valoración equitativa”, para arribar a una decisión arbitraria y considerar subjetivamente un monto circunstancial. Finalmente,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

precisa que su pretensión casatoria principal es anulatoria, y la subordinada es revocatoria.

SEGUNDO.- El demandante GMHE refiere que se han infringido **los artículos 138 y 139, numerales 3 y 5, de la Constitución Política del Perú, concordado con los artículos I del Título Preliminar, 122 y 197 del Código Procesal Civil**. Sostiene que la sentencia de vista transgrede sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva porque la respuesta judicial no resulta adecuada con relación a los hechos descritos y la prueba actuada. Ello es así, porque de acuerdo con el Informe de Auditoría Médica N° 05-CAM-RA-HVCA-Essalud 2008, el cual tiene calidad de prueba pre-constituida, se determinó que los médicos que lo intervinieron incurrieron en negligencia médica; por tanto, de acuerdo con la Ley General de Salud y con lo regulado en el Código Civil, se configuró un supuesto de responsabilidad civil; por lo que la entidad debería resarcirle de forma íntegra el daño ocasionado, esto es, en todas sus manifestaciones. Añade que no se puede hacer distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, pues en ambos supuestos concurren los mismos elementos para su configuración; por tanto, en los casos de responsabilidad contractual u obligacional se debe comprender el daño a la persona, debido a que ese aspecto forma parte del concepto de reparación integral; en consecuencia, en sede casatoria se debe revertir la decisión de la Sala Superior, e incluirse la afectación el daño a la persona como pasible de reparación.

TERCERO.- De la lectura de las infracciones normativas denunciadas se colige que no hay controversia sobre que se está ante un caso de responsabilidad contractual y que el demandante ha sufrido un daño que debe ser indemnizado. La discusión gira en torno a estas dos interrogantes: 1. ¿Se han indemnizado debidamente los conceptos de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

daño emergente, lucro cesante y daño moral en la sentencia impugnada? y 2. ¿Debe indemnizarse el daño a la persona en asuntos que derivan de responsabilidad por inexecución de obligaciones? Siendo tal el tema del debate, esta Sala Suprema Tribunal solo examinará dichos conceptos.

CUARTO.- Daño emergente y lucro cesante:

1. Mientras en el daño emergente un bien sale o saldrá de la esfera patrimonial de la víctima; en el lucro cesante un valor no ingresa o no ingresará al referido patrimonio. Por ello no es posible identificar daño emergente con el perjuicio pasado y lucro cesante con el futuro⁸, pues no es el tiempo de su producción lo relevante para distinguirlos, sino que salga o no ingrese algún bien patrimonial a la esfera económica del sujeto perjudicado.
2. De allí que pueda existir daño emergente y lucro cesante pasados o futuros, respectivamente: daño emergente pasado: reintegro de gastos efectuados; daño emergente futuro: sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago; lucro cesante pasado: lo que se dejó de percibir desde la producción del daño hasta la liquidación; lucro cesante futuro: lo que se deja de percibir desde la liquidación hasta la finalización del período indemnizable⁹.

QUINTO.- Indemnización por daño emergente:

⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Bogotá, Legis, 2007, pp. 474 y 475.

⁹ Isaza Posse, María Cristina. De la cuantificación del daño. Bogotá, Temis, 2015, pp. 23 y ss.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

1. En el presente caso, no se ha entregado suma alguna como indemnización por daño emergente, sosteniéndose que éstas no han sido acreditadas.
2. Efectivamente, no existe medio probatorio fehaciente que verifique que el demandante se ha desprendido o se desprenderá de parte de su patrimonio debido a la producción de este daño; sin embargo, que no exista tal medio específico, no impide que el órgano jurisdiccional use los sucedáneos probatorios “corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance (de los medios probatorios)”, conforme prescribe el artículo 275 del Código Procesal Civil. Por supuesto, no se trata que el juez sustituya a la parte en la producción de la prueba, sino que complemente hechos que ya han sido acreditados.
3. En efecto, ya en anterior sentencia (Casación N° 3499-2015), este Tribunal Supremo afirmó que: “El principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 1985 del Código Civil, exige que las dificultades que pueden presentarse en la cuantificación del lucro cesante, por efectos de las circunstancias en las que éste se presenta –y no por la desidia de las partes-, deben ser superadas por el juez en atención a criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan acceder a la víctima a una reparación adecuada de los perjuicios sufridos”. Lo mismo que se afirmó sobre el lucro cesante se puede extender al daño emergente.
4. En ese contexto, lo que se ha verificado a lo largo del proceso son los daños sufridos por el señor Huamán Espinoza y por ello es posible que utilizando las máximas de experiencia¹⁰ se pueda arribar

¹⁰ Ledesma Narváez, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. P 561 “Las máximas de experiencia integran junto con los principios de la lógica las reglas de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

a la conclusión que existe daño emergente. En efecto, si la Sala Superior estima que el demandante ha sufrido lesiones que deben ser reparadas a lo largo de su vida, debe también colegir que para el uso del sistema médico, para el traslado a la sede médica, para la limpieza básica de la parte del cuerpo afectada la víctima tendrá que realizar algunos gastos, más aún si es conocida la falencia de nuestras instituciones de salud y el necesario respaldo económico personal que debe efectuarse por la carencia de medicinas y la dilación en el tratamiento.

5. Así las cosas, si bien hay carencia de comprobantes de egreso, es posible otorgar una indemnización dado los indicadores suficientes del daño, lo que permite mediante el “razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso (...) formar convicción respecto al hecho o hechos investigados” (artículo 281 del código procesal civil).
6. Ahora bien, el monto a otorgar no puede ser el solicitado por el demandado, sino uno que sea prudente con los hechos probados y con las exiguas boletas entregadas, razón por la cual esta Sala Suprema lo establece en la suma de S/.10,000.00 (diez mil soles). No se trata de cantidad arbitraria, sino de una razonable que tiene en cuenta no solo lo expuesto, sino también el lugar de los hechos, los costos de la ciudad, las distancias existentes entre vivienda e institución de salud y el detrimento patrimonial que ocurrió en el tiempo de producción del daño y se seguirá manteniendo por tratarse de lesión permanente.

sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar o valorar la prueba, tratándose de principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

SEXTO.- Indemnización por lucro cesante

1. Como se ha indicado el lucro cesante “afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño”¹¹, supone, por consiguiente, una ganancia frustrada, esto es, que determinados bienes no arribarán a la esfera del perjudicado como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo.
2. En este caso, la determinación del monto a pagar se basa en un juicio de razonabilidad, en tanto es imposible determinar con exactitud qué es lo que va a ocurrir en el futuro, por ello es exigible “cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto”¹² a fin de no establecer montos arbitrarios o ganancias imaginarias.
3. De allí que deban ser tenidos en cuenta criterios tales como la duración de la incapacidad, la edad de la víctima (o de los reclamantes), la expectativa de vida, la condición de la víctima (o los reclamantes), el período de dependencia económica, los hijos o los ingresos, siendo que en este último caso debe apreciarse si el sueldo o salario es fijo o variable, o si se tiene salario mínimo o superior a este¹³.
4. En esa línea interpretativa, no puede asumirse como premisa válida que con el transcurrir de los años el sueldo de la víctima decrecerá, en tanto se trata de suposición que no se respalda en hechos concretos y que podría originar, sin basamento probatorio alguno, que se pueda admitir la tesis contraria: esto es, que sus ingresos van

¹¹ De Trazegnies Granda, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, Pucp, Lima, 1995, p. 37.

¹² Isaza Posse, María Cristina. De la cuantificación del daño. Bogotá, Temis, 2015, p. 29.

¹³ Isaza Posse, María Cristina. Ob. cit., pp. 30 a 40.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

a aumentar. Como no es el terreno de las hipótesis el propio de la cuantificación de la indemnización, para establecer el monto adecuado a pagar por lucro cesante debe partirse (en este caso): (i) de la remuneración que percibía la víctima al monto del accidente, ingreso que no era infrecuente, sino que era el que de forma continua recibía el demandante por las actividades que efectuaba, tal como se verifica con los documentos de fojas diez y once; y (ii) del tiempo en que sufrirá el perjuicio, para lo cual se apreciará su edad y el fin ordinario del régimen laboral.

5. En esas condiciones, se observa: (i) que el demandante ganaba mensualmente como remuneración (R) la cantidad de S/. 948.10, monto al que ya se retrajo los aportes y descuentos; y (ii) que el accidente aconteció cuanto tenía 46 años de edad y que, por lo tanto, tenía 24 años de vida productiva económica ordinaria, es decir, 288 meses (M).

De lo que resulta que la fórmula de pago que objetiva el monto de la indemnización por este concepto sería:

$$\text{Lucro cesante} = R \times M (948.10 \times 288) = \text{S/. } 271,900.80.$$

6. Dicho monto excede el pedido del demandante, por lo que, para respetar escrupulosamente el principio de congruencia procesal, debe fijarse en la cantidad de S/.200,000.00, conforme a la pretensión demandada.

SÉTIMO.- Daño moral y daño a la persona en materia de inexecución de obligaciones:

1. El daño a la persona fue introducido en el código civil en una reunión celebrada en julio de 1985, a escasos dos semanas de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

promulgación del código civil¹⁴. Por eso, solo hay referencia de él en el artículo 1985 del referido cuerpo legal, en el Título que regula la responsabilidad extracontractual y no en las normas de inejecución de obligaciones.

2. Tal defecto de técnica legislativa ha originado que en materia de inejecución de obligaciones se indemniza el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1317 y 1322 del código civil) y en el campo extracontractual, a los rubros antes señalados, se le agregue el daño a la persona¹⁵.
3. En sede extracontractual, ciñéndose a la regulación legal (artículo 1985 del código), de manera expresa se dice que la indemnización comprende el daño emergente, lucro cesante, daño moral y el daño a la persona, lo que exige, obviamente, hacer una distinción entre daño moral y daño a la persona, pues se trata de rubros que no pueden significar lo mismo dado que lo contrario sería indemnizar por los mismos conceptos. Por eso, debe asumirse que el daño moral es

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho de las Personas. Sexta Edición, pp. 332 a 334.

¹⁵ La misma imprecisión se observa en la regulación de los efectos del divorcio. Así, el artículo 351 del código civil prescribe que la reparación del cónyuge inocente (en los casos de divorcio regulados en los incisos 1 a 10 del artículo 333) comprende el daño moral; en cambio, el artículo 345 A, que regula la separación de hecho, habla que la indemnización por daños, incluye el daño personal. Ello se debe, a que el numeral 345 A es un artículo incorporado en el 2001, es decir, 17 años después de la promulgación del código, cuando ya se conocía de la existencia del rubro “daño a la persona” en materia de responsabilidad extracontractual. Lo expuesto ha originado un debate teórico si deben coexistir los conceptos de “daño moral” y “daño a la persona”. Para De Trazegnies Granda, León Hilario y Morales Hervias, por ejemplo, el “daño a la persona” es inútil y la expresión que debe seguirse utilizando es la de “daño moral”, la que no solo se reduce a aflicción o sufrimiento, sino además contiene cualquier daño al ser humano, incluido lo que Fernández Sessarego denomina “proyecto de vida”. Por su parte, otros profesores, entre los que se destacan Fernández Sessarego, Varsi Rospigliosi, Espinoza Espinoza, Vega Mere y Osvaldo Burgos consideran que debe subsistir la expresión “daño a la persona” y que ella significa cualquier agresión a la estructura psicosomática del ser humano y el daño al proyecto de vida, y es el continente que contiene también el daño moral.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

transitorio y se reduce a la aflicción por el daño causado, constituyendo un daño que no tiene la característica de patológico y que el daño a la persona es toda lesión a la integridad psicosomática y el daño al proyecto de vida, y es de naturaleza permanente.

4. La duda surge en el campo de la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual). Allí, como se ha indicado, la indemnización solo comprende el daño emergente, lucro cesante y daño moral. ¿Significa eso que en los supuestos que se perjudique la integridad psicosomática del individuo y su proyecto de vida no corresponde indemnizar, porque eso es, en realidad, daño a la persona?
5. Esta Sala Suprema entiende que la solución teórica sería la permanencia de uno de los conceptos, en ambos casos de responsabilidad: en estricto, el de daño a la persona o que, como en el caso de los artículos 345-A y el 1985 del código civil, la indemnización comprenda tanto el daño moral como el daño a la persona como conceptos distintos. Sin embargo, debe enfrentarse a solucionar un problema complejo desde los dispositivos existentes en plano interpretativo que se encuentre acorde con la necesidad de resolver un conflicto jurídico concreto y la función satisfactiva¹⁶ que cumple la indemnización desde un esquema microsistémico, pero que tampoco debe olvidar que macrosistémicamente deben disuadirse determinado tipo de actividades.
6. Es desde allí que este Tribunal Supremo considera que en el caso en cuestión la única solución válida para quien ha sufrido severos perjuicios en su organismo, que repercuten en su estructura psíquica y

¹⁶ Como señala Gastón Fernández Cruz: "Satisfactiva; como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente en su carácter de fenómeno, exógeno al interés". Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil. *Ius et veritas* 2001, número 22, p. 32.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

en su entidad corporal, solo puede consistir en otorgar una indemnización que comprenda tanto lo que comúnmente se ha entendido como daño moral (aflicción, pena) como el perjuicio psicosomático sufrido y el daño al proyecto de vida (daño a la persona), pues entonces la víctima recibe una reparación acorde con el daño sufrido. Lo contrario ocasionaría que a pesar de haberse verificado el daño se privilegie, por un asunto de formas, la guerra de etiquetas conceptuales, y se niegue a la víctima, a quien le es irrelevante saber cómo se llama el daño, la indemnización que le corresponde.

7. Eso nos lleva a señalar que, en el campo de la inexecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida, de lo que sigue que cualquier pedido que se realice por daño moral deberá tener en cuenta tal situación.
8. La solución que se adopta aquí es similar a la que se adoptó en el Tercer Pleno Casatorio Civil. En efecto, allí, luego de discutir la diferencia entre daño moral y daño a la persona se dijo que en sede de inexecución de obligaciones ambas nociones son tratadas como sinónimo (fundamento 71)¹⁷.
9. Lo expuesto permite:
 - a. Cumplir con el principio de reparación integral que se traduce en colocar materialmente a la víctima en la misma (o similar) situación

¹⁷ “De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y daño moral es de género a especie. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces **lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322**” (el destacado es nuestro) Tercer Pleno Casatorio Civil, fundamento 71.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

en la que se encontraría de no haber sufrido el daño¹⁸. Es obvio que eso es más difícil tratándose de daños extrapatrimoniales, pero ello no impide otorgar suma indemnizatoria que tenga el carácter de compensadora por el daño ocasionado.

- b. Impedir que por un defecto en técnica legislativa se perjudique a quien ha sido víctima de un daño, lo que propiciaría situaciones evidentemente injustas como que, ante el mismo perjuicio y en igualdad de hechos, un demandante que siguió la ruta de la responsabilidad extracontractual obtenga mayor indemnización que uno que transitó el camino de la inejecución de obligaciones.
- c. Equilibrar la relación que ha sido perjudicada; pues no otorgar indemnización a la víctima propiciaría que continúe la inestabilidad surgida del daño ocasionado.

OCTAVO.- No modificación de la pretensión

1. El demandante ha solicitado por daño moral la suma de S/.400,000.00 y por daño a la persona la cantidad de S/.600,000.00, es decir, ha desagregado ambos conceptos como si se tratara de responsabilidad extracontractual.
2. Se trata de un error, pues, como se ha indicado, en sede contractual el legislador no ha contemplado el rubro daño a la persona. No obstante, de la lectura de la demanda se entiende que el daño le ha causado sufrimiento y que ese perjuicio se extiende a su integridad física con carácter de permanencia y a su propio proyecto existencial. Por tanto, indistintamente que haya dividido su pedido, debemos entender que este fue solo uno: el daño moral, que este comprende la aflicción, el

¹⁸ Manzanares Campos, Mercedes. Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Lima, 2008, Editora Jurídica Grijley, p. 138.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

daño psicosomático y al proyecto de vida, y que lo valoriza en un millón de soles teniendo en cuenta los daños antes aludidos.

3. Este Tribunal Supremo considera que la solución a la que arriba no representa una modificación a la pretensión traída por el demandante. En efecto:

a. Sin enmendar los hechos, se corrige la imprecisión jurídica, pues es evidente que las expresiones “daño moral” y “daño a la persona” no han sido tomadas como eventos carentes de significación jurídica, por lo que en virtud del principio *iura novit curia* es posible que la judicatura lo adecúe, dado que no se afecta la pretensión (esto es pago por indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil objetiva por incumplimiento de obligaciones) ni mucho menos la *causa petendi* (indemnización que se le debe por los daños ocasionados por Essalud); por el contrario, sometiéndonos a ella es que se realiza la precisión.

b. La unión que se hace de conceptos jurídicos separados no implica que se esté indemnizando por los mismos daños. Se tratan de perjuicios distintos que tienen que ver con la aflicción causada (lo que el demandante consideró indemnizable por la suma de S/.400,000.00) y por el daño a la estructura psicosomática del individuo y su proyecto de vida (que el demandante estimó indemnizable por la cantidad de S/.600,000.00).

NOVENO.- Llegada a esta conclusión debe verificarse si se ha colocado una suma adecuada en el caso del daño moral y si ésta debe ser aumentada o disminuida.

1. Como se ha señalado en los acápites anteriores el daño moral a tener en cuenta será el que ha ocasionado aflicción, el que vulnere la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

integridad psicosomática del individuo y el que afecte su proyecto de vida.

2. En cuanto a la aflicción sufrida por el demandante (lo que en estricto denominó en su demanda daño moral) se advierte que la Sala Superior ha fijado la indemnización en la suma de S/.250,000.00. Para ello ha tenido en cuenta lo preceptuado en el artículo 1332 del código civil referido a la posibilidad de establecer “valoraciones equitativas”. Essalud considera que ello es inadecuado; sin embargo, es lo que permite la ley y lo hace dado que, a diferencia del daño patrimonial, en la que existen valores objetivables, en el campo del daño moral se está ante subjetividades que son a menudo inasibles e imprecisas.
3. Que ello sea así impone una exigencia mayor para evitar arbitrariedad al momento de fijar la indemnización, razón por la cual deben tenerse en cuenta circunstancias tales como “valorar la situación dañosa” y “como la intimidad de la víctima no es accesible con métodos jurídicos, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo que experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva¹⁹”.
4. A dicho parámetro se le agregará la verificación de la gravedad objetiva del menoscabo, las circunstancias de la víctima y los propios niveles de nocividad del daño, así como la extensión temporal del perjuicio. Tales valores nos permiten apreciar, en el daño en cuestión, que una persona común resentiría gravemente una lesión de las características sufridas por el demandante y que lo han colocado en un estado en el que el propio contacto con los demás le es motivo de zozobra económica por la sonda que lleva incorporada y por la posibilidad de despedir olores fétidos de manera circunstancial. Se trata, además, de una persona que tenía 46 años de edad y cuyo

¹⁹ Zavala de Gonzáles, Matilde. Resarcimiento del daño moral. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2009, p. 104.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1318 - 2016

HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

malestar se extenderá en el tiempo. Hay, por tanto, claramente, una afección anímica que debe.

5. En cuanto a la integridad psicosomática del individuo y su proyecto de vida se aprecia que el recurrente fue afectado por acto externo que perjudicó su capacidad de orinar, de eyacular, de mantener relaciones sexuales. Se trata de grave daño psicosomático, que atenta contra sus propios derechos sexuales (en su variante de goce del ejercicio de su sexualidad) o reproductivos (“la capacidad de reproducirse y la libertad de decidir si, cuándo y con qué frecuencia²⁰”) y aún con su proyecto existencial²¹, en cuanto a la forma en que construyó su relación conyugal y pensó continuar con ella a lo largo de los años, que se ve

²⁰ Petchesky, Rosalind. *Derechos sexuales: un novo conceito na prática internacional*. Citado por Silvia Pimentel: *Derecho reproductivos. Fragmentos de reflexiones*. En: *Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos. III. Seminario Regional*. CLADEM, Lima, 2002, p. 157.

²¹ Hay que precisar que conceptualmente el daño al proyecto de vida no se confunde con el daño moral, tanto porque no es un daño transitorio como porque exige la existencia de una preferencia personal evidenciada, esto es, “no refiere a angustias, aflicciones, sufrimientos o dolores, sino a la posibilidad de ser en la vida aquel que uno se ha propuesto ser y que, además, podía razonablemente ser si el daño no ocurría”. La noción de “daño al proyecto de vida” fue forjada por Carlos Fernández Sessarego y aparece ya bosquejada en el estudio publicado en el Tomo IV de la Exposición de Motivos al Código Civil de 1984, el mismo que fue incorporado en la quinta edición del libro *Derecho de las Personas* de Carlos Fernández Sessarego. Aparece también en la ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Universidad de Lima y celebrada entre el 9 y el 11 de agosto de 1985. En esta ponencia, se conceptualiza el daño a la persona como aquel que agrede la dignidad misma de la persona humana, agregando que “en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Es decir, se trata de un hecho de tal magnitud, que trunca la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación”. El ejemplo típico, dice Fernández Sessarego, es el del orfebre o artesano ceramista que por un hecho dañino a cargo de un tercero pierde los dedos de la mano derecha que le sirven para trabajar, truncándose así su vocación, lo que constituye su raigal existencia. En síntesis, el “daño al proyecto de vida” fue conceptualizado como aquel contenido en la noción de “daño a la persona” que ocasiona: (i) un colapso de tal magnitud que anula la capacidad de decisión; y (ii) un daño que incide decisivamente en la posibilidad de realizar una decisión libre, de desplegar los aspectos de la personalidad²¹”. Tal daño puede originar la frustración total del proyecto existencial, un menoscabo que dañe parcialmente el proyecto, aunque éste puede ser continuado de otra manera o el retardo en su ejecución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

menoscabada por la situación que padece. No hay aquí, pues, un daño inasible e irreal, sino uno concreto que ha vulnerado la propia realización del demandante.

6. Existiendo acto ilegítimo, nexa causal y daño no queda más que brindar la indemnización respectiva a la víctima para equilibrar, en lo posible, el daño sufrido. Sin duda esto no logrará restablecer la situación anterior al daño, pero propiciará un ambiente necesario para que la víctima pueda atenuar en algo el perjuicio en su contra.
7. Estando a lo expuesto se estima que la indemnización que debe otorgarse debe tener en cuenta²²:
 - a. Lo perdurable del daño y la imposibilidad de la víctima de rehacer a plenitud su proyecto original.
 - b. La edad de la víctima (46 años al momento de la producción del daño) y el tiempo que mantendrá la lesión, así como las escasas posibilidades de rehacer su periplo vital.
 - c. Esta Sala Suprema considera que por concepto de daño moral la demandada debe pagar el monto de S/.800,000.00.
8. Por tanto, el monto indemnizatorio se establece de la siguiente forma:
 - a. S/.10,000.00 por concepto de daño emergente
 - b. S/.200,000.00 por concepto de lucro cesante
 - c. S/. 800,000.00 por concepto de daño moral

Haciendo un total de S/.1'010,000.00

²² Sigo aquí tanto la exposición de Matilde Zavala de González (ob. cit., pp. 215-216) y Osvaldo Burgos (ob. cit., pp. 150 a 152), consideraciones que me parecen imprescindibles tener en cuenta tanto para evitar la "inflación" en los resarcimientos como para justificar debidamente el monto indemnizatorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

DÉCIMO.- Por consiguiente, no se observa que se hayan infringido las normas aludidas en el recurso de casación de Essalud; en tanto los medios probatorios han acreditado el daño y se ha aplicado de manera debida los artículos 1331 y 1332 del código civil, referidas a la prueba del daño y a la valoración equitativa de este, conforme se ha expuesto en los considerandos precedentes. En cambio, se advierte que el monto indemnizatorio fijado es inadecuado, por lo que debe ampararse el recurso de casación formulado por demandante, sin que sea necesaria anular la sentencia porque ha existido pronunciamiento de fondo de las instancias de mérito, ha habido debida motivación y lo que se corrige es solo el monto indemnizatorio atendiendo a las consideraciones aquí detalladas.

VI. DECISIÓN

1. Por estas consideraciones y de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado **Seguro de Salud - Essalud Huancavelica** (fojas trescientos sesenta y siete), y **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **GMHE** (fojas trescientos noventa y siete); en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha veinticinco de febrero de dos mil dieciséis (fojas trescientos cuarenta y uno); y, **actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia del ocho de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas doscientos cincuenta en el extremo que declara fundada en parte la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios, la **REVOCARON** en el extremo del monto indemnizatorio, **reformándolo** se establece: S/.10,000.00 por concepto de daño emergente, S/.200,000.00 por concepto de lucro

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1318 - 2016
HUANCAVELICA

Indemnización por Daños y Perjuicios

cesante y S/. 800,000.00 por concepto de daño moral, haciendo un total de S/.1'010,000.00.

- 2. DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por GMHE con Seguro de Salud - Essalud Huancavelica, sobre indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.-**

S.S.

TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRIGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERON PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

Ymbs

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

SUMILLA: “La regulación y prueba del factor atributivo de responsabilidad subjetiva son diferentes en los regímenes de Responsabilidad Civil Extracontractual (dolo o la culpa, y corresponde al supuesto dañante probar que no actuó con dolo o culpa) y contractual (dolo, culpa inexcusable o culpa leve, presumiéndose la culpa leve y debiendo probar el supuesto dañado el dolo o la culpa inexcusable), por lo que en ese escenario, desde que la controversia ha sido resuelta determinando la existencia de una Responsabilidad Civil Extracontractual no son pertinentes al caso las normas previstas dentro del régimen de la denominada responsabilidad civil contractual o por inejecución de obligaciones”.

Lima, ocho de agosto
de dos mil dieciséis.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA;**

de conformidad con lo opinado por la Fiscalía Suprema en lo Civil según Dictamen número 81-2016-MP-FN-FSC, corriente de fojas setenta y tres-B a ochenta y siete del Cuaderno de Casación formado en esta Sala Suprema, vista la causa en el día de la fecha, expide la siguiente sentencia: ----

I.- ASUNTO: -----

Se trata del Recurso de Casación corriente de fojas mil quinientos treinta y cuatro a mil quinientos treinta y siete, interpuesto el diecisiete de julio de dos mil quince por el Ministerio del Interior contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dos de junio de dos mil quince, obrante de fojas mil quinientos tres a mil quinientos diecisiete, en cuanto revoca en parte la sentencia apelada de primera instancia inserta en la resolución de fecha veinticuatro de junio de dos mil catorce, corriente de fojas mil cuatrocientos trece a mil cuatrocientos veintinueve, que declara infundada la demanda sobre Indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil Extracontractual, y reformando la recurrida declara fundada en parte la demanda de su propósito y en consecuencia ordena que el demandado César Ángel Ortega Ruiz, solidariamente con la Unidad de Salud (*ex Sanidad*) de la Policía Nacional del Perú (*PNP*), paguen la cantidad de sesenta y tres mil soles

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

(S/.63,000.00) a favor del menor de iniciales A.B.V.R, descontándose el monto señalado como reparación civil en el proceso penal. -----

II.- ANTECEDENTES DEL PROCESO: -----

2.1.- Demanda: -----

El dieciséis de julio de dos mil tres, mediante escrito corriente de fojas cuarenta y ocho a sesenta, RERC, por derecho propio y en representación de su cónyuge JCVG, interpone demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil Extracontractual contra el Ministerio del Interior, Manuel Chiri Márquez (*Director de la Unidad de Salud Ex Sanidad de la PNP-Huancayo*), Raúl Félix Zárate Huaynalaya y César Ángel Ortega Ruiz, solicitando como pretensión principal se ordene el pago solidario de la suma de trescientos mil soles (S/ 300,000.00), y como pretensiones accesorias se disponga una atención especializada hasta que su hijo cumpla los dieciocho años de edad, así como el cambio periódico de la prótesis ocular, conforme a su crecimiento y desarrollo. Expone como fundamentos principales de su petitorio lo siguiente: **i)** El catorce de agosto de dos mil uno su menor hijo, aproximadamente a las cinco y treinta minutos de la tarde, por accidente de la infancia llegó a caerse sobre unas plantas del jardín de su domicilio, llevándolo de inmediato al Hospital de la Sanidad de la PNP-Huancayo, siendo atendido por el demandado Raúl Félix Zárate Huaynalaya, encargado del Servicio de Emergencia, quien lo derivó para ser atendido por el codemandado César Ángel Ortega Ruiz (*Médico Oftalmólogo*) en su Consultorio Particular Oftalmológico, según sus labores y de acuerdo al Convenio Contrato que tiene con la PNP; **ii)** Luego de examinar a su menor hijo diagnosticó que requería de una inmediata intervención quirúrgica y sin embargo no lo operó hasta después de quince horas de los hechos antes mencionados, pues prefirió estar en la celebración de su cumpleaños; **iii)** Luego de la operación que fue el dieciséis de agosto de dos mil uno, los otros codemandados para tratar de limpiar o

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

enmendar sus errores y negligencia médica, en Junta Médica autorizan el traslado de su hijo a la ciudad de Lima para su atención en el Hospital Central de la PNP, pero ya era demasiado tarde, por cuanto en dicho nosocomio se limitaron a impedir el incremento de la infección orgánica con fuertes antibióticos y a enuclear el ojo derecho (*extracción*), para que no se complique el otro ojo; **iv)** Su menor hijo debió ser operado el catorce de agosto de dos mil uno, pero como no había anestesista para una intervención inmediata la responsabilidad recae en el Director del Hospital de la Sanidad de Huancayo, quien debió ordenar la transferencia o traslado inmediato al Hospital Regional de Essalud Huancayo, con el que existe convenio institucional o a cualquier otro hospital de Huancayo; **v)** Cuando fue ubicado el anestesista a las nueve de la noche del mismo catorce de agosto de dos mil uno, el demandado César Ángel Ortega Ruiz se negó a operarlo mediante un argumento absurdo y falta de ética, aduciendo que sus instrumentos no los tenía a su disposición pues se encontraba esterilizándolos; **vi)** Su hijo sufrió una lesión leve en el parpado del ojo ocasionado por una astilla, pero los demandados confiados de tratarse de una pequeña herida dejaron que prosiga y se incremente la infección, hasta después de quince horas, sin siquiera recetar antibióticos, sino simplemente Diclofenaco (*analgésico y antiinflamatorio*), mientras que la infección avanzaba; y, **vii)** La atención médica se debió iniciar con antibióticos sistémicos masivos, según el Informe Médico de fecha doce de noviembre de dos mil uno, emitido en el proceso penal número 2002-004 seguido ante el Quinto Juzgado Penal de Huancayo contra el demandado César Ángel Ortega Ruiz, reconociendo este mal médico su negligencia. Por ello demanda solidariamente con la única finalidad de que se les resarza por el inmenso daño corporal, emocional y de proyecto de vida ocasionado a su menor hijo y a los recurrentes, amparando su pedido en lo dispuesto por los Artículos 1969°, 1981°, 1983°, 1984° y 1985° del Código Civil. -----

2.2.- El Juez de la causa mediante resolución de fecha siete de julio de dos mil cuatro, corriente a fojas cuatrocientos cuatro, admite a trámite la demanda en la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

vía del proceso de conocimiento, y confiere traslado de ella a los demandados a fin que cumplan con contestarla dentro del plazo de ley. -----

2.3.- Contestación a la demanda y reconvención formulada por Raúl Félix Zárate Huaynalaya: -----

De la contestación a la demanda: -----

El ocho de noviembre de dos mil cuatro el precitado demandado contesta la demanda, según escrito obrante de fojas cuatrocientos setenta y cinco a cuatrocientos noventa y uno, argumentado que: **i)** El catorce de agosto de dos mil uno el paciente ingresa a las seis horas y seis minutos de la tarde, por el Servicio de Emergencia, siendo atendido por el recurrente, quien se hallaba de turno entre las dos de la tarde y las ocho de la noche brindándole al menor las primeras atenciones de emergencia al presentar un cuerpo extraño en el ojo derecho, y en vista que se trataba de una lesión ocular a horas seis horas con treinta minutos de la tarde lo deriva al médico César Ángel Ortega Ruiz en una ambulancia bajo el cuidado de la Enfermera Civil Anita Gómez Arana, en compañía de sus padres y con la respectiva Hoja Interconsulta y su Resumen de Historia Médica, conforme al procedimiento; **ii)** En su Consultorio Particular el Médico César Ángel Ortega Ruiz no pudo examinar adecuadamente al menor porque se encontraba adolorido y muy irritado, sin embargo observó que en la parte externa del ojo derecho se encontraban restos de tejido uveal, comunicando a los padres del menor que debía ser examinado bajo anestesia general en el Centro Quirúrgico de la Sanidad PNP Huancayo, bajo el suministro de medicamentos; **iii)** Cuando los padres del menor fueron a la Sanidad a comunicarse con el anesthesiólogo Luis Navarro, éste les contestó que se hallaba de guardia en el Hospital Essalud Huancayo hasta el día siguiente, ocurriendo lo mismo con la doctora Romaní quien se encontraba en el Hospital Daniel Alcides Carrión, al igual que otros anesthesiólogos que fueron convocados, por lo que ante la ausencia de dicho especialista a horas nueve de la noche el codemandado César Ángel Ortega Ortiz dispone la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

hospitalización del menor en el Servicio de Pediatría de la Sanidad PNP Huancayo, dejándose coordinado para su concurrencia a la Sanidad al día siguiente quince de agosto para su examen e intervención; **iv)** Dentro de las quince horas de ocurrido el accidente y estando hospitalizado el menor es examinado por el Médico César Ángel Ortega Ruiz, quien diagnosticó herida penetrante corneal con pérdida amplia de tejido corneal y contenido ocular a infección mítica ojo derecho, como si fuera un forado central y un trozo de madera incrustado dentro del ojo dirigido hasta la cámara anterior; **v)** Luego de su operación y por la delicada situación que se advertía del diagnóstico, el recurrente como Director de la Sanidad dispuso todas las atenciones y cuidados necesarios del menor, así como previa coordinación con el especialista en horas de la noche en Junta Médica y conocimiento del General PNP, se decidió su transferencia al Hospital Central PNP, comunicándose a los padres; y, **vi)** En horas de la mañana del dieciséis de agosto de dos mil uno salió el menor bajo el cuidado de sus padres con destino a Lima, sin embargo por razones extrañas recién ingresa el día diecinueve de los mismos mes y año, por lo que resulta de responsabilidad de los demandantes el tiempo perdido que habría acelerado la infección y enucleación del ojo. -----

De la reconvención: -----

Pretende se le indemnice por daños y perjuicios hasta la cantidad de veinticinco mil dólares americanos (US\$ 25,000.00), por daño moral y personal debido a una imputación falaz. -----

2.4.- Contestación a la demanda y reconvención formulada por Manuel Fernando Chiri Márquez, Director de la Unidad de Salud de la PNP Huancayo: -----

El tres de noviembre de dos mil cuatro el precitado demandado contesta la demanda, según escrito obrante de fojas quinientos cuarenta y tres a

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN**

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

quinientos sesenta y dos, bajo similares argumentos que los reseñados en el punto inmediato anterior. -----

2.5.- Contestación a la demanda por el Procurador Público del Ministerio del Interior: -----

El veinte de marzo de dos mil seis el precitado demandado contesta la demanda, según escrito obrante de fojas setecientos cuarenta y dos a setecientos cuarenta y nueve, señalando que: **i)** El menor desde su ingreso por el Servicio de Emergencia al Hospital de Sanidad PNP Huancayo, hasta su evacuación al Hospital Central de Lima, después de la intervención, fue atendido con la diligencia respectiva, e incluso luego de la intervención médica se realizó una Junta Médica en la que se tomó la decisión de evacuarlo a la ciudad de Lima, sin embargo tal como obra en la Historia Clínica el Oficio para la transferencia fue recogido el día quince de agosto de dos mil uno en horas de la noche, por lo que el paciente debió haber llegado al día siguiente, y sin embargo lo hizo el día diecinueve de los mismos mes y año; y, **ii)** Los hechos descritos determinan que los médicos actuaron diligentemente, quedando desvirtuada la supuesta negligencia médica y probada la falta del deber de cuidado de los padres para con su hijo, al permitir el accidente que generó el daño, así como la manipulación a que fue sometido el paciente por personal que no pertenece al Hospital de Sanidad de Huancayo y la responsabilidad de haberlo ingresado tres días después de haber sido evacuado a la ciudad de Lima, factor contributivo para que la infección se pueda haber acentuado. -----

2.6.- Por resolución de fecha trece de septiembre de dos mil seis, corriente a fojas setecientos sesenta, se declara rebelde al demandado César Ángel Ortega Ruiz. -----

2.7.- Sentencia de Primera Instancia: -----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Tramitada la causa de acuerdo a su naturaleza, el Juez Especializado expidió la sentencia de primera instancia contenida en la resolución de fecha veinticuatro de junio de dos mil catorce, obrante de fojas mil cuatrocientos trece a mil cuatrocientos veintinueve, que declaró infundada la demanda. Consideró para ello lo siguiente: **1) Sobre la conducta antijurídica:** **a)** Respecto al demandado Raúl Félix Zárate Huaynalaya, su actuación fue oportuna y acorde a las funciones que desempeñaba el catorce de agosto de dos mil uno, lo que se desprende de su manifestación policial y fundamentos de hecho consignados en el expediente penal acompañado, así como del escrito de contestación a la demanda, no evidenciándose conducta antijurídica en su actuar por haber derivado al paciente en forma rápida y oportuna a un oftalmólogo, para su atención especializada; **b)** En cuanto al codemandado César Ángel Ortega Ruiz, de su manifestación policial e Informe Médico número 88-01-DIVSAN-DM que obra en el expediente penal acompañado, se desprende que su actuar también fue oportuno y de acuerdo a las circunstancias del caso, pues en su momento no pudo examinar con mayor detenimiento y precisar la gravedad de la lesión sufrida por el menor, porque éste no se dejaba examinar debido a lo adolorido e irritable en que se encontraba, necesitando el apoyo de un anestesista, con lo que se desvirtúa la versión de la demandante que señala: *“el demandado Dr. César Ortega Ruiz después de examinar minuciosamente al paciente, diagnosticó que mi niño requería de una inmediata intervención quirúrgica, pero negligentemente no lo operó hasta después de 15 horas de los hechos mencionados, pues prefirió estar en las celebraciones de su cumpleaños antes que cumplir con su juramento de médico al servicio de sus pacientes en cualquier momento, cualquier hora del día. Es más, el demandado Dr. César Ortega Ruiz, después de la intervención médica el quince de agosto de dos mil uno a horas doce del medio día (meridiano), que realizó a regañadientes, y creo hasta embriagado por la mala noche de su fiesta personal, (...)”*, toda vez que si no lo operó en el momento fue por la falta de un Médico Anestesiólogo, como acredita con la manifestación policial del Médico Anestesiista Luis Andrés Navarro Peña, sin

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

acreditarse tampoco que el doctor César Ángel Ortega Ruiz a la hora de la intervención quirúrgica estuviera con signos de ebriedad, por lo que su proceder no puede calificarse de antijurídico al no violar norma alguna; y, **c)** En cuanto al codemandado Manuel Fernando Chiri Márquez, en condición de Director de la Unidad de Salud de la PNP Huancayo, tampoco su actuar es antijurídica; por el contrario, al tomar conocimiento que el menor hijo de la demandante se había internado en su representada, se contactó con el doctor Ramírez (*Médico Anestesiista*), quien acepta concurrir a la Sanidad PNP e intervenir quirúrgicamente al menor, pero el doctor Ortega Ruiz le manifiesta que la operación no puede realizarse porque sus materiales quirúrgicos se encontraban en esterilización, circunstancia que es comunicada a los padres del menor por la Enfermera Rocío Condori Yancán, quien les da la salvedad de derivarlo a otros Centros Asistenciales, pero el padre del niño decide dejarlo Hospitalizado en la Sanidad PNP, por lo que pasa al servicio de hospitalizados a las diez de la noche aproximadamente; **2) En cuanto a la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y su resultado:** i) Para ser inculcado judicialmente debe existir una relación causa-efecto (*médico-daño o muerte*), que debe ser directa, próxima y principal del resultado, lo que no se cumple, toda vez que de la Historia Clínica del paciente, del Informe Médico Legal, así como del expediente penal, se ha determinado que la pérdida del ojo del infante se debió a un hecho ajeno al actuar de los médicos, así como que el daño no proviene de la culpa del agente, sino como consecuencia directa e inmediata de la caída del menor sobre un macetero con plantas, con la consecuente pérdida del ojo derecho por incrustación de una astilla de dos centímetros en el tejido corneal central, con secreción de líquido blanco amarillento, deviniendo infundada la demanda al no existir conducta antijurídica atribuible a los demandados ni acreditada la relación causal, careciendo de objeto el análisis y pronunciamiento de los demás elementos; **3)** Las pretensiones de atención médica especializada del menor hasta la edad de dieciocho años, y el cambio periódico de prótesis ocular según su crecimiento y desarrollo, constituyen pretensiones accesorias, por lo que al haberse

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

desestimado la demanda principal, éstas corren igual suerte; **4)** Los demandados reconvinientes Raúl Félix Zárate Huaynalaya y Manuel Fernando Chiri Márquez, a través de sus escritos demandan reconventionalmente la indemnización por daños y perjuicios hasta por la suma de veinticinco mil dólares (US\$25,000.00), cada uno, por haberles causado daño moral y personal con la imputación falaz y estar ocasionándoseles problemas personales y familiares y dificultades económicas. Sin embargo, no corre en autos detalle o fundamento de cada uno de los mismos, significando una pretensión abstracta al incumplir lo previsto por el inciso 5) del Artículo 424° del Código Procesal Civil, referido al petitorio, que debe contener una determinación clara y concreta de lo que se pide, no encontrándose sus argumentos respaldados por ninguna prueba y, en todo caso, los gastos que le irroque la tramitación del proceso serán incluidos en el pago de las costas y costos, si acaso les correspondiere. -----

2.8.- Recurso de Apelación: -----

La precitada sentencia de primera instancia fue materia de Apelación por la demandante RERC, según Recurso corriente de fojas mil cuatrocientos treinta y tres a mil cuatrocientos cuarenta y uno, en el que expresa lo siguiente: **i)** El Juez de la causa no ha dado una debida motivación en el extremo que hace mención que no se ha podido acreditar el actuar antijurídico de los codemandados César Ángel Ortega Ruiz, Manuel Fernando Chiri Márquez y Raúl Félix Zárate Huaynalaya, ya que no ha justificado por qué no ha tomado en cuenta la sentencia de primera instancia, ni la sentencia de vista recaída en el expediente número 2002-2004-11-20-Huancayo (*folios cuatrocientos dieciséis y cuatrocientos diecisiete*); **ii)** El Juez de la causa no ha tenido en cuenta que la demanda encaja en un supuesto de responsabilidad solidaria; **iii)** No se ha tomado en cuenta las manifestaciones de los testigos Rocío Condori Yancán y Anita Bernandina Gómez Arana prestadas en la Audiencia de Pruebas, en las que ambas afirman haber tenido conocimiento que el doctor

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

César Ángel Ortega Ruiz no habría intervenido al menor por estar esterilizando su material quirúrgico, configurándose de esta manera la negligencia del médico; y, **iv)** No se ha realizado un debido análisis de las conclusiones a las que arriba el Informe Médico Legal. -----

2.9.- Sentencia de Vista: -----

La Sala Superior expide la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dos de junio de dos mil quince¹, corriente de fojas mil quinientos tres a mil quinientos diecisiete, aclarada mediante resolución de fecha veinte de julio del mismo año, obrante a fojas mil quinientos treinta y dos y mil quinientos treinta y tres, que confirmó en parte la sentencia apelada en el extremo que desestimó la demanda contra el Ministerio del Interior, Manuel Chiri Márquez (*Director de la Unidad de Salud (Ex Sanidad) de la Policía Nacional del Perú*) y Raúl Félix Zarate Huaynalaya por responsabilidad civil extracontractual, así como las pretensiones accesorias de atención médica especializada del menor hasta la edad de dieciocho años y cambio periódico de prótesis ocular según su crecimiento y desarrollo, y revocó en parte la sentencia que declaró infundada la demanda y reformándola declara fundada en parte la demanda y ordena que César Ángel Ortega Ruiz, solidariamente con la Unidad de Salud (ex Sanidad) de la Policía Nacional del Perú, paguen la suma de sesenta y tres mil soles (S/.63,000.00) a favor del menor de iniciales **A.B.V.R.**, debiéndose descontar el monto señalado como reparación civil en el proceso penal. Considera para asumir dicha posición: **1) Sobre la antijuricidad**, respecto al codemandado César Ángel Ortega Ruiz: **i)** Como se aprecia de la sentencia y Resolución de Vista que obran en el expediente acompañado número 2002-004, seguido contra César Ángel Ortega Ruiz por el delito de Lesiones

¹ Sentencia de Vista corregida y aclarada por resolución del 20 de julio de 2015, obrante a folios 1532 y 1533: "**RESOLVIERON: 1.- CORREGIR** la Sentencia de Vista N° 553-2015, contenida en la Resolución N° 120, de fecha 02 de junio de 2015, obrante de fojas 1503 al 1517, en el considerando nueve que señala "... el 29 de setiembre de mil novecientos noventa y tres..." debiendo decir: "... el 29 de setiembre de mil novecientos noventa y ocho ...". **2.- ACLARAR** el considerando nueve de la Sentencia de Vista N° 553-2015, señalando que los padres del menor afectado Anthony Brayam Varas Rivera, siguen ejerciendo la representación de su menor hijo. Notifíquese."

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Culposas Graves, éste codemandado ha sido sentenciado como autor del Delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Lesiones Culposas Graves, en agravio del menor de iniciales A.B.V.R., disponiéndose la reserva del fallo por el período de prueba de un año y fijándose como reparación civil la cantidad de tres mil soles (S/.3,000.00); ii) Si bien se viene solicitando la indemnización por daños y perjuicios, para el presente proceso se verifica no el actuar por resultado sino la obligación de procurar que el daño que se ocasionó no sea mayor al que había sufrido el menor, y del Informe Médico Legal se señala que: “... **ha habido POSTERGACIÓN de INDICACIONES DIAGNOSTICAS para llegar a un diagnóstico preciso de la intensidad de la Lesión Ocular... que no se ha CONTEMPLADO COMO INDICACIÓN TERAPÉUTICA el uso de antibióticos sistémicos masivos, como se recomienda inmediatamente en casos de perforación del globo ocular...**”, con lo que se determina que si bien el accidente sufrido era grave “... **este pronóstico EMPEORA al no tener una indicación terapéutica que agote todas las posibilidades...**”, es decir que el codemandado al ser el Médico Especialista Oftalmólogo ha debido de tomar las previsiones necesarias, como era el uso de antibióticos, lo que no hizo, con lo cual su actuar se considera antijurídico, motivo por el cual incluso ha sido sentenciado penalmente; 2) **Sobre la relación de causalidad**, respecto del codemandado César Ángel Ortega Ruiz, se encuentra probado que en el presente proceso no se le imputa que haya ocasionado la caída del menor sobre un macetero y que por ello se le haya incrustado en el ojo derecho una astilla, siendo que lo reclamado es su actuar que contribuyó a que la lesión se agrave, por cuanto no sólo existe la pérdida del ojo derecho por dicha causa sino que su proceder no se condice con su obligación de cuidado de la salud e integridad de toda persona, pues al no otorgar el tratamiento sistémico empeoró el diagnóstico desfavorable, contribuyendo a que mediante una cirugía se efectúe la enucleación del ojo derecho, con lo cual la conducta desplegada contribuyó al resultado totalmente dañoso de la pérdida del ojo derecho, conforme se acredita con lo actuado en el proceso penal, en el cual se determina la relación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

entre el no actuar diligente y el resultado de pérdida de la vista, no solo a consecuencia del accidente sufrido sino por la falta de tratamiento con antibióticos; **3) Criterio de imputación o factor atributivo de responsabilidad.** Al respecto se presenta la culpa como consecuencia del actuar negligente del demandado César Ángel Ortega Ruiz, quien no efectuó el seguimiento de un protocolo de atención con una indicación terapéutica de antibióticos, como se señala en el Informe Médico Legal que obra en el proceso penal, no pudiéndose imputar dolo sino negligencia, como consecuencia de una mala praxis médica por omisión, que determina su responsabilidad, y por lo cual tiene la obligación de indemnizar, conforme a lo previsto por el Artículo 36° de la Ley número 26842 (*Ley General de Salud*); **4) Respecto al codemandado Raúl Félix Zárate Huaynalaya,** como se advierte del análisis efectuado en la sentencia no ha sido probada su responsabilidad por la parte demandante, quien únicamente ha realizado alegaciones sin adjuntar instrumentos que la prueben, ni que haya realizado una conducta antijurídica y negligente en el cumplimiento de su función de Médico; por el contrario, de las pruebas que adjuntó el mencionado codemandado, como la Historia Clínica, hizo la atención primaria y la derivación al Médico Especialista dentro de un plazo razonable, con lo cual no puede imputarse la existencia de conducta antijurídica ni que haya ocasionado daño alguno; **5) Respecto al codemandado Manuel Fernando Chiri Márquez,** se advierte que es demandado en su condición de Director de la Unidad de Salud de la PNP-Huancayo, por no efectuar atención directa al menor y actuar sin diligencia al no contar con anestesiólogo, además de no ordenar el inmediato traslado. Si bien en su condición de Médico y Director debía lograr una atención óptima en el Hospital a su cargo, no se cuenta con medio probatorio que acredite que tenía como función el contratar un anestesiólogo ni que dicho Hospital debía tener ese profesional permanente y, en todo caso, no se cuenta con prueba que permita lograr certeza sobre las condiciones en las que se contrataban anestesiólogos externos, por lo que no se ha establecido que el codemandado haya incidido en el daño, más si de la Historia Clínica aparece que la Unidad de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Salud de la PNP-Huancayo intervino en la atención del menor y no puede responder de manera personal; **6) Respecto a la Unidad de Salud de la PNP-Huancayo:** conforme lo señala el Artículo 48° de la Ley número 26842, de los actuados se tiene acreditado que el demandado César Ángel Ortega Ruiz mantenía un vínculo laboral con la Unidad de Salud de la PNP-Huancayo, con lo cual existe responsabilidad objetiva de dicha Unidad de Salud así como una responsabilidad solidaria, al haberse causado un daño por negligencia conforme señala el Artículo 1981° del Código Civil, revocándose en este extremo la sentencia apelada; **7) Sobre el Quantum Indemnizatorio:** en el ordenamiento civil no existe la tasación respecto a la pérdida de algún órgano para los montos de indemnización civil o una uniformidad en la cuantificación de los daños a la persona, y si bien existe respecto al monto el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, estos no son determinantes, encontrándose determinado que el origen del hecho se debe a un accidente, caída e incrustación de una astilla en el ojo derecho del menor, por lo cual el daño se originó ante una eventualidad no cometida por el demandado César Ángel Ortega Ruiz, sino que la conducta del mismo, de conformidad al Informe Médico Legal del expediente penal número 2002-004, contribuyó al daño permanente constituido por la pérdida del ojo derecho, al no haber contemplado la indicación terapéutica en el uso de antibióticos, por lo que el monto no puede ser el solicitado por la parte actora, debiendo considerarse el aspecto tan sólo del daño moral, fijándolo en la cantidad de sesenta y tres mil soles (S/.63,000.00), con descuento de la suma señalada como Reparación Civil fijada en el proceso penal número 2002-004, seguido contra César Ángel Ortega Ruiz por delito de Lesiones Culposas Graves, proceso que no impide emitir pronunciamiento sobre indemnización conforme al criterio expuesto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación número 3824-2013-Ica; y, **8)** De la demanda también se aprecia que existen pretensiones accesorias como la atención especializada hasta los dieciocho años de edad y cambio periódico de prótesis ocular. Al respecto, el demandado César Ángel Ortega Ruiz no

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

ocasionó el accidente, sino que contribuyó al resultado de pérdida del ojo derecho, por no seguir un protocolo de atención y no haber efectuado la indicación terapéutica de antibióticos, con lo cual este extremo no puede ser amparado, siendo de aplicación lo previsto por el Artículo 200° del Código Procesal Civil. -----

III.- RECURSO DE CASACIÓN: -----

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil dieciséis, corriente a fojas cincuenta y cinco y cincuenta y seis del Cuaderno de Casación, declaró la procedencia ordinaria del Recurso de su propósito, interpuesto por el Ministerio del Interior, por: **A) Infracción Normativa Material de los Artículos 1321° y 1322° del Código Civil**, al haberse señalado que: **i)** La Sala Superior omite referirse a los eximentes de responsabilidad de la Administración Pública, como por ejemplo que no hay lugar a reparación alguna cuando la entidad hubiere actuado razonablemente y de manera proporcional en defensa de los bienes públicos, o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar, de acuerdo al ordenamiento jurídico y a las circunstancias particulares del caso, como es el hecho que la Unidad de Salud de la Policía Nacional del Perú-Huancayo haya derivado al menor dentro de un plazo razonable y del protocolo establecido para estas situaciones al Especialista Oftalmológico, el mismo que trabaja por un Convenio con la institución, al no contar el Hospital Policial con profesional propio de la especialidad; y, **ii)** La Sala Superior no ha tenido en cuenta que el Convenio firmado por el Instituto Medico de Oftalmología y la Unidad de Salud de la Policía Nacional del Perú no genera un vínculo laboral, como pretende sostener el accionante y lo ha establecido la Sala Superior, por lo que no podría hablarse de responsabilidad solidaria como si el Médico Oftalmológico fuera un dependiente de la institución de salud policial; y, **B) La procedencia excepcional del Artículo 139° incisos 3) y 5) de la Carta Magna**, que recogen las garantías al debido proceso y la adecuada motivación de las

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

resoluciones judiciales, a fin que se establezca si al emitirse la recurrida se ha configurado o no la afectación de tales derechos de orden constitucional. -----

IV.- ASUNTO JURÍDICO EN DEBATE: -----

En el caso particular, la cuestión jurídica en debate consiste en verificar si se ha vulnerado el Derecho al Debido Proceso y el Principio de Motivación de Resoluciones Judiciales y, en su caso, determinar si se ha infringido lo dispuesto por los Artículos 1321° y 1322° del Código Civil. -----

FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA: -----

PRIMERO.- El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el Artículo 384° del Código Procesal Civil. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto. -----

SEGUNDO.- Por causal de casación se entiende al motivo que la ley establece para la procedencia del Recurso², debiendo sustentarse el mismo en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo por ende interponerse por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia de lo decidido con las

² Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, página 359.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso³, por lo que en tal sentido si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que éstas pueden darse en la forma o en el fondo. -----

TERCERO.- La infracción procesal se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales o hasta fundamentales. -----

CUARTO.- En el caso particular, y como se ha adelantado, se ha declarado la procedencia excepcional del Recurso de Casación por la causal de Infracción normativa procesal del Artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Perú, por lo que en primer término debe procederse con el análisis de esa infracción procesal, desde que si por ello se declarara fundado el Recurso, su efecto nulificante implicaría la anulación de lo actuado hasta donde se advirtiera el vicio, con disposición, en su caso, de un nuevo pronunciamiento por el respectivo órgano de instancia, careciendo de objeto en tal supuesto emitir decisión sobre la infracción material invocada por el casacionista en el escrito de su propósito. -----

Sobre el debido proceso: -----

QUINTO.- El debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de una causa se respeten determinados requisitos mínimos que, en general, se considera que comprenden los siguientes criterios: **a)** Derecho a ser oportunamente informado del proceso, a efectos de otorgar un tiempo razonable para preparar la defensa; **b)** Derecho a

³ De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F, 1940, página 222.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

ser juzgado por un Juez imparcial, esto es que no tenga interés en un determinado resultado de la *litis* bajo su dirección; **c)** Derecho a la tramitación oral de la causa y a la defensa de un profesional (*publicidad del debate*); **d)** Derecho a la prueba; **e)** Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito de lo actuado; y, **f)** Derecho al Juez legal. Aquel derecho continente es fundamental y asiste a todos los sujetos que plantean pretensiones ante los órganos resolutorios de conflictos. -----

SEXTO.- Así también, el Derecho al Debido Proceso, consagrado en el inciso 3) del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú⁴, comprende a su vez, entre otros derechos de los ya señalados en el considerando precedente, el de obtener una resolución fundada en derecho, mediante decisiones en las que los Jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, dispositivo que es concordante con lo preceptuado por el inciso 3) del Artículo 122° del Código Procesal Civil⁵ y Artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶. Además, la exigencia de motivación suficiente prevista en el inciso 5) del Artículo 139° de la Carta Fundamental⁷, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, y no de una arbitrariedad de los magistrados, por lo que en ese entendido es posible afirmar

⁴ **Artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

⁵ **Artículo 122° inciso 3) del Código Procesal Civil.-** Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

⁶ **Artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-** Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

⁷ **Artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo infringe normas legales, sino también principios de nivel constitucional. -----

SÉPTIMO.- En esa misma línea, cabe anotar que la motivación escrita de las resoluciones judiciales en sociedades pluralistas como las actuales, importa el deber de justificar las decisiones de la jurisdicción, de tal manera que sean aceptadas por la sociedad y que el Derecho cumpla su función de guía⁸. Igualmente, la obligación de fundamentar las sentencias, propias del derecho moderno, se ha elevado a categoría de deber constitucional, a mérito de lo cual la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado en el Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA, una similar posición a la adoptada por el Tribunal Constitucional en el expediente número 37-2012-PA/TC, fundamento 35, en el sentido que: *La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional; por consiguiente, el juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente, para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente.* ---

OCTAVO.- Asimismo, el proceso regular en su expresión de motivación escrita de las resoluciones judiciales, entiende que una motivación defectuosa puede expresarse en los siguientes supuestos: **a) Falta de motivación propiamente dicha**: se presenta cuando se advierte una total ausencia de motivación en cuanto a la *decisum* jurisdiccional emitida en el caso materia de conflicto, sea en el elemento fáctico y/o jurídico; **b) Motivación aparente**: cuando el razonamiento en la sentencia sea inconsistente y/o sustentado en conclusiones vacías que no guardan relación con el real contenido del proceso; **c) Motivación insuficiente**: cuando se vulnera el principio lógico de la razón suficiente, es decir que el sentido de las conclusiones a las que arriba el juzgador no se respaldan en pruebas fundamentales y relevantes, de las cuales éste debe

⁸ **ATIENZA, Manuel.** "Las razones del Derecho". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991, páginas 24 y 25.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

partir en su razonamiento para lograr obtener la certeza de los hechos expuestos por las partes y la convicción que lo determine en un sentido determinado, respecto de la controversia planteada ante la judicatura; y, **d) Motivación defectuosa en sentido estricto**: cuando se violan las leyes del hacer/ pensar, tales como de la no *contradicción* (*nada puede ser y no ser al mismo tiempo*), la de *identidad* (*correspondencia de las conclusiones con las pruebas*), y la del *tercio excluido* (*una proposición es verdadera o falsa, no hay tercera opción*), entre otros, omitiendo los principios elementales de la lógica y la experiencia común. -----

NOVENO.- Igualmente, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales tiene como una de sus expresiones al Principio de Congruencia, el cual exige la identidad que debe mediar entre la materia, las partes, los hechos del proceso y lo resuelto por el juzgador, en virtud a lo cual los Jueces no pueden otorgar más de lo demandado o cosa distinta a lo pretendido, ni fundar sus decisiones en hechos no aportados por los justiciables, con obligación entonces de pronunciarse sobre las alegaciones expuestas por las partes, tanto en sus escritos postulatorios como, de ser el caso, en sus medios impugnatorios, de tal manera que cuando se decide u ordena sobre una pretensión no postulada en el proceso, y menos fijada como punto controvertido, o a la inversa, cuando se excluye dicho pronunciamiento, se produce una incongruencia, que altera la relación procesal y transgrede las garantías del proceso regular. En el sentido descrito, se tiene que la observancia del principio de Congruencia implica que en toda resolución judicial exista: **1) Coherencia** entre lo peticionado por las partes y lo finamente resuelto, sin omitir, alterar o excederse de dichas peticiones (*congruencia externa*); y, **2) Armonía** entre la motivación y la parte resolutive (*congruencia interna*), de tal manera que la *decisum* sea el reflejo y externación lógica, jurídica y congruente del razonamiento del juzgador, conforme a lo actuado en la causa concreta, todo lo cual garantiza la observancia del derecho al debido proceso, resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

arbitrarias, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número once de la sentencia número 1230-2003-PCH/TC⁹. En tal escenario, corresponde también a este Supremo Tribunal determinar si la decisión adoptada por la Sala de mérito fue expedida respetando lo dispuesto por el Artículo 50° inciso 6) del Código Procesal Civil, concordante con el mencionado Artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *que disciplinan que los Magistrados tienen la obligación de fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.* -----

El control de las decisiones jurisdiccionales y el debido proceso en el caso concreto: -----

DÉCIMO.- En este estado del desarrollo argumentativo es conveniente precisar que el extremo de la sentencia de primera instancia que declara infundada la reconvencción planteada por Raúl Félix Zárate Huaynalaya y Manuel Fernando Chiri Márquez, no ha sido materia de impugnación ni consecuente análisis en la Sentencia de Vista, por lo que esa parte de la decisión jurisdiccional tiene la calidad de inmutable, de acuerdo a lo previsto por el Artículo 123° inciso 2) del Código Procesal Civil. Asimismo, el extremo de la Sentencia de Vista que confirmó en parte la sentencia apelada en cuanto *declaró infundada la demanda* interpuesta por RERC, por derecho propio y en representación de JCVG, contra el Ministerio del Interior, Manuel Chiri Márquez y Raúl Félix Zárate Huaynalaya por responsabilidad civil extracontractual, así como las pretensiones accesorias de atención médica especializada del menor hasta la edad de dieciocho años y cambio periódico de prótesis ocular según su crecimiento y desarrollo, al no ser objeto del Recurso de Casación interpuesto, no es materia de análisis. -----

DÉCIMO PRIMERO.- En el análisis de la Infracción normativa procesal, este Supremo Tribunal verificará si la Sentencia de Vista se encuentra debidamente

⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 1230-2003-PCH/TC.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

justificada, externa e internamente, y si ha respetado las reglas de la motivación en estricto. Delimitado el tema, cabe indicar que nuestro sistema jurídico sustantivo, al positivizar la responsabilidad civil extracontractual, ha incorporado entre otros tipos de responsabilidad, la responsabilidad extracontractual subjetiva, regulada en el Artículo 1969° del Código Civil¹⁰ y la responsabilidad civil extracontractual objetiva, prevista en el Artículo 1970° del mismo Código¹¹. La primera *-dentro de la que se enmarca el pronunciamiento cuestionado-* constituye el tipo de responsabilidad que exige al actor acreditar el daño y el nexo causal, pues el dolo y la culpa son presumibles, correspondiéndole acreditar la ausencia de dolo y culpa al autor. En este sentido, la responsabilidad civil extracontractual subjetiva es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás, siendo necesaria para su configuración la concurrencia copulativa de los siguientes elementos: antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución. La antijuricidad implica que sólo nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro y que la conducta dañina no es amparada por el derecho por contravenir normas imperativas o principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres¹². El daño jurídicamente indemnizable es la lesión al interés jurídicamente tutelado, pudiendo ser patrimonial (*daño emergente y lucro cesante*) y extra patrimonial (*daño a la persona -entendido como un ente biopsicosocial- daño al proyecto de vida y daño moral*). La relación de causalidad importa la existencia de una relación de causa-efecto, es decir de antecedente y consecuente, entre la conducta antijurídica de autor y el daño causado a la víctima. El factor de atribución, para el caso de la responsabilidad

¹⁰ **Artículo 1969° del Código Civil.- Indemnización por daño doloso y culposo.-** 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.

¹¹ **Artículo 1970° del Código Civil.- Responsabilidad por riesgo.-** 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.

¹² **Taboada Córdova, Lizardo.** Elementos de la Responsabilidad Civil. Editorial Griley. 2da. Edición, página 40.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

subjetiva, exige la intencionalidad con la que se realiza la conducta antijurídica (*dolo o culpa*). -----

DÉCIMO SEGUNDO.- En lo concerniente a la *justificación interna*, la cual consiste en verificar que el paso de las premisas a la conclusión es lógica o deductivamente válido, sin que interese la validez de las propias premisas, se tiene que el orden lógico propuesto por la Sala Superior para estimar la pretensión demandada, por la que se atribuye responsabilidad civil extracontractual al codemandado César Ángel Ortega Ruiz y a la Unidad de Salud de la PNP-Huancayo, ésta última en calidad de responsable solidaria por la pérdida del ojo derecho sufrido por el menor de iniciales A.B.V.R., ha sido como sigue: **premisa normativa:** lo dispuesto por los Artículos 1969°¹³ (*referido a la indemnización por daño por dolo o culpa*) y 1981°¹⁴ del Código Civil (*referente a la responsabilidad solidaria*), y 36°¹⁵ (*referido a la responsabilidad por la salud de los pacientes*) y 48°¹⁶ (*referente a la responsabilidad del establecimiento de salud o servicio médico de apoyo*) de la Ley número 26846-Ley General de Salud; **premisa fáctica: 1)** (*conducta antijurídica*) el demandado César Ángel Ortega Ruiz al ser el Médico Especialista Oftalmólogo, debió tomar las previsiones necesarias, como era recetar antibióticos, lo que no hizo, motivo por el cual inclusive ha sido sentenciado penalmente; **2)** (*daño*) pérdida del ojo derecho; **3)** (*relación de causalidad*) el no actuar diligente y el resultado de pérdida de la vista no sólo ha sido consecuencia del accidente sufrido, sino por la falta de inicio de

¹³ Idem pie de página 10.

¹⁴ **Artículo 1981° del Código Civil.**- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste 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.”

¹⁵ **Artículo 36° de la Ley N° 26846.**- 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.

¹⁶ **Artículo 48° de la Ley N° 26846.**- 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 ofrece.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

tratamiento con antibióticos; **4)** (*criterio de imputación o factor atributivo de responsabilidad*) no se puede imputar dolo sino negligencia, como consecuencia de una mala praxis médica por omisión; **5)** El demandado mantenía vínculo laboral con la Unidad de Salud de la PNP-Huancayo; y **conclusión:** se determina la responsabilidad del demandado, así como solidariamente del establecimiento de salud. En ese contexto, se aprecia que la deducción lógica de la Sala Superior es compatible con el silogismo que ha establecido, por lo que la resolución presenta una debida justificación interna.---

DÉCIMO TERCERO.- En lo que se refiere a la *justificación externa*, ella consiste a decir de Manuel Atienza, en controlar la adecuación o solidez de las premisas¹⁷, lo que supone que las normas contenidas en la *premisa normativa* sean normas aplicables en el ordenamiento jurídico y que la *premisa fáctica* sea la expresión de una proposición verdadera¹⁸. En esa apariencia, este Supremo Tribunal considera que la justificación externa realizada por la Sala Superior es adecuada, desde que las premisas indicadas son las correctas para resolver la materia en controversia (*indemnización por responsabilidad civil extracontractual*), al haber atendido a los términos de lo que fue objeto debatible y puntos controvertidos¹⁹. En atención a la premisa normativa y fáctica, la conclusión a la que arribó la Sala de revisión fue la adecuada, existiendo debida justificación externa. Por tanto, debe rechazarse la casación por las infracciones normativas procesales, al advertirse un desarrollo

¹⁷ **ATIENZA, Manuel.** Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

¹⁸ **MORENO, Juan José y Vilajosana, Josep María.** Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, página 184.

¹⁹ Fijados en la Audiencia de Conciliación del 22 de marzo de 2007, obrante de folios 926 a 929, consistentes en: 1. Determinar el derecho de los demandantes de ser indemnizados como consecuencia del accidente sufrido por el menor A.B.V.R.; (...) 4. Determinar si la indemnización de ser procedente sea asumida en forma solidaria por todos los demandados; 5. Determinar el contenido e de la indemnización por responsabilidad civil extracontractual como son: la imputación, la antijuricidad y nexos causal, los factores de atribución (dolo o culpa), y el daño; (...) 7. Determinar para efectos de establecer el monto que pueda resultar los presupuestos contenidos en el Artículo 1985° del Código Civil (daño material y moral).

Respecto a los puntos 2 y 3 no son objeto del presente Recurso de Casación.

Respecto al punto 6, no es materia de cuestionamiento en el presente Recurso de Casación, máxime si el régimen de responsabilidad civil alegado por la parte demandante y aplicado por la Sala Superior en la sentencia de vista es la denominada responsabilidad civil extracontractual.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

argumentativo suficiente y válido, con apreciación razonada de las pruebas ofrecidas, admitidas y actuadas y una motivación suficiente. -----

DÉCIMO CUARTO.- Al haberse desestimado la infracción normativa procesal corresponde absolver la infracción normativa material, y, en estricto, la invocada infracción de los Artículos 1321^{o20} y 1322^{o21} del Código Civil. Sobre ello tenemos, en primer lugar, que tales disposiciones regulan el factor de atribución de responsabilidad civil subjetiva (*dolo, culpa inexcusable o culpa leve*) y los daños resarcibles (*daño emergente, lucro cesante y daño moral*), empero dentro del régimen de la denominada responsabilidad civil contractual o por inejecución de obligaciones, a pesar que en el presente caso el régimen de responsabilidad civil alegado por la parte demandante y aplicado por la Sala Superior en la Sentencia de Vista es la denominada responsabilidad civil extracontractual, regulada por el Artículo 1969° del Código Civil. Además, es evidente que entre el dañado y los responsables establecidos (*el Médico Especialista Oftalmólogo César Ángel Ortega Ruiz y la Unidad de Salud de la PNP-Huancayo*) no se puede determinar la existencia de una relación contractual, por lo que las infracciones normativas materiales denunciadas son inconducentes para los fines del Recurso, desde que la controversia ha sido resuelta determinando la existencia de una responsabilidad civil extracontractual. -----

DÉCIMO QUINTO.- Igualmente, en la responsabilidad civil extracontractual el factor subjetivo de responsabilidad sólo puede ser el dolo o la culpa, y corresponde al supuesto dañante probar que no actuó con dolo o con culpa, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 1969° del Código Civil, en tanto

²⁰ **Artículo 1321° del Código Civil.**- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

²¹ **Artículo 1322° del Código Civil.**- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

que en la responsabilidad civil contractual el factor subjetivo de responsabilidad puede ser a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve, presumiéndose la culpa leve y debiendo probar el supuesto dañado el dolo o la culpa inexcusable, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 1329°²² y 1330°²³ del Código Civil. En tal sentido es evidente que la regulación y prueba del factor atributivo de responsabilidad subjetiva son diferentes en los regímenes de responsabilidad civil extracontractual y contractual, por lo que en ese escenario la alegada infracción de los Artículos 1321° y 1322° del Código Civil, y los hechos que pretenden darle fundamento, no son pertinentes al caso.

DÉCIMO SEXTO.- En la línea de ideas expuestas, el pronunciamiento cuestionado de la Sala Superior es coherente con los hechos determinados en sede de instancia, a partir de los cuales se configuran los elementos de la responsabilidad civil extracontractual de los codemandados César Ángel Ortega Ruiz y Unidad de Salud de la PNP-Huancayo, por la pérdida del ojo derecho sufrido por el menor afectado como consecuencia de una mala praxis médica por omisión, quedando claro que nuestra normatividad reconoce que la culpa por negligencia no sólo se deriva de una responsabilidad subjetiva directa, sino además que ella puede ser solidaria entre el autor directo y el autor indirecto, conforme a lo regulado por el Artículo 1981° del Código Civil, sin que esa solidaridad exija la evidencia de un nexo laboral y/o contractual entre los agentes generadores del daño. -----

Por los fundamentos expuestos y de acuerdo a lo regulado además por el Artículo 397° del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio del Interior, en consecuencia **NO CASARON** la Sentencia de Vista contenida en la resolución número ciento veinte de fecha dos de junio de dos mil quince, expedida por la Segunda Sala

²² **Artículo 1329° del Código Civil.**- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

²³ **Artículo 1330° del Código Civil.**- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 4083-2015
JUNÍN
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Mixta de la Provincia de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín;
DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “*El Peruano*”, bajo responsabilidad; en los seguidos por JCVG con el Ministerio del Interior y otros sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y *los devolvieron*.
Ponente Señor Yaya Zumaeta, Juez Supremo.-

S.S.

MENDOZA RAMÍREZ

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA

YAYA ZUMAETA

IER. JUZGADO CIVIL - AYACUCHO

EXPEDIENTE : 00401-2012-000-0501-JR-CI-01

MATERIA : INDEMNIZACION

JUEZ : JOSÉ ANTONIO BERAÚN BARRANTES

ESPECIALISTA : GLADYS ROBLES PRETEL

PROCURADOR PUBLICO : PROCURADURIA PUBLICA REGIONAL DEL GOBIERNO REGIONAL, DE AYACUCHO

PROCURADURIA PUBLICA A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DE ESSALUD ADSCRITO AL

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO

DEMANDADO : DIRECCION EJECUTIVA DE ESSALUD REPRESENTADO POR ALVARO VIDAL RIVADENEYRA

, DIRECTOR DE LA DIRECCION REGIONAL DE SALUD REPRESENTADO POR MANUEL GIANCALOS

PALACIOS AYBAR GUTIERREZ

HOSPITAL II DE ESSALUD DE HUAMANGA REPRESENTADO POR HERNAN GABINO MUÑOZ HOSPITAL

REGIONAL DE AYACUCHO REPRESENTADO POR ALFONSO PARRA AYBAR,

DEMANDANTE : FRM Y ERC

El Primer Juzgado Civil de Huamanga, a cargo del señor Juez que suscribe, Magíster José Antonio Beraún Barrantes, ejerciendo la potestad de impartir justicia en nombre de la Nación, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA:

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCUENTA Y CUATRO

Huamanga, 06 de setiembre de 2018.-

VISTOS: Del expediente principal y actuados incorporados al mismo. Resulta de autos que de fojas cincuentinueve a setenticuatro, FRM y ERC interponen demanda por su propio derecho en calidad de sociedad conyugal en representación de su menor hija JRR, sobre Indemnización por daño a la persona por negligencia médica cometida en agravio de la menor JRR y daño moral en agravio de los actores, dirigiendo la demanda contra el HOSPITAL II DE ESSALUD DE HUAMANGA y el HOSPITAL REGIONAL DE AYACUCHO y contra la Dirección Ejecutiva de Essalud y la Dirección Regional de Salud de Ayacucho.

I. ANTECEDENTES:

1.1 Demanda.- FRM y ERC, mediante escrito de demanda de fojas cincuentinueve a setenticuatro, interponen demanda de Indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, contra el HOSPITAL II DE ESSALUD DE HUAMANGA, solicitandose le abone la suma de S/. 1'500,000.000 nuevos soles, solidariamente con la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ESSALUD, y contra el HOSPITAL REGIONAL DE AYACUCHO, solicitando se le abone la suma de S/. 500,000.00, solidariamente con la DIRECCION REGIONAL DE SALUD, que en suma comprende el daño a la persona por negligencia médica cometida en agravio de la menor JRR, y daño moral en agravio de los demandantes

1.2 Hechos expuestos por las partes.- De manera resumida y en lo más relevante, tenemos:

1.2.1. Los demandantes, manifiestan que, por falta de atención oportuna tanto en el Hospital II de Essalud de Huamanga, así como en el Hospital Regional de Ayacucho, su menor hija JRR ha sufrido daño cerebral irreversible. El diagnóstico final del estado de salud de la menor es encefalopatía hipoxia severa, su estado de salud es vegetativo con tendencia a desmejorar y degenerarse dado que a la actualidad se le ha presentado muchas heridas y escaras en su piel por el estado estacionario de su hemodinámica.

La causa de este daño es por los peritajes médicos la disminución del aporte de oxígeno (O₂) y la reducción mantenida del flujo sanguíneo cerebral (FSC) al encéfalo, esto es provocado por una hipoxemia sistémica (asfixia, insuficiencia respiratoria), una alteración en el transporte del O₂ (anemia aguda) y una reducción del FSC global (paro cardíaco). La insuficiencia circulatoria produce hipoventilación e inversamente la hipoxemia disminuye la contractibilidad cardíaca, por lo que frecuentemente la hipoperfusión y la hipoxemia se presentan asociadas, reflejando su naturaleza dual.

No se trata de que una complicación médica de la intervención quirúrgica haya causado la situación vegetativa, sino la **encefalopatía hipoxia severa**, causada por excesiva demora de la intervención quirúrgica para resolver la apendicitis, la operación de la citada menor se produjo después de doce horas de haber ingresado al servicio de emergencia del Hospital II Essalud de Huamanga, ello provocó insuficiencia respiratoria y paro cardíaco por falta de circulación sanguínea y oxígeno, provocando daño cerebral irreversible.

La menor JRR fue una adolescente llena de vida, realizaba normalmente sus actividades académicas, deportivas y otros quehaceres del hogar, cursaba el segundo año de educación secundaria en la Institución Educativa Andrés Avelino Cáceres del distrito de Seclla – Angaráes. Todos son naturales de esa localidad y conjuntamente con toda su familia residían en ella, estuvo afincada en la comunidad, campos de cultivo y todo su trabajo estuvo organizado en torno a toda la familia, vecinos y hogar. La citada menor como resultado de la negligencia médica se encuentra postrada en cama, conectada a una ventilador mecánico, lleva sondas para ingerir sus alimentos y la traqueotomía adherida al cuello le permite regurgitar el líquido y demás secreciones que se deposita en el cuello, encontrándose internada en el Hospital de Essalud de Ayacucho, si bien el personal médico realiza las visitas diarias entre las ocho y diez de la mañana, el resto del día los recurrentes asumen su

cuidado, principalmente la mamá se encuentra pendiente todo el tiempo en compañía de alguno de sus hijos, dado que el personal de enfermería no se da abasto para estar pendiente todo el tiempo, porque la paciente requiere vigilancia continua por la pérdida de funcionalidad de todo sus extremidades.

El 24 de julio de 2011 a las 00.15 horas, la citada menor ingresa por el servicio de emergencia al Hospital II de Huamanga de la Red Asistencial Essalud de Ayacucho, diagnosticado abdomen agudo quirúrgico a descartar apendicitis aguda, se le indica calmantes como ceftriaxona y metronidazol endovenoso, en anotaciones de enfermería se describe que la menor llega a emergencia en estado general suporosa y dificultad respiratoria, en ese momento le solicitan exámenes pre quirúrgicos y se comunica vía celular al médico cirujano Dr. Emma Paira Zevallos para que acuda al servicio de emergencia, pues que la referida médico no se encontraba en el Hospital, pese a que estuvo de turno en calidad de reten, la referida médico le indicó al Jefe de Servicio de Emergencia que mientras llegaba al Hospital se evaluara a la paciente, a las 03.00 horas debido a que el citado médico cirujano no se presentaba en el hospital, decide enviar a la referida menor al Hospital Regional de Ayacucho porque el Hospital II de Essalud Huamanga no había un cirujano de turno ni de retén. El 24 de julio de 2011 a las 03.20 horas es evaluada por emergencia del Hospital Regional de Ayacucho,, donde se encuentran estuporosa, confusa, en mal estado general y le diagnostican peritonitis generalizada, para descartar apendicitis aguda y shock séptico, ordenando su hospitalización, siendo evaluada por el pediatra Dr. Héctor Pari Pari, quien deja indicaciones sobre manejo hemodinámica y medio interno, seguidamente por orden del Dr. Pedro Mendoza se realiza el riesgo quirúrgico, en este punto según el análisis de los peritos fue totalmente deficiente y no se cumplió con los protocolos de atención médica de emergencias, la referencia al hospital fue improvisado y se trasladó sin los informes médicos que correspondían para el manejo del caso en otro centro hospitalario; el mismo día 24 de julio de 2011 a las 07.00 horas en anotaciones de enfermería se evidencia que la salud de la menor ya había desmejorado considerablemente, a esa hora ya se había preparado todo para la intervención quirúrgica, sin embargo el Dr. Pedro Mendoza aduciendo que su turno nocturno había terminado, decide pasar el caso al nuevo médico que iniciaba a las ocho horas, siendo evaluada el médico de guardia Dr. Hernán Arcana Mamani, quien decide devolver al Hospital Essalud de Huamanga, argumentando que el Hospital Regional de Ayacucho no cuenta con cirujano pediatra y que no podía intervenir porque el caso de salud era de su responsabilidad, incluso en ese momento compraron varias medicinas para la operación y post operatorio, la misma queda evidente con comprobante de pago; en consecuencia la excusa presentada por el Dr. Hernán médico

comprobante de pago; en consecuencia la excusa presentada por el Dr. Hernán médico ~~Arce~~ Hospital Regional de Ayacucho fue una decisión inhumana y absurda sinsustento alguno, decidiendo retornar al Hospital II de Essalud sin coordinar absolutamente nada la referencia, a las 08.50 horas del día 24 de julio de 2011 es devuelta en mal estado general al Hospital II de Essalud, luego de haber pasado una trágica situación de no poder hacer nada con su menor hija, dada la insensibilidad e irresponsabilidad del personal médico del Hospital Regional y no habiendo otra alternativa frente a la negativa les quedó la opción de obedecer al mandato del médico que decidió devolver a la paciente al Hospital II de Essalud de Ayacucho. El 24 de julio a las 11.10 se inicia la intervención quirúrgica, culminando a las 13.00 horas, los hallazgos de la laparotomía exploratoria fueron: pus libre en cavidad más o menos 3 litros de epiploon necrótico que envuelve todas las asas adheridas a fosa ilíaca derecha, por tanto el personal médico del Hospital II de Essalud tramita referencia a Hospital Edgardo Rebagliati Martins de Lima, dicho hospital acepta la referencia. Los peritajes médicos establecen que no se evidencia que el Hospital II de Essalud Huamanga haya efectuado la coordinación con el Hospital Regional de Ayacucho, previa referencia de la paciente, esto complicó el tratamiento correcto que debía de haber dado el Hospital Regional de Ayacucho, en el citado peritaje dice que no se evidencia el llenado de un formato de referencia del Hospital II de Huamanga hacia el Hospital Regional de Ayacucho. Añade el peritaje "... se evidencia formulario de consentimiento informado firmado y con huella digital del responsable del paciente, pero su llenado está incompleto pues no presenta, el diagnóstico de la enfermedad, procedimiento quirúrgico a realizar, riesgos del tratamiento propuesto ni identificación del profesional". La referencia al Hospital Edgar Rebagliati Martins fue ejecutada vía terrestre, agravando el estado de salud de la menor al no haber evacuado en forma oportuna y por vía aérea; por este caso el Hospital Essalud y el Hospital Regional de Ayacucho deben responder lo que hicieron con su menor hija.

1.2.2. La demandada Red Asistencial de Ayacucho Seguro Social de Salud - ESSALUD, en su escrito de absolución de fojas ciento sesentitrés a ciento ochentinueve, contesta la demanda refiriendo que, los hechos que argumenta sobre el deterioro de la salud de la citada menor, antes del ingreso a Essalud es consecuencia de proceso de morbilidad del cuerpo biológico, que no ha sido bien conservado por parte de la paciente y sus padres, enfermedad que no es causada por Essalud, por lo que no existe nexo de causalidad indemnizatoria, de la persona o de la moral como ilícitas, antijurídicas, ni mucho menos nexo causal de imputabilidad de causar daño a la persona de la menor, la menor ingresó a Essalud con mal estado generalizado con el diagnóstico de peritonitis por apendicitis aguda en mal estado general. ESSALUD no ha demorado en la intervención quirúrgica para resolver la apendicitis, no

habiendo cometido negligencia médica porque es una institución de prestigio, creado para ayudar a la recuperación de los pacientes con enfermedades y se les presta todas las atenciones máximas en el Hospital II de Huamanga con un equipo médico capacitado, enfermeras y personal asistencial debidamente capacitados, eficientes, por ser un paciente con patología asociada con enfermedades, cardiovascular, y otros, y con respecto a los demás fundamentos de hecho de la demanda no le consta a Essalud, y con respecto a las complicaciones allí señaladas es referido al Hospital Regional de Ayacucho UCI pediátrico.

.....

1.2.3. Director Ejecutivo del Hospital Regional de Ayacucho, *El Hospital Regional de Ayacucho, como el Hospital Huamanga – Essalud, dada la problemática generalizada en el sistema de salud, no cuentan con la suficiente capacidad resolutive en diversas especialidades como Cirugía Pediátrica, ante la carencia de dicha especialidad son referidos a distintos hospitales de la ciudad de Lima, que la intervención por la especialidad le correspondería a un médico cirujano pediatra, por lo que en ningún momento debió haber sido referido al Hospital Regional de Ayacucho, más aún todavía si el Hospital no cuenta con dicha especialidad, por lo que la responsabilidad es imputable al personal médico del Hospital Huamanga Essalud y solidariamente a dicha institución, puesto que conforme se aprecia de la demanda la atención del paciente no se efectuó por la ausencia del personal médico del Hospital de Essalud, en caso extremo dicha paciente debió haber sido referido a los Hospitales de Essalud de Lima, que ante la incomparecencia del personal médico de retén (la guardia por retén consiste en que el personal médico realiza la guardia en su domicilio, sin embargo ante la llamada al jefe de guardia se constituye en forma inmediata y obligatoria al establecimiento para la atención del paciente), la paciente fue referida al Hospital Regional de Ayacucho, nosocomio donde desde el momento del ingreso del paciente se la atendió con los pasos correctos y conforme a las normas técnicas de emergencia, disponiéndose inclusive su intervención quirúrgica pese a que no se cuenta con médico cirujano pediatra.-----*

1.2.4. La demandada Seguro Social de Salud – ESSALUD (sede central), *en su escrito de absolución de fojas cuatrocientos dos y siguientes, señala que los accionantes reclaman que otorgue la indemnización a los actores por daños morales y daño personal a la hija JRR, sin que exista indicios de medios probatorios de la existencia de negligencia médica conde exista dolo o culpa en la supuesta generación de daño en persona de la menor, ni mucho menos daño en la*

moral de los recurrentes. Los hechos que argumenta sobre el deterioro de la salud de la menor, antes de ingreso al Hospital de Essalud de Huamanga, es consecuencia de proceso de morbilidad del cuerpo biológico, que no ha sido bien conservado por parte de la paciente y sus padres, enfermedad que no ha sido causado por Esalud, por lo que no existe nexo de causalidad indemnizatoria, de la persona o de la moral como ilícitas, antijurídicas, ni mucho menos nexo causal de imputabilidad de causar daño a la persona de la menor. Y con respecto a los demás fundamentos de hecho, a la citada demandada no le consta...

1.2.5. El Procurador Público Regional de Ayacucho, en su escrito de absolución de fojas seiscientos sesenticinco y siguientes, señala que los argumentos de hecho y derecho de la demanda no ha observado ni ha cumplido con los presupuestos y/o exigencias legales con las que debe contar los daños y perjuicios a la persona como una responsabilidad civil para su trámite y procedencia, no concurren entre sí todos los presupuestos: a) Comportamiento, acción u omisión; b) Que se produzca un daño, puede ser patrimonial o moral; c) que existe un nexo y/o relación de causalidad; d) Imputabilidad de la conducta (caso fortuito), los actores ha efectuado una liquidación y/o cálculo de los montos de la indemnización por supuesto daño a la persona de su menor hija y en forma exorbitante, dicha indemnización no le corresponde percibir al demandante, porque en todo caso los supuestos daños y perjuicios que sufrió la menor se debió posiblemente a motivos fortuitos y/o fuerza mayor del personal asistencia de la entidad demandada y por ello no son responsables a título de culpa ni menos de dolo en la causa sub materia; los demandantes no han advertido que tratándose de una supuesta negligencia médica del personal asistencia del Hospital Regional de Ayacucho debió tener en cuenta que la obligación del medio o personal asistencia es de medios y no de resultados y estos medios que se deben poner a disposición del paciente, se deben valorar no sólo en función de la economía del contrato de prestación de servicios médicos sanitarios, sino en razón a lo que derivan de esta relación y conocía el demandante por tener a su hija como paciente, sin que sea posible cuestionar la actuación médico sanitaria fundándose en la evolución posterior de la misma para responsabilidad al médico o personal asistencial de la materialización de un riesgo excepcional del que había sido previamente informado el actor.

.....

1.2.6. El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en su escrito de absolución de fojas seiscientos noventa y siete y siguientes, señala que si bien ESSALUD es una entidad que se

encuentra adscrita al Sector Trabajo, ello no significa que la Procuraduría Pública del Ministerio de Trabajo debe asumir su defensa en los procesos judiciales incoados en su contra, no existe relación entre los demandado y las responsabilidades administrativas y/o económicas del Sector Trabajo, pues al ser un organismo público descentralizado tiene autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable; sin perjuicio que los requisitos para que se configure el daño con la certeza, es decir debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño, que el daño será real y efectivo no puramente eventual o hipotético, otro requisito es la subsistencia del daño, es decir que no haya sido indemnizado con anterioridad, este requisito establece que a efecto de solicitar una indemnización, el interés dañado a reparar no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que de permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido, por tales consideraciones solicita se declare infundada la demanda.....

1.2.7. Director de la Dirección Regional de Salud y el Director de la Dirección Ejecutiva de ESSALUD, Por resolución número 22 de fecha veintinueve de enero de dos mil quince, que corre a fojas mil cuatrocientos noventa y siguiente, **declararebelde de la contestación a la demanda** a los demandados Director de la Dirección Regional de Salud y el Director de la Dirección Ejecutiva de ESSALUD.-----

1.3 Saneamiento Procesal (Fs. 1490).- Mediante Resolución número 22, se resolvió declarar la existencia de una relación jurídica procesal válida y en consecuencia, saneado el proceso.

1.4 Fijación de Puntos Controvertidos (Fs. 1497 y siguiente).- procediéndose a fijar como puntos controvertidos, a través de la Resolución número 23, los siguientes: 1) Determinar si corresponde ordenar a los demandados el pago de una indemnización ascendente a dos millones de nuevos soles a favor de los demandantes, ello como consecuencia de una tardía y/o mala atención médica – negligencia médica, brindada a la hija menor de los demandantes y por daño moral a los demandantes. 2) Determinar, las causas por las que la menor fue transferida del Hospital II ESSALUD de Huamanga al Hospital Regional de Ayacucho y, las razones porque no fue atendida de inmediato en dichos centros de salud, dado su delicado estado. 3) Determinar, si la lesión cerebral de la menor es como consecuencia de la atención médica recibida, además de determinar si hubo negligencia médica de quienes atendieron a la menor, debiendo establecerse el grado de responsabilidad de cada uno de ellos.

1.5 Se admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos por las partes. Estando los autos expeditos para expedir la sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISION:

Primero: Que, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, prescribe que el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.....

Segundo: Que, la carga de probar corresponde, a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos; siendo que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, sin embargo en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión conforme a lo establecido por los artículo 196º y 197º del Código Procesal Civil.....

Tercero: Que, en el presente caso don FRM y ERC, interponen demanda de Indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, contra el HOSPITAL II DE ESSALUD DE HUAMANGA, solicitando se le abone la suma de S/. 1'500,000.000 nuevos soles, solidariamente con la Dirección Ejecutiva de Essalud, y contra el HOSPITAL REGIONAL DE AYACUCHO, solicitando se le abone la suma de S/. 500,000.00, solidariamente con la Dirección Regional de Salud, que en suma comprende el daño a la persona por negligencia médica cometida en agravio de la menor JRR, y daño moral en agravio de los ciados demandantes.-----

Cuarto: Que, teniendo en cuenta que la responsabilidad obligacional es la que genera la obligación de reparar el daño por el incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista un vínculo (extracontractual) o aunque exista (contractual), siempre que se haya llegado a vulnerar este tipo de principio, lo cual es perfectamente plausible. Por otro lado, en relación al acto médico Martínez Calcerada¹, lo define como: “la prestación o actividad del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente –la llamada *lex artis ad hoc*-, un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud”, señalando a partir de esa definición la existencia

¹ MARTÍNEZ CALCERADA, Luis, *Derecho Médico*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 69.

² ANGULO GONZÁLEZ, R. D. *Medicina forenses y criminalística*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda, 2002, p. 15.

de cuatro elementos del acto médico: la profesionalidad del actos, representada por la intervención de un médico titulado; su ejecución resultar o típico, es decir, de acuerdo a las reglas de la *lex artis*; el objeto sobre el cual recae, en este caso el cuerpo humano; su finalidad directa que es la curación e indirectamente que es el bienestar del afectado o la salud pública; y por último su licitud, la cual viene condicionada por la legitimidad de su autor, la licitud de la finalidad que persigue, su realización con consentimiento del paciente y suajuste general a la legalidad. Así pues, cualquier acto médico, por menor que sea produce la afectación del bien jurídico e integridad personal, el simple hecho deutilizar un bisturí produce lesión en términos objetivos². Siendo la responsabilidad civil médica, por su parte, la puesta en lesión de la integridad personal del pacienteocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional, el cual genera un crece del interés positivo (prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo.....

Quinto: El médico debe cumplir con su deber de informar ampliamente no solo para permitir al paciente otorgar un consentimiento libre, sino para protegerse de las eventuales complicaciones que se presenten como consecuencia del inherente riesgo permitido. Para cumplir con este deber de información, se debe informar con claridad el resultado de las pruebas exploratorias o diagnósticos. Se debe explicar la naturaleza de los pasos o medida a seguir, para así obtener un diagnóstico más preciso. De igual manera al paciente se le debe dar conocer la idoneidad científica y práctica del médico en el tratamiento o terapia escogida, sea o no un acto quirúrgico, resultando claro el derecho del paciente a conocer la capacidad de su médico, lo que facilitará la confianza del paciente de este, sin olvidar la nueva y difícil relaciónmédico-paciente que se da en nuestros tiempos.-----

-

Sexto: Presupuestos de la responsabilidad civil médica. Daño. Es el primer elemento de la responsabilidad civil, sin él no se puede pensar en una pretensiónindemnizatoria. El daño a la persona en cualquiera de sus variantes integradoras constituye siempre un daño biológico o daño a la salud, ya sea directo, indirecto, reflejo o diferido. Por ello, se requiere siempre registro de la responsabilidad civil: que en verdad exista, pues los factores de atribución, el componente subjetivo de la diligencia y aún el de la relación de causalidad adecuada, pero hacen pie, ineludiblemente, en un plano subjetivo gire en torno de un resultado dañoso. La antijuridicidad. Consiste en la infracción o violación de un deber jurídico preexistente,

establecido en alguna norma o regla de derecho integrativa del ordenamiento jurídico. Dicho deber puede resultar de las propias convenciones del contrato de asistencia médica o de la "prestación médico-asistencial" concluido entre el facultativo y su paciente, lo cual constituye para ellos una regla a la que deben someterse como a la ley misma. El factor de atribución. La responsabilidad civil del médico, habitualmente, resulta de su hecho personal, lo cual hace que el factor de atribución sea subjetivo, siendo necesario que quien con su obrar fue autor material del daño causado, pueda además ser tenido como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo, negligencia o propiamente culpa. Nexo causal. El cual nos va a permitir establecer la autoría material del médico responsable e igualmente qué resultados dañosos podrán ser tenidos como "efectos" de su conducta, en miras de fijarse la extensión o la medida del resarcimiento a su cargo, siendo aquí necesaria la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado y los daños y perjuicios cuya reparación se produce.....

Séptimo: Además, el médico como prestador de servicios brinda un tratamiento con el cual genera una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones. Por ello, en el supuesto de presentarse un caso de incumplimiento, surge el derecho del paciente a tener una reparación por los daños ocasionados. En la actualidad no existe controversia de la naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica, puesto que la prestación se deriva de un contrato de locación de servicios, lo que a su vez puede convertirse en un contrato de obra e incluso en un contrato atípico en términos generales. Como en el caso de un paciente que es atendido en un establecimiento hospitalario correspondiente al Ministerio de Salud, en el cual se le otorga servicios gratuitos; por ello no existe onerosidad en este acuerdo de voluntades, siendo por ende un contrato atípico. En nuestra legislación es contractual, como se encuentra comprendido en el artículo 39° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud³. Este criterio de la responsabilidad contractual que comprende un implícito deber de seguridad o garantía como cargo de las obligaciones nacidas con el contrato, en sí es una obligación de seguridad y de medios por las cosas que se emplean en el desempeño de su profesión porque desborda la actividad facultativa y el control material del mismo ejerce sobre aquellos (daños causados por las cosas) y todo el alcance de los hechos de dependientes o subordinados de los prestadores de salud a cargo.....

Octavo: En nuestro ordenamiento existe el reconocimiento a la responsabilidad subjetiva para los prestadores de salud, pero algunos juzgadores emplean los artículos correspondientes a la responsabilidad extracontractual para fundamentar y justificar sus fallos, mientras que por su parte, el artículo 48° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, refiere

que los establecimientos son solidarios, de manera contractual y extracontractual, si el médico que desempeña sus labores en él tiene una relación de dependencia con la estructura sanitaria. Cabe señalar que la relación existente entre el paciente y el establecimiento original es responsabilidad contractual. Si un paciente contrata los servicios de un establecimiento de salud y este, a través de los médicos que lo conforman, tiene un actuar negligente, se puede demandar a ambos, por lo cual, debe asumir la responsabilidad, el conjunto de personas a cargo o el jefe del equipo. De allí que para eximirse de responsabilidad, deberán acreditar la ruptura del nexo causal, resultando insuficiente la prueba de su no culpabilidad que guarda relación con el artículo 1325° del Código Civil, no excluyéndose de la responsabilidad extracontractual subjetiva de los médicos y el que actúa conjuntamente, la responsabilidad de los médicos sería solidaria.

En nuestro país con la promulgación de la Ley General de Salud, 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 (responsabilidad subjetiva), mientras que en los establecimientos de salud, llámese hospitales, clínicas y postas médicas esta responsabilidad es objetiva. Basta que el paciente perjudicado alegue dolo o culpa del prestador de salud, para que dicho dolo o culpa se presuman, correspondiendo a este la prueba en contrario, o sea, demostrar la inexistencia de dolo o culpa en su conducta.-----

Noveno: La valorización de la prueba tiene que estar guiada hacia la “presunción de la negligencia”, ya que esta debe aparecer como la causa más probable para el profesional, al que se le imputa la responsabilidad, debido a que este tiene el control del paciente y del instrumento. Por tanto, si no hay posibilidad de control, no hay culpa, lo cual tiene como efecto la presunción de una negligencia y eximir de otros medios probatorios al demandante; criterio que es aplicado en el derecho español, donde se analiza la prueba de presunciones y el hecho de que la culpa no se presume, siendo posible que de un hecho demostrado se deduzca otro y no debe existir varias causas que debió suscitar el daño; otro tipo de prueba lo constituye la *primie facie*, ya que deduce la causalidad y la culpa de las máximas experiencias (primera impresión), además se prueba unos sucesos típicos en los que se comprobado un estado de cosas que según la experiencia de la vida, indica la existencia de un causa determinada, lográndose una verdadera inversión de la carga en las obligaciones de medios; debiendo ellos probar que actuaron como diligencia.---

Décimo: Que, respecto a los puntos controvertidos fijados, referidos a determinar si corresponde ordenar a los demandados el pago de una indemnización ascendente a dos millones de nuevos soles a favor de los demandantes, ello como consecuencia de una tardía y/o mala atención médica – negligencia médica, brindada a la hija menor de los demandantes y por daño moral a los demandantes. Determinar, las causas por las que la menor fue transferida del Hospital II ESSALUD de Huamanga al Hospital Regional de Ayacucho y, las razones porque no fue atendida de inmediato en dichos centros de salud, dado su delicado estado. Y determinar, si la lesión cerebral de la menor es como consecuencia de la atención médica recibida, además de determinar si hubo negligencia médica de quienes atendieron a la menor, debiendo establecerse el grado de responsabilidad de cada uno de ellos.-----

Décimo primero: Que, conforme al Informe Médico N° 009-2012-PD/AA E-MEVP, emitida por la Defensoría del Perú que obra a fojas treintiuno y siguientes, conforme a los datos señalados de la Usuaría JRR, que tiene el Expediente en la DP N° 0505-2011-5492, realizado en el Hospital II de Huamanga de la Red Asistencial Essalud de Ayacucho y Hospital Regional de Ayacucho, se advierte que el día 24 de julio de 2011 a las 00.15 h, ingresa por el servicio de emergencia al Hospital II de Huamanga de la Red Asistencia Essalud de Ayacucho, la paciente JRR, de 14 años de edad, diagnosticándole abdomen agudo quirúrgico a descartar apendicitis aguda. Se le indica ceftriaxona y metronidazol endovenoso. En anotaciones de enfermería del 24 de julio de 2011 a las 00.30 h, se describe que la paciente llega a emergencia en muy mal estado general, suporosa y dificultad respiratoria, se le solicita exámenes pre quirúrgicos y se comunica a Médico cirujano quien refiere que evaluará a la paciente por la mañana. 01.40 h, se describe que la paciente se encuentra delicada, suporosa y septic. A las 03.00 h la enfermería reporta que el médico decide referir a la paciente al Hospital Regional del Ministerio de Salud porque no hay cirujano de retén. El 24 de julio de 2011 a las 03.30 h, la paciente es evaluada por emergencia del Hospital Regional de Ayacucho, donde la encuentran estuporosa, confusa, en mal estado general y le diagnostican peritonitis generalizada, descartar apendicitis aguda y shock séptico. Ordena su hospitalización, siendo evaluada por pediatría quien deja indicaciones sobre manejo hemodinámico y medio interno. Se le realiza riesgo quirúrgico. El 24 de julio de 2011 a las 7.00 h, en anotaciones de enfermería se evidencia que la paciente se encuentra en mal estado general. A las 8.00 h es evaluada por el médico de guardia quien decide devolver a la paciente a EsSalud refiriendo que no cuentan con cirujano pediatra. A las 08.50 h, la paciente es referida en mal estado general a EsSalud acompañada por interno de medicina.

En hoja de referencia se consigna que familiar solicita alta voluntaria. A las 9.30 h la paciente es evaluada en el Hospital de EsSalud, diagnosticando sepsis foco probable abdominal, descartar probable peritonitis y abdomen agudo quirúrgico. Se inicia tratamiento antibiótico con ceftriaxona y clindamicina. El mismo día a las 10.50 h la paciente es evaluada por anestesiología, realizando junta médica en el Hospital de Essalud e informan al familiar sobre el mal estado de la paciente y la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente y la no resistencia de la misma si es que se trasladara a Lima en las actuales condiciones para la operación.

El mismo día 24 de julio a las 11.10 h se inicia la intervención quirúrgica de la paciente, culminando a las 13.00 h. los hallazgos de la parotomía exploratoria fueron: pus libre en cavidad + 3 litros, epipolón necrótico que envuelve todas las asas adheridas a fosa iliaca derecha. Peritonitis por apendicitis aguda, múltiples abscesos intraperitoneales, sepsis y neumopatía aguda. El 25 de julio tramitan posible referencia a Hospital Edgardo Rebagliati Martins de Lima. El 26 de julio de 2011, se coordina con Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica del Hospital Rebagliati de Lima quienes aceptan la referencia. El Informe Médico de Medicina Interna de Essalud de la Red Asistencial Rebagliati informa que la paciente se encuentra con encefalopatía hipóxica secundaria a post resucitación que cursa en el momento con infección de escaras a pseudomonas aeruginosa e infección de vías respiratorias altas a serratia marcescens. Estado neurológico sin variación en relación a ingreso del servicio. En realidad conceptos generales, peritonitis es una inflamación del peritoneo, la membrana serosa que recubre parte de la cavidad abdominal y las vísceras. La peritonitis puede ser localizada o generalizada. En el caso de las peritonitis agudas suelen manifestarse con dolor abdominal, náuseas, vómitos, fiebre, hipotensión, taquicardias y sed. La peritonitis, puede provocar una deshidratación en el paciente y provocar fallo orgánico múltiple, o multisistémico, lo cual puede llevar incluso a la muerte.

Décimo segundo: Que, dicho informe médico emitido por el Médico Asesor – Adjuntía para la Administración Estatal de la Defensoría del Perú, que corre a fojas treinta, se corrobora con la historia clínica de la menor JRR, las mismas que obran en autos, donde se encuentran registrados los actos médicos de los tres centros médicos: Hospital II Essalud Huamanga, Hospital Regional de Ayacucho y Hospital de Essalud de Rebagliati Martins de la ciudad de Lima, dichos documentos han sido recabados y obran en autos, con los cuales queda acreditado el daño causado a la víctima llamada JRR, y no han sido cuestionado por ninguna de las partes procesales.-----

Décimo tercero: En efecto que la menor JRR conforme documentos que obran en autos a fojas ciento diez y siguientes, inicialmente la referida menor ha sido atendida en el Hospital II de Huamanga Essalud, luego fue transferido al Hospital Regional de Ayacucho, conforme se puede advertir de la historia clínica que obra en autos de fojas ciento noventa y cinco y siguientes, en resumen los hechos ocurridos se corroboran con el Informe Médico N° 009-2012- PD/AE-MEVP de fecha 12 de marzo de 2012 emitido por el Médico Asesor Adjunta para la Administración Estatal de la Defensoría del Pueblo que corre a fojas treinta y siguientes, en tal situación, la paciente en su oportunidad no fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital II de Huamanga – Essalud, también no existe la razón que no fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Regional de Ayacucho, luego retornado al Hospital II de Huamanga – Essalud, así como no se evidencia en los documentos que obran en autos la realización de la coordinación previa con el Hospital II de Huamanga, pese a que la paciente se encontraba en el Servicio de Emergencia; por lo tanto se tiene que la citada menor presenta daños a su salud, a su persona, al tener la paciente su estado es “encefalopatía hipoxia severa”, que no le permite valerse físicamente por sí misma, que la tiene postrada en cama, conectada a un ventilador mecánico, lleva sondas y la traqueotomía adherida al cuello, es decir su estado de salud es vegetativo, conforme se puede apreciar de las vistas fotográficas que obran en autos a folios diecinueve a veintidós, siendo responsables el Hospital II de Huamanga – Essalud y el Hospital Regional de Huamanga, al no haber intervenido quirúrgicamente oportunamente, lo cual podría haber mejorado cuando se haya intervenido oportunamente por las citadas entidades demandadas, y como tal un daño irreversible en su aparato neurológico conforme se advierte de la historia clínica de la agraviada. En consecuencia, la pretensión de los actores ha sido encuadrada dentro de la responsabilidad civil extracontractual, se debe acotar la Casación número 1072-2003-Ica, donde se ha señalado que “De acuerdo a los artículos 1969, 1970 y 1985 del Código Civil, para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, deben concurrir los siguientes requisitos: a) la antijuricidad de la conducta, b) el daño causado, c) la relación de causalidad entre el hecho generados y el daño producido y, d) los factores de atribución”.-----

Décimo cuarto: En cuanto a la responsabilidad civil de las Entidades demandadas Hospital II de Huamanga – Essalud y el Hospital Regional de Ayacucho, resulta aplicable la responsabilidad vicaria o indirecta prevista en el Art. 1981° del Código Civil, que prevé: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste 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”. El Art. 1183° del C. C. prevé: “La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”. Así también, el Art. 48° de la Ley General de Salud – Ley N° 26842, señala que: “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 (...)”. Por lo tanto, conforme a los dispositivos legales antes citados, y a la acreditación del daño causado a la paciente, se comprueba ineludiblemente la concurrencia de la responsabilidad vicaria del Hospital Regional de Ayacucho y del Hospital II de Huamanga - Essalud, responsabilidad esta que es entendida cuando existe una relación de dependencia; pero cabe precisar, que si bien es cierto en autos no existe un contrato que acredite que los codemandados son subordinados de la Entidad demandada, pero tal como ya se ha expuesto, sin embargo, para este efecto, no se requiere una vinculación jurídica, sino, basta una vinculación fáctica, para tal efecto, resulta pertinente citar a FERNANDO DE TRAZGNIES quién expresa lo siguiente: “como ya se ha dicho, no se debe intentar encontrar un relación de derecho entre el responsable civil y el agente que coloque a éste último en situación de subordinación, basta el hecho de que éste se encuentre bajo órdenes del otro, por eso, más allá de las formas contractuales, es preciso examinar las circunstancias concretas en las que se presenta la relación entre uno y otro” (La responsabilidad extracontractual, biblioteca para leer el Código Civil, volumen IV, Tm. 01, Pontificia Católica del Perú, fondo editorial 1990, Pág. 486). Consecuentemente, corresponde que el Hospital II de Huamanga – Essalud y el Hospital Regional de Ayacucho, asuman la responsabilidad civil, en cuanto al quantum indemnizatorio por todos los conceptos a fijarse en la presente sentencia, a favor de la citada menor JRR por daño a la persona por negligencia médica.....

Décimo quinto: En cuanto a la pretensión de pago por daño a la persona, conforme a los considerandos precedentes, sin lugar a dudas ha quedado acreditado de manera contundente el enorme daño a la persona causado a la menor agraviada (Dejarla en un estado de no poder valerse por sí misma, al estar con el cuadro de encefalopatía hipóxica severa). Carlos Fernández Sessarego², expresa [el] daño a la persona es cualquier daño que lesione al ser humano ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su “proyecto de vida” o libertad fenoménica, sin exclusión. Se trata, como se aprecia, de una noción amplia,

genérica, comprensiva. En el mismo artículo, Fernández Sessarego expresa: “Si tenemos en cuenta que el ser humano es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, los daños que se le causen pueden incidir en alguna de dichas dos vertientes de su estructura existencial. De un lado, el daño puede lesionar algún aspecto de la unidad psicosomática (soma opsique) o puede afectar la libertad fenoménica, o el ejercicio mismo de la libertad, es decir, en otros términos, al “proyecto de vida”. De ahí que, cuando nos referimos al “daño a la persona”, cabe distinguir, para los efectos que atañen a la modalidad de la reparación, el “daño psicosomático” del “daño a la libertad”. Al mencionar la libertad hay que diferenciar, siempre para los mismos efectos, aquel daño radical que pone fin a la libertad ontológica, y ello ocurre con la muerte de la persona, del daño a la libertad fenoménica o libertad extrovertida o libertad fenoménica. Esta última instancia de la libertad se constituye por la conversión de la decisión libre de la persona en actos o conductas humanas intersubjetivas. Todos estos actos, que son la concreción en la realidad mundanal de los múltiples y constantes proyectos en que consiste la libertad ontológica, concurren, consciente o inconscientemente, a un solo y único proyecto que es el personal “proyecto de vida”. Es decir, aquel que sintetiza lo que la persona ha decidido ser y hacer en su vida, con su vida. Es este proyecto el que otorga “sentido” a la vida, el que le brinda su “razón de ser”. Es el Proyecto por el cual vale la pena vivir. De ahí que se le designe como “proyecto de vida”.-----

Décimo sexto: Entonces efectivamente, el daño a la persona es muy distinto al daño moral, y radica esencialmente en comprender que por más que se indemnice por daño moral, lucro cesante, daño emergente, el daño a la persona es precisamente el daño ocasionado, en sentido estricto, el quebrantamiento de la vida, el quebrantamiento del “proyecto de vida”, por lo que la esencia ontológica del ser humano es libertad, coexistencialidad y temporalidad y sensibilidad de valores. El quebrantamiento al “proyecto de vida” con la muerte o con la incapacidad física y hasta psicológica para valerse por sí mismo (como en el presente caso), es el daño más grave que se puede causar a la persona, es el que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo

² “Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. El artículo fue publicado en la revista “Foro Jurídico”, Año 1, N° 2, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio del 2003.

a una personal vocación. Esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida, en última instancia, a la realización del personal “proyecto de vida”. Es decir, de aquello que la persona decidió ser y hacer en su vida para otorgarle un sentido valioso. No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres –que responden a decisiones de la libertad que somos- mediante los cuales se despliega el temporal “proyecto de vida”.-----

Décimo séptimo: *Se encuentra fundamento legal, además, en el Art. 5º del Código Civil, respecto de la protección del ser humano, cuando señala que no sólo se protegen los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la integridad psicosomática o el honor, sino, todos los derechos “inherentes a la persona humana”. Y es así como ha quedado demostrado en el presente caso, con la lesión causada a la agraviada JRR, se le ha causado daño a la persona, se le ha truncado todo su “proyecto de vida”, se ha quebrantado su libertad de hacer de su vida y en su vida lo que ella escogió, se le priva vivir lo que ella decidió ser, y por más resarcimiento que exista, nada podrá revertir este daño irreversible, simplemente está incapacitada a consecuencia del daño ocasionado por las demandadas Hospital II Essalud de Huamanga y el Hospital Regional de Ayacucho. Estando a los argumentos expuestos, este Despacho establece la suma de TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00) por concepto de daño a la persona, que deberá pagar la demandada Hospital II Essalud de Huamanga a favor de la agraviada JRR y la suma de CIEN MIL SOLES (S/ 100,000.00) por concepto de daños a la persona, que deberá pagar el Hospital Regional de Ayacucho, en ambos casos más los intereses legales que pudieran generar a partir del día siguiente del evento dañoso.-*

Décimo octavo: *Que, tratándose el presente de una responsabilidad civil objetiva, resulta necesario la acreditación del daño causado, y teniendo en el caso de autos, como desenlace el estado de salud de la menor JRR, como consecuencia de las lesiones producidas en las dependencias de la demandada, desde ya se evidencia la producción del daño moral en sus padres, que hoy son los demandantes, en este caso, que si bien la aflicción que produce en que como se quedó su menor hija resulta incuantificable, pero de conformidad con el artículo 1984º del Código Civil, debe ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a su familia; por lo que en este rubro, este Despacho considera razonable fijarse en la suma de CIEN MIL SOLES (S/ 100,000.00) que debe pagar el Hospital II*

de Huamanga – Essalud, y otra la suma de CINCUENTA MIL SOLES (S/ 50,000.00) que debe pagar la demandada Hospital Regional de Ayacucho.-----

Décimo noveno: Que, en el presente también se demanda solidariamente que debe asumir la responsabilidad la Dirección Ejecutiva de la Seguridad Social – Essalud y la Dirección Regional de Salud de Ayacucho, por concepto de indemnización de daños y perjuicios por negligencia médica, al respecto estas entidades demandadas no participaron en la responsabilidad a que se atribuye, en tal razón no son parte sustancial en la relación de la responsabilidad civil demandada, dado que son entidades distintas a las que participaron en los hechos señalados, por tanto debe desestimarse en este extremo.

Vigésimo: Que, los medios probatorios admitidos y no glosados no enervan los considerandos de la presente resolución, toda vez que todos los medios probatorios han sido valorados en forma conjunta, expresándose sólo las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión, conforme manda el artículo 197° del Código Procesal Civil.

III. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, el Juzgado forma convicción de que la demanda debe ampararse en parte; por lo que impartiendo justicia a Nombre de la Nación; **FALLO:**

Primero.- Declarando **FUNDADA en parte** la demanda interpuesta por FRM y ERC, en nombre propio y en representación de su menor hija JRR contra el HOSPITAL II ESSALUD DE HUAMANGA, HOSPITAL REGIONAL DE AYACUCHO, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL – ESSALUD y contra la DIRECCIÓN REGIONAL DE SALUD, sobre indemnización por daños y perjuicios; en consecuencia, **ORDENO** que la demandada HOSPITAL II ESSALUD DE HUAMANGA abone a favor de la menor JRR la suma de TRESCIENTOS MIL SOLES (S/ 300,000.00), por concepto de daño a la persona; y la suma de CIEN MIL SOLES (S/ 100,000.00) a favor de los actores FRN y ERC, por concepto de daño moral;

Asimismo **ORDENO** que la demandada HOSPITAL REGIONAL DE AYACUCHO abone a favor de la menor JRR la suma de CIEN MIL SOLES (S/ 100,000.00), por concepto de daños a la persona, y la suma de CINCUENTA

daño moral, más los intereses legales generados a partir del día siguiente del evento dañoso que se liquidarán en ejecución de sentencia. Sin costas y costos procesales al no haber solicitado.-

Segundo.- *Declarando **INFUNDADA** la demanda presentada por FRM y ERC, en nombre propio y en representación de su menor hija JRR contra la Dirección Ejecutiva de la Seguridad Social – ESSALUD y la Dirección Regional de Salud, sobre indemnización por daños y perjuicios; consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, archívese el presente proceso en este extremo.-*

Notifíquese.-

Corte Superior de Justicia de La Libertad

Primera Sala Civil

CUADERNO : N° 02619 – 2016 - 22
DEMANDANTE : LRJM Y OTRA.
DEMANDADO : SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD.
MATERIA : INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS.

Trujillo, 12 de enero del año 2018.

AUTOS Y VISTOS, habiendo quedado los autos expeditos para resolver, producida la votación correspondiente, se procede a expedir la siguiente resolución de vista:

I. ASUNTO.

Viene en apelación a esta Sala el auto contenido en la resolución número seis, de fecha 28 de abril del año 2017, expedida por el señor Juez del Quinto Juzgado Civil de Trujillo, que declara infundada la denuncia civil formulada por la demandada (ESSALUD).

II. PRETENSION IMPUGNATORIA.

Apela el abogado de la Red Asistencial de ESSALUD La Libertad, solicitando su revocatoria, exponiendo como argumentos de mayor trascendencia: **[i]** se ha interpretado erróneamente la norma del artículo 102 del Código Procesal Civil al considerar que este instituto procesal tiene por finalidad se incorpore al proceso a un tercero *para asumir* obligaciones o responsabilidades que surjan del derecho discutido, pues, lo que establece la norma es la posibilidad de efectuar denuncia civil en la medida que el denunciante *considere* que otra persona, además, de él tiene una obligación o responsabilidad en el derecho discutido; **[ii]** si bien la norma del artículo 48 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece responsabilidad solidaria para el establecimiento de salud por los daños derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñen en él en relación de dependencia; sin embargo, no puede interpretarse la solidaridad para el tema de la denuncia civil, pues, para los hechos de la demanda es necesario la versión de los profesionales involucrados en la supuesta negligencia médica, no pudiendo limitarse el derecho de defensa de

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

estos últimos, contra quienes ESSALUD podría accionar vía repetición; [iii] para que su representada accione por repetición contra los profesionales que habrían causado el daño, necesita contar con un documento que determine la responsabilidad de estos, y pues tal documento es la sentencia que se expida en este proceso; es por eso que se requiere la intervención de dichos profesionales;

[iv] la responsabilidad solidaria se aplica cuando se tiene fehacientemente determinado quiénes son los responsables o presuntos responsables del hecho dañoso; en el caso no existe esa calidad en ningún profesional médico, de tal manera que recién cuando se acredite responsabilidad en los hechos demandados se podrá hablar de responsabilidad solidaria.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

3.1. Tal como aparece de la demanda interpuesta por los señores LRJM y DEPD, es su pretensión concreta que el Seguro Social de Salud - ESSALUD -, a través de su representante legal, les indemnice con el pago de la suma de S/ 1'155,000.00 soles, por el daño irreversible que se les ha causado a raíz del fallecimiento de su hija de 40 semanas de gestación, por causa de asfixia intrauterina, debido a "(...) *lainadecuada atención y a la inobservancia de los protocolos establecidos por parte del personal médico del Hospital Lazarte de Trujillo(...)*, responsabilidad que estaría acreditada (...) *en los certificados médicos legales, respecto al Reconocimiento de Responsabilidad Médica y al post Facto - Dictamen de Historia Clínica, que concluye que el evento dañoso fue producto de la ACTITUD NEGLIGENTE por parte del personal sanitario que OMITIO LA OBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS para brindar una asistencia oportuna a la paciente DEPR, con 40 semanas de gestación, quien fue derivada del Hospital Albrecht (Nivel I) al Hospital Víctor Lazarte Echegaray (Nivel IV) con el diagnóstico de PRE ECLAMPSIA SEVERA, por tener mayor capacidad resolutive para la atención y manejo de estos casos"* [Items 3.17 y 3.18 de la demanda].

3.2. Al comparecer al proceso y contestar la demanda, el representante legal de ESSALUD, al amparo de lo previsto por el artículo 102 del Código Procesal Civil, formula denuncia civil, a efecto que se incorpore al mismo a los señores: Mirtha Méndez (doctora); Nancy Soledad García Rodríguez

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

(obstetriz); Dr. Romero; Dr. Cornejo; Dra. Leturia Montes y Dr. Cecilio Isaac Ríos Canales; en razón de ser las personas que han sido mencionadas por la señora DEPD en el proceso penal que sigue en relación a los mismos hechos; y en la hipótesis negada que exista daño pueda responder de manera solidaria con los autores directos del mismo.

3.3. A través de la resolución número seis (apelada) se ha declarado infundada la denuncia civil formulada, bajo tres fundamentos precisos: (i) el artículo 1983 del Código Civil regula la responsabilidad solidaria en estos casos, en tanto que la jurisprudencia de los tribunales de justicia del Perú tiene declarada de manera uniforme y reiterada la aplicación de la solidaridad en referencia a la responsabilidad extracontractual; además, la aplicación de las reglas de solidaridad responde a razones de seguridad e interés social, por cuanto son medios para asegurar la protección de la víctima; (ii) conforme al artículo 1186 del Código Civil el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, estableciéndose así una facultad del acreedor; (iii) en este caso, la demandante ha procedido conforme a la facultad otorgada por el citado artículo 1186 y, si la sentencia estableciera alguna responsabilidad a cargo de ESSALUD, ésta tiene expedito su derecho para repetir el pago, por tanto, el emplazamiento a los denunciados civiles no afecta la validez de la relación procesal ni impide emitir sentencia con pronunciamiento de fondo.

3.4. En principio, está fuera de toda duda que en este caso estamos frente a un supuesto de *responsabilidad solidaria* por imperio de la ley, en tanto el artículo 48 de la Ley General de Salud N° 26842, prescribe: *"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"*.

En torno de las obligaciones solidarias el Código Civil recoge, entre otras, dos reglas que les son aplicables: la primera, según la cual *"El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente"* (art. 1186); la segunda, conforme a la cual *"Si*

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros (...)" (art. 1983).

- 3.5.** No obstante, de la naturaleza solidaria de la prestación indemnizatoria demandada no se deriva, necesariamente, que sea potestad absoluta del acreedor (demandante) la determinación de quién o quiénes deben integrar la relación jurídica procesal como demandado o demandados.

En efecto, es de utilidad recordar que una *relación jurídica sustantiva* es aquella que se produce entre dos o más personas cuando entre ellas existe un conflicto de intereses con relevancia jurídica. Cuando este conflicto se traduce en controversia al ser llevado a un proceso judicial la relación que se establece entre las mismas partes y el Juez es lo que se viene a denominar *relación jurídico procesal*¹.

Si bien la *relación jurídica material o sustantiva* es de derecho privado, pues, se rige por el principio de la autonomía de voluntad de las partes y, excepcionalmente, del mandato de la ley; la *relación jurídica procesal* en cambio es de derecho público y, entonces, ya no corresponde exclusivamente a la parte demandante su determinación sino que ella compete, en esencia, al Juez. Es por ello que en el Código Procesal Civil se han otorgado a este último potestades específicas orientadas a cautelar la corrección y regularidad de la relación jurídica procesal: al calificar la demanda, revisando la legitimidad para obrar del demandante (art. 427, inciso 1°); en el saneamiento del proceso (art. 465, inciso 1°); e incluso al sentenciar (art. 121).

- 3.6.** Es en este contexto en que tiene relieve la figura de la denuncia Civil recogida en el artículo 102 del Código Procesal Civil que prescribe: "*El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido **debe** denunciarlo indicando su nombre y domicilio a fin de que se le notifique del inicio del proceso*".

¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. Partes, Acumulación, Litisconsorcio, Intervención de Terceros y Sucesión Procesal en el Código Procesal Civil. En: Derecho Procesal Civil. Estudios. Ius Et Veritas. Jurista Editores. Lima Perú. Año 2009. Pág. 330 a 332.

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

- 3.7.** Asumiendo un criterio amplio de interpretación advertimos que, en esencia, la finalidad de esta norma se orienta a permitir que *en el proceso* el demandado esté en posibilidad de comunicar al Juez sobre la existencia de otras personas vinculadas al interés o derecho discutido, a fin de que se les dé noticia [notifique] sobre su existencia para que, si lo consideran pertinente, intervengan en él, en la medida que los efectos de la sentencia que se expida hacia el final podría afectarlos, al margen de que finalmente el denunciado decida participar o no en los autos². Ello se explica en tanto la razón de la parte que cita o denuncia se da en atención a que, en caso resultara vencida en el proceso, tenga la posibilidad de promover frente al citado o denunciado una pretensión de regreso o indemnización. Entonces, se trata de una atribución otorgada a la parte demandada respecto de la cual es, en definitiva, el Juez quien decide sobre su procedencia o no. Así se obtiene con toda claridad de una lectura del artículo 103 del Código Procesal Civil que prescribe: "*Si el Juez considera **procedente** la denuncia, emplazará al denunciado con las formalidades establecidas para la notificación con la demanda (...) Una vez emplazado, el denunciado será considerado como **litisconsorte** del denunciante y tendrá las mismas facultades que éste. La sentencia resolverá, cuando fuera pertinente, sobre **la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado** (...)*".
- 3.8.** Al respecto, la doctrina nacional ha sostenido que "*(...) la denuncia persigue informar a un tercero de la existencia de un proceso para que ayude al denunciante en el triunfo sin que eventualmente se proponga en el mismo proceso la condena al denunciado. En esencia, lo que se busca con esta figura es la prestación de la defensa. La razón de la parte que cita o denuncia se da en atención a que, en caso de resultar vencida en el proceso, podrá promover frente al citado o denunciado una pretensión de regreso o de indemnización (...) La eventual sentencia condenatoria que se dicte contra el denunciante, en el proceso que se llame al tercero, constituirá para aquel un antecedente favorable y título para fundar su pretensión de regreso*

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

*contra tercero; pero la sentencia condenatoria de que se trata, no puede ser ejecutada contra este último (...)*³

- 3.9.** En el caso planteado, no es verdad, como se pretende en la resolución materia del grado, que por tratarse de responsabilidad solidaria se haya otorgado al demandante, en exclusividad, la posibilidad de determinar quiénes son los sujetos pasivos de la relación procesal, pues, como ya se ha indicado, a partir del artículo 102 del Código Procesal Civil, también se concede la posibilidad de llamar al proceso a los sujetos procesales denunciados por el demandado y, en todo caso, es el Juez quien determina en definitiva la procedencia de tal intervención.
- 3.10.** Asimismo, tampoco debe perderse de vista que tratándose el caso de la demanda de uno sobre responsabilidad solidaria con pluralidad de responsables, de conformidad con lo previsto por el artículo 1983 del Código Civil, la demandada ESSALUD, en caso de ser vencida en el proceso, se coloca en la posibilidad de repetir lo que pagare contra los demás responsables; entonces, se hace patente su interés de que estos (los denunciados) tengan conocimiento del proceso y, eventualmente, participen en él, en la medida que los **hechos que se controviertan y las responsabilidades que se determinen puedan vincularlos en el futuro**; sobre todo porque, como se advierte del caso, **tratándose de un supuesto de responsabilidad civil por negligencia médica, como versa la demanda, es inevitable analizar la negligencia de los médicos y el personal auxiliar involucrado en el evento**; de tal suerte que debe atenderse al interés de la entidad demandada en integrar al proceso a las personas que expresamente menciona en su denuncia civil.
- 3.11.** En consecuencia, el Colegiado no comparte las razones del Juez en la resolución número seis (apelada) porque: (i) es una interpretación restrictiva, pues, considera que la responsabilidad solidaria es suficiente para rechazar la denuncia civil, en tanto y en cuanto en virtud de ella, y de conformidad con lo previsto por el artículo 1186 del Código Civil, los demandantes ya optaron por dirigir su pretensión indemnizatoria contra uno

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

de los supuestos responsables y, por ende, deudores: ESSALUD; (ii) la interpretación del Juez se sitúa en la perspectiva de la atribución o libertad del demandante de disponer de la relación jurídico sustantiva, como se ha indicado, pero, no advierte que en torno a la relación procesal, por ser de interés público, es el demandado quien tiene la facultad de solicitar la incorporación de terceros al proceso y es, finalmente, el Juez en uso de sus potestades quien finalmente determina quiénes deben ser los sujetos vinculados en la relación procesal; entonces, la institución de la denuncia civil debe ser interpretada también desde la perspectiva del demandado, pues, la norma del artículo 102 del Código Procesal Civil, consagra como operador deóntico un deber del demandado; (iii) si bien es correcto, conforme a lo previsto por el artículo 1186 del Código Civil, que sean los demandantes quienes, en ejercicio legítimo de su derecho de acción, puedan demandar sólo a ESSALUD, y no simultáneamente a todos los responsables de los daños que se invocan, esta comunión de intereses solidarios es precisamente la *situación jurídica* que habilita a los supuestos deudores comunes no demandados a participar en el proceso; (iv) por lo tanto, en el caso concreto, se cumple el presupuesto normativo previsto en el artículo 102 del Código Procesal Civil para comunicar a los denunciados la existencia del proceso, siendo ellos quienes finalmente decidirán si participan o no en él.

- 3.12.** En consecuencia, no habiéndose analizado los hechos principales de la pretensión demandada en correspondencia con las normas que regulan la figura de la denuncia civil, debe revocarse la resolución número seis, que la ha desestimado; y, en consecuencia, a fin de garantizar el debido proceso y cautelar el derecho de defensa de quienes se encuentran legitimados para intervenir en autos, de conformidad con lo prescrito por el artículo 139, incisos 3 y 14 de la Constitución; debe declararse fundada la solicitud.
- 3.13.** El señor Juez Superior doctor Juan Virgilio Chunga Bernal, al amparo de lo previsto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deja constancia que con el criterio asumido en esta resolución, ratifica el que ya había asumido con motivo del criterio expuesto

Corte Superior de Justicia de La Libertad Primera Sala Civil

con motivo del cuaderno de apelación N° 0029-2015-99, apartándose de cualquier otro que haya adoptado con anterioridad en sentido distinto.

IV. DECISIÓN.

En consecuencia, los Jueces Superiores de la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, **RESOLVEMOS:**

REVOCAR: El auto apelado contenido en la resolución número seis, de fecha 28 de abril del año 2017, expedida por el señor Juez del Quinto Juzgado Civil de Trujillo, que declara infundada la denuncia civil formulada por la demandada (ESSALUD).

REFORMANDO dicha decisión, declaramos **FUNDADA** la denuncia civil; en consecuencia, **emplácese** a los denunciados civiles Mirtha Méndez (doctora); Nancy Soledad García Rodríguez (obstetriz); Dr. Romero; Dr. Cornejo; Dra. Leturia Montes y Dr. Cecilio Isaac Ríos Canales, con las formalidades establecidas para la notificación de la demanda, conforme a lo dispuesto por el artículo 103 del Código Procesal Civil; debiendo el señor Juez adoptar las medidas convenientes para su correcto emplazamiento. Procédase por Secretaría de conformidad con lo previsto por el artículo 383 del Código Procesal Civil. Ponente Juez Superior Titular Carlos Cruz Lezcano.

S.S.

CRUZ LEZCANO

CHUNGA BERNAL

ANTICONA LUJAN.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

Sumilla: Responsabilidad civil extracontractual por mala praxis médica En los procesos de responsabilidad civil extracontractual por mala praxis médica no resulta de aplicación el artículo 1325 del Código Civil, pues esta norma regula los casos de responsabilidad contractual en las obligaciones ejecutadas por tercero. Art. 1325º del Código Civil.
--

Lima, dos de agosto de dos mil trece.

La **SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**: vista la causa número cuatro mil ochocientos sesenta y cinco - dos mil once, en audiencia pública llevada a cabo el nueve de mayo de dos mil trece, con el cuaderno de excepciones solicitado, y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

ASUNTO

En este proceso de indemnización por daños y perjuicios es objeto de examen los recursos de casación interpuestos por Roger Jesús Fernández Matsubara y el Seguro Social de Salud – Essalud mediante escritos de fojas mil quinientos treinta y cinco y mil quinientos sesenta y nueve, respectivamente, contra la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil once, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia apelada de fojas mil doscientos sesenta y uno, su fecha seis de mayo de dos mil once, declara fundada en parte la demanda contra el Seguro Social de Salud – Essalud y el litisconsorte pasivo Roger Jesús Fernández Matsubara; e, infundada la demanda contra Reynaldo Guido Centurión Vargas; en consecuencia, ordena que Essalud y Roger Jesús Fernández Matsubara paguen en forma solidaria a los accionantes por concepto de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

indemnización la suma de ciento veinte mil y 00/100 Nuevos Soles, más intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El nueve de diciembre de dos mil dos, mediante escrito de fojas cincuenta, Mercedes Rivera viuda de Rodríguez, José Antonio Rodríguez Rivera y Silvia Mercedes Rodríguez Rivera interpusieron demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el Seguro Social de Salud – Essalud, a fin que se les pague la suma de un millón y 00/100 Nuevos Soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios derivado de negligencia médica; y, de modo accesorio, el pago de los intereses legales del monto señalado como indemnización, desde que se produjo el daño hasta la fecha efectiva de su pago.

Alegaron que su causante Antonio Rodríguez Flores fue asegurado facultativo del Seguro Social de Salud desde mil novecientos setenta y cuatro y efectuó sus aportes como chofer profesional independiente para los efectos de las prestaciones de Salud y del Sistema Nacional de Pensiones por espacio de más de veintisiete años. En tal condición, desde aproximadamente diez años, se atendió en el Hospital Nivel II Huánuco de la Gerencia Departamental Essalud con sede en Huánuco, por padecer de Hipertensión Arterial y Diabetes Mellitus; por ello, periódicamente acudía a dicho centro para ser evaluado médicamente.

Que el dos de febrero de dos mil dos empezó a sentir fuertes dolores en el pecho con sudoraciones frías, razón por la cual se dirigió al nombrado Hospital Nivel II, al cual ingresó por el Servicio de Emergencia el indicado día a las ocho de la noche con cinco minutos, siendo atendido por el médico Guido Centurión Vargas, quien le diagnosticó dolor pre cordial y, luego de limitarse a mantenerlo por cuatro horas en las instalaciones de tal servicio, le dio de alta a las cero horas con cinco minutos del día tres de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

febrero de dos mil dos; durante su permanencia, simplemente se le suministró Isosorbide SC, Ácido Acetil Salicílico, Metamizol y Diclofenaco. Al hallarse en su domicilio, su causante siguió sintiendo los dolores intensos del día anterior; por tal razón, a las catorce horas con dos minutos del día tres de febrero de dos mil dos, volvió a ingresar al citado Servicio de Emergencia, ocasión en que le atendió el médico Roger Fernández Matsubara, quien en forma irresponsable se limitó a suministrarle Diclofenaco Sódico e inmediatamente le dio de alta, a las catorce horas con veinte minutos.

Precisaron que, no se tuvo en cuenta que, clínicamente, su causante era un paciente de alto riesgo por presentar Hipertensión Arterial y Diabetes Mellitus; razón por la que, al presentar dolor torácico, el médico que lo atendió en su primer ingreso al Servicio de Emergencia debió tomar las medidas de precaución del caso y disponer su internamiento para estudio y brindarle tratamiento como angina inestable, en virtud del "Protocolo del Manejo Inicial del Dolor Torácico Agudo No Traumático", o cuando menos debió disponer su permanencia en observación durante ocho horas, proceder común que se sigue en los casos de todo paciente con dolor torácico y sin evidencia de isquemia miocárdica.

Imputaron negligencia a Essalud, ya que simplemente se ordenó el suministro de la medicación que aparece en la historia clínica sucinta, entre éstos Diazepam, con la finalidad evidente de sedarlo, luego de lo cual se le sometió a un electrocardiograma, cuyo resultado fue aparentemente normal, cuando lo cierto es que la sintomatología inicial, simplemente disminuyó como consecuencia del sedante suministrado; además, se le dio de alta sin siquiera haber realizado la respectiva inter consulta, por lo que su causante no fue examinado por el médico de retén del servicio, que es lo que adecuadamente correspondía y mandan los procedimientos clínicos en este tipo de situaciones.

Como consecuencia de tal actuación irresponsable y negligente de los médicos, Antonio Rodríguez Flores falleció en su domicilio, debido a un

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

paro cardio respiratorio como consecuencia de un infarto agudo de miocardio, a las dieciocho horas con veinte minutos del día tres de febrero de dos mil dos, esto es, cuatro horas después de haber sido dado de alta y sin haberse cumplido las veinticuatro horas desde que acudió por primera vez a dicho nosocomio.

Que la petición indemnizatoria se sustenta en que su causante era el jefe y sostén de la familia, quien no obstante ser un modesto chofer profesional, siempre se preocupó por el bienestar familiar; además, pese a aportar más de veintisiete años como asegurado, fue negligentemente atendido por la institución que debió velar por su salud.

Refirieron que Essalud reconoció la actuación negligente de sus médicos en la Carta N.º 259-GDHU-ESSALUD-2002; e, incluso, adoptó medidas sancionatorias contra los médicos que atendieron a su causante.

2. Contestación de demanda

El treinta de enero de dos mil tres, la **Gerencia Departamental de Huánuco de Essalud** contestó la demanda y solicitó que se declare infundada ésta, bajo los siguientes argumentos: Es falso que no hayan cumplido con sus obligaciones de asistencia médica al asegurado Antonio Rodríguez Flores. Que el dos de febrero de dos mil dos el referido paciente ingresó al Servicio de Emergencia a las veinte horas con cinco minutos con historia de dolor torácico de tres días de evolución, en que fue evaluado por el médico Guido Centurión Vargas quien solicitó EKG, CPK, CPKmh y glicemia por antecedente de DM. Refirió que en tal EKG no se evidenció signos de isquemia aguda, el CPK total en rangos normales, glicemia normal. Señaló que no se realizó CPKmh porque el reactivo se había agotado. El tres de febrero de dos mil dos, el paciente ingresó por emergencia a las catorce horas con dos minutos con historia clínica de dolor precordial de cuatro días de enfermedad, el cual se incrementaba; fue evaluado por el médico pediatra Roger Fernández Matsubara, quien diagnosticó dolor a nivel de la articulación esternal, con funciones vitales

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

estables; por ello, el profesional mencionado indica sólo diclofenaco sódico 1 amp. 1M, STST, y control por consultorio de medicina, dándole de alta a las catorce horas con veinte minutos de la tarde, y falleciendo el paciente ese mismo día a las dieciocho horas con veinte minutos en su domicilio.

La demandante presentó queja ante Essalud por actuación negligente de sus médicos; y, por ello, en su momento, ésta aplicó las respectivas sanciones.

Sostuvo que se determinó que no existió negligencia en la atención del servicio médico, y que si bien no se hicieron algunos exámenes, por cuanto en el país no existen unidades especializadas en los servicios de emergencia, incluso en Incor de Essalud, es bien cierto que al paciente se le brindaron las atenciones necesarias en el momento de su permanencia en el servicio; por tal razón, no existe factor de atribución ni nexo causal en la conducta desplegada por los médicos de la demandada.

3. Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos

El catorce de febrero de dos mil tres, la resolución corriente a fojas ciento trece declaró saneado el proceso. El quince de abril de dos mil tres, se realizó la Audiencia de Conciliación en que se fijaron como puntos controvertidos:

- (1) Determinar si el supuesto hecho alegado en la demanda se produjo, si causó daño a la parte demandante y si existe nexo de causalidad entre el hecho producido y el daño causado; de ser así, determinar el monto del mismo.
- (2) Establecer si la atención médica del paciente en el servicio de emergencia del Hospital Essalud – Huánuco se realizó con la diligencia debida o no.

4. Litisconsortes necesarios pasivos

Mediante sentencia de vista de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, su fecha tres de marzo de dos mil seis, se dispuso la incorporación al proceso de los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

médicos Reynaldo Guido Centurión Vargas y Roger Jesús Fernández Matsubara.

El demandado **Reynaldo Guido Centurión Vargas** mediante escrito de fojas cuatrocientos sesenta y cinco contestó la demanda, la que negó y contradijo en todos sus extremos, por estimar que su conducta frente a las circunstancias fue adecuada, ya que si bien inicialmente atendió a Antonio Rodríguez Flores, dado que se trataba de una afección aguda en un paciente diabético sin otros antecedentes previos de importancia, solicitó se le realizaran diversos exámenes auxiliares cuyos resultados fueron revisados por el médico Jefe de Emergencia, Herbert Baquerizo Vargas, quien señaló que no había signos de isquemia miocárdica, se mantuvo en observación al paciente hasta que éste aceptó sentirse recuperado para darle de alta, indicándole que ante cualquier eventualidad o reincidencia de los síntomas regrese por emergencia o, de lo contrario, acuda al consultorio externo de medicina.

Por resolución del once de enero de dos mil siete, de fojas seiscientos veinticuatro, se declaró, entre otros, improcedentes las cuestiones probatorias de tacha y oposición e, improcedente la excepción de prescripción extintiva propuesta por el citado demandado, ante la preclusión de los plazos para la formulación de las mismas al ya haberse realizado la audiencia de pruebas al momento de incorporársele al proceso.

De igual modo, se declaró rebelde al médico Roger Jesús Fernández Matsubara.

De otro lado, en el Cuaderno de Excepciones, se emitió la resolución número seis del once de enero de dos mil siete, que entre otros puntos declara improcedente la excepción de prescripción extintiva que propuso el demandado Roger Jesús Fernández Matsubara mediante escrito de doce de junio de dos mil seis.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

5. Sentencia de Primera Instancia

El Segundo Juzgado Mixto de Huánuco emitió sentencia a fojas mil doscientos sesenta y uno, su fecha seis de mayo de dos mil once, declarando fundada en parte la demanda de indemnización; en consecuencia, ordenó que el demandado Essalud y los litisconsortes pasivos Reynaldo Guido Centurión Vargas y Roger Jesús Fernández Matsubara paguen en forma solidaria a los accionantes por concepto de indemnización la suma de trescientos cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles; más intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño; infundada la demanda en el exceso demandado; sin costas ni costos.

En dicha sentencia, básicamente, se determina lo siguiente:

Las pruebas actuadas demostraron la conducta culposa en que, por negligencia, incurrieron los médicos Reynaldo Guido Centurión Vargas y Roger Jesús Fernández Matsubara, ya que ejercieron una práctica médica deficiente, con descuido y desatención, al realizar menos actos de lo que deberían desarrollar según la *lex artis* médica, según se aprecia de la carta de diecinueve de febrero de dos mil dos, a fojas once, en que obra la auditoría médica del paciente Antonio Rodríguez Flores y que concluye, entre otros temas, que el médico Reynaldo Guido Centurión Vargas no procedió a observar al paciente por espacio de ocho horas, así como tampoco procedió a solicitar la evaluación del paciente por el médico retén del servicio de medicina a fin de determinar con exactitud el cuadro que aquel presentaba; además porque, a pesar de determinar que se debería realizar el examen auxiliar de CPK total 83 U/L, y ante la falta de reactivo para ello en el hospital, no cumplió con orientar al propio paciente o a sus familiares para que se realice dicho examen en un laboratorio privado o estatal a efecto de tener un mejor panorama de la situación de salud del paciente asegurado.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

Se establece que la prestación profesional brindada por el médico Roger Jesús Fernández Matsubara solo se limitó a realizar una anamnesis¹ en que obtuvo información por parte del asegurado que sufría de diabetes mellitus, que el día anterior estuvo en emergencia del hospital, que fue evaluado y se le tomó un electrocardiograma y un control de glucosa, que según el paciente se encontraba dentro de lo normal, pero que pese a ello no lo tuvo en observación por un mínimo de ocho horas, no le realizó los mismos exámenes anteriores a fin de corroborar los resultados. Se determina que al no tener a la vista la historia clínica del paciente no pudo comprobar el resultado del día anterior en que el paciente estuvo en emergencia y del cual pudo apreciar que no se le realizó el examen de CPK total 83 U/L por no existir reactivo en Essalud; lo que conllevó a que brinde un tratamiento inadecuado, sin consultar previamente con el médico reten del servicio de medicina, incurriendo en una conducta negligente, conforme lo corroboran la Carta 0278-SGPSS-GDHU-ESSALUD-2002 de fojas diecisiete, la Carta 343-GDHU-ESSALUD-2002 de fojas treinta y uno, y el Informe 001-ESSALUD-2002 de fojas noventa y cuatro.

Se establece que era necesario realizar el examen auxiliar CPK por parte de los médicos y que estos, por no haber realizado dicha prueba en otros centros hospitalarios o laboratorios, al no existir reactivos en Essalud, incurrieron en negligencia médica.

Se determina que el evento dañoso se configuró por el fallecimiento del paciente asegurado producto de un paro cardio respiratorio a consecuencia de un infarto agudo de miocardio, tal como lo estableció el certificado de defunción de fojas treinta y tres, extendido por el médico Hugo Jaime Fernández, el mismo que surte eficacia probatoria respecto de la causa de la muerte, siendo insostenibles los argumentos vertidos respecto a que para determinar la causa de muerte del paciente era necesario realizar la

¹ Conjunto de los datos clínicos relevantes y otros del historial de un paciente. Véase: Diccionario de la lengua española, versión digital, www.rae.es

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

necropsia, ya que fue un médico quien determinó de manera incontrovertible la causa del deceso y en autos no se desvirtuó ello.

Se establece que el daño moral y el daño a la persona son los que se acreditaron, ya que la muerte del paciente infligió en sus familiares un evidente sufrimiento y una lesión psíquica.

Se determina que la relación de causalidad entre la conducta dañosa y el daño causado se produjo porque los médicos, al no brindar al paciente una atención adecuada manteniéndolo en observación y realizándole la [prueba con la] enzima CPK-MB, pese a ser un paciente de alto riesgo coronario al padecer de diabetes mellitus, incumplieron sus obligaciones de detectar lo que realmente padecía el paciente.

Se establece que Essalud incurrió en responsabilidad extracontractual de carácter objetivo; por lo que el factor de atribución es el riesgo creado por su actividad, conforme al artículo 1981º del Código Civil, respondiendo en forma indirecta y solidaria por los ilícitos de sus médicos dependientes.

6. Recursos de Apelación

El litisconsorte demandado **Reynaldo Guido Centurión Vargas**, mediante escrito de fojas mil doscientos cincuenta y seis, apeló la sentencia, al estimar que se incurrió en error al determinar su responsabilidad civil en el fallecimiento del paciente, pues éste era de bajo riesgo y por ello es que, en el ingreso inicial del paciente a emergencia, desarrolló el acto médico en forma adecuada y responsable, pues se condujo de acuerdo al protocolo médico de fojas ochenta y tres enmarcado dentro de las limitaciones de un Hospital Nivel II y no incurriendo en negligencia alguna, conforme lo señalaron en autos los informes presentados por todos los médicos cardiólogos.

El litisconsorte demandado **Roger Jesús Fernández Matsubara** impugnó la sentencia, mediante escrito de fojas mil trescientos veintisiete, señalando como agravios:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

- No tuyo en cuenta que el certificado de defunción a nombre del paciente, en que se determina que el fallecimiento se produjo por un paro cardio respiratorio siendo la causa de muerte infarto agudo de miocardio, se expidió sin practicarse la necropsia de ley, sin adjuntarse la historia clínica en que aparezca como médico tratante quien la emitió y sin tener en cuenta que el fallecimiento se debió a muerte súbita, pese a que en estos casos se requería la necropsia de ley por ser la única prueba para conocer la causa del fallecimiento.

- El solo dicho del facultativo que emitió el certificado de defunción no debe generar responsabilidad en contra del médico recurrente, toda vez que en la audiencia de explicación y debate pericial entre los médicos nombrados por el juzgado se concluyó que tal declaración del certificado médico constituye una presunción hasta que no se demuestre lo contrario.

Alegó que el acto médico realizado en la atención al paciente se sujetó a las normas de manejo de emergencia de dolor torácico.

- No se tuvo en cuenta que todo servicio de salud responde a una obligación de medios y no de resultados, por lo que si el acto médico se reveló correcto con arreglo al estado de los conocimientos y técnicas disponibles en la actualidad, tal y conforme lo corroboró el debate pericial, entonces era incorrecto calificar la atención como el de una mala praxis.

La demandada **Essalud** interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas mil trescientos treinta y nueve, bajo los siguientes argumentos:

- No se tuvo en cuenta que el certificado de defunción no se extendió conforme al artículo 31º de la Ley General de Salud y que la copia simple de aquel no fue idónea, pues era fundamental que se realice la necropsia de ley a fin de determinar con certeza la causa de muerte y que el daño fue causado por Essalud, más aún si se advierte que el fallecimiento ocurrió en su domicilio.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

- Se omitió considerar que el paciente se atendió en una unidad de emergencia y con todos los medios disponibles en ella en las oportunidades que asistió a la misma.
- Que si bien no se realizaron algunos exámenes necesarios para determinar la afección como lo indica el cardiólogo en su Informe 001-ESSALUD-2002, es porque en el medio no se cuenta con estas unidades especializadas, pues, incluso, el Instituto Nacional Cardiovascular, centro especializado en problemas cardíacos, tampoco cuenta con tales medios; por ende, no se le puede determinar una responsabilidad que no se causó por sus galenos.
- No se determinó la existencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido, ya que la enfermedad que causó la muerte del paciente data de más de diez años al fallecimiento y no se estableció que el deceso se debió al alta otorgada luego de la segunda atención en Essalud.
- No se consideró que el paciente adolecía de diabetes mellitus y si éste guardó los cuidados debidos.
- No se consideró que el hecho de haber sancionado a uno de los médicos por este hecho no demuestra que se haya causado daño al paciente, más aún si dicha sanción fue reconsiderada al valorarse el informe emitido por un cardiólogo en que concluye que no existió negligencia en la atención, ya que las pruebas necesarias para determinar la afección no las realiza el hospital.

7. Sentencia de Vista

El veintinueve de setiembre de dos mil once, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco emitió la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos ochenta y ocho, confirmando la sentencia apelada en cuanto declara fundada en parte la demanda de indemnización, más intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño; la revoca en el extremo que declara fundada la demanda contra el litisconsorte pasivo Reynaldo

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

Guido Centurión Vargas y ordena que éste, con la demandada Essalud, paguen en forma solidaria a los accionantes como indemnización la suma de trescientos cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles; la reforma en dicho extremo, declarando infundada la demanda contra el litisconsorte pasivo Reynaldo Guido Centurión Vargas; en consecuencia, ordena que Essalud y el litisconsorte pasivo Roger Jesús Fernández Matsubara paguen en forma solidaria a los accionantes por concepto de indemnización la suma de ciento veinte mil y 00/100 Nuevos Soles, más intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. En esencia, determina lo siguiente:

Con el certificado de defunción de fojas treinta y tres, expedido por el médico Hugo Jaime Fernández, el que no fue objeto de cuestión probatoria, se acredita que Antonio Rodríguez Flores falleció en su domicilio el tres de febrero de dos mil dos, a las 18:20 horas, a causa de un infarto agudo de miocardio, documento que mantiene su validez mientras no se declare nulo judicialmente.

Que no tiene sustento legal el argumento que plantean los apelantes respecto a que se dio sepultura al paciente sin habersele practicado la necropsia de ley, pues ésta solo procedía si se hubiere tratado de una muerte sospechosa de haber sido causada por un hecho punible, conforme al artículo 239º del Decreto Legislativo N.º 638, modificado por el Decreto Ley N.º 25825; además, que es a los demandados a quienes correspondía probar que el paciente no falleció de infarto agudo de miocardio, conforme al artículo 1969º del Código Civil.

Que Essalud incumplió el artículo 2º de la Ley N.º 26790 al no brindar las prestaciones de salud en forma adecuada y de calidad al paciente, toda vez que tanto el Informe de Auditoría Médica como el Informe emitido por el Subgerente de Prestaciones de Salud reconocieron que la atención no fue totalmente adecuada.

Concluye que la conducta del médico Reynaldo Guido Centurión Vargas fue adecuada según los dictámenes periciales actuados en autos y que se resumen en los ítems del literal F) del numeral 9.3.1 de la consideración 9

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

de la recurrida, ya que, básicamente, su actuación en el manejo inicial del paciente fue adecuado al enfocar el síndrome de dolor torácico como una posible causa coronaria, al orientar el problema isquémico solicitando los respectivos exámenes auxiliares y al considerar al paciente, con los recursos con que contaba el hospital, como uno de bajo riesgo clínico, luego de mantenerlo en reposo por un periodo de cuatro horas.

Los informes periciales actuados sobre la conducta del médico Roger Fernández Matsubara evidencian la responsabilidad en que incurrió éste por mala praxis médica, pues su actuación comprende una obvia negligencia respecto al paciente, al no considerar que éste volvía al servicio de emergencia por presentar recurrente dolor torácico y decidir manejarlo como una costocondritis², sin tener en cuenta el antecedente que el día anterior había ingresado por el mismo problema y que se trataba de un dolor precordial progresivo, limitándose a indicarle como tratamiento una ampolla de diclofenaco sódico, sin proceder a solicitar los exámenes auxiliares como son el electrocardiograma, las enzimas cardiacas y la observación respectiva como se realizó en el primer ingreso al servicio de emergencia el dos de febrero de dos mil dos, tal y conforme se expresa en el literal E) del numeral 9.3.2 de la consideración 9 de la recurrida.

Establece que la conducta negligente del citado médico contribuyó en forma sustancial a la producción del daño, al ser próximo el acto médico deficiente con el fallecimiento del paciente, si se tiene en cuenta que éste ingresó a emergencia por segunda vez el tres de febrero de dos mil dos a las catorce horas con dos minutos, quedando en dicho servicio solo veinte minutos por ser dado de alta a las catorce horas con veinte minutos del mismo día, y ocurrir el deceso ese día a las dieciocho horas con veinte minutos.

Concluye por ello, que el médico Roger Jesús Fernández Matsubara es responsable por los daños y perjuicios conforme lo establece el artículo 36º de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842, y que Essalud es responsable

² Inflamación del cartilago que une las costillas con el esternón.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

solidario por los daños ocasionados al paciente asegurado según lo establece el artículo 48º de la Ley N.º 26842, al haber tenido aquel médico una relación de dependencia laboral con Essalud; más aún, si la auditoría médica y el informe cardiológico de Essalud concluyeron que la prueba de CPK-MB no se realizó al agotarse su stock en laboratorio, siendo ésta una prueba de gran sensibilidad necesaria para descartar si el síndrome de dolor torácico era por un problema coronario agudo.

Precisa que debe fijarse con ponderación un monto pecuniario como resarcimiento al tener en cuenta las condiciones personales del agente dañado.

8. Recursos de casación

Mediante escrito de fojas mil quinientos treinta y cinco, el demandado **Roger Jesús Fernández Matsubara** interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, alegando las siguientes infracciones normativas:

- a) **Infracción normativa del debido proceso, pluralidad de instancias y derecho de defensa.** Afirma el recurrente que se infringieron los artículos 155º y 158º *in fine* del Código Procesal Civil, pues lo actuado resultaba nulo parcialmente hasta el estado de disponer que se le notifique con la resolución número seis, de once de enero de dos mil siete, recaída en el incidente del expediente número 2002-0344-25-1201-JM-CI-2 (cuaderno de excepción de prescripción); que tal infracción le impidió ejercitar su derecho a la pluralidad de instancias y ello afectó su derecho de defensa conforme fluye de la constancia de fecha catorce de octubre de dos mil once expedida por la Jefa de la Oficina del Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, donde se hace constar que dicho cuaderno de excepción de prescripción se encuentra en archivo.
- b) **Infracción normativa de los artículos VII del Título Preliminar, 50º inciso 6, 121º, 122º inciso 4, del Código Procesal Civil, así como el**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política del Estado.

Sustentado en que la pretensión demandada estuvo referida a un caso de negligencia médica derivada de una responsabilidad civil contractual, conforme se estableció en la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil cinco, la cual fue apelada por la demandante invocando como sustento de su posición los artículos 1325º y 1319º del Código Civil. No obstante ello, la Sala Superior mediante resolución de vista de tres de marzo de dos mil seis anuló la sentencia de primera instancia a efecto de que se considere como litisconsortes pasivos al recurrente y al médico Reynaldo Guido Centurión Vargas, quienes atendieron en el servicio de emergencia al paciente Antonio Rodríguez Flores, bajo el fundamento de que los hechos configuraban un caso de responsabilidad extracontractual, variando de esta manera la pretensión de la parte accionante que, como señala, era de carácter contractual.

Alega el impugnante que si se entendió que la responsabilidad discernida era extracontractual, entonces se debió amparar la excepción de prescripción que propuso, mas no desestimar dicha articulación sin una motivación valedera, pese a que los hechos ocurrieron el tres de febrero de dos mil dos y el emplazamiento con la demanda se realizó el tres de marzo de dos mil seis, es decir, fuera del plazo previsto en el inciso 4 del artículo 2001º del Código Civil.

c) Infracción normativa del artículo 1325º del Código Civil. Sustentada en que no se aplicó dicha norma que establece que: “el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos salvo pacto en contrario”; en el caso, no se celebró ningún pacto, por lo que Essalud debe responder única y exclusivamente por los daños reclamados.

A fojas mil quinientos sesenta y nueve, la demandada **Essalud** interpone recurso de casación, por la infracción normativa siguiente:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

Infracción normativa del artículo 31º de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842. Sostiene que el Tribunal Superior no consideró que el paciente Antonio Rodríguez Flores fue debidamente atendido en el servicio de emergencia del Hospital II Essalud – Huánuco.

Alega que el daño sufrido por el paciente no fue causado por la atención que se le brindó en dicho servicio de emergencia.

Precisa que no existe certeza en la causa de la muerte del referido paciente, ya que no se realizó la necropsia, pese a que ello fue solicitado por los médicos; más aún si el certificado de defunción fue emitido por un médico que no atendió al paciente antes de su deceso.

Agrega que el paciente falleció en su domicilio y no en el Hospital; por tanto, el acta de defunción no cumple con los requisitos que exige la Ley General de Salud.

Por sendas resoluciones del cuatro de julio de dos mil doce, esta Sala Suprema declara procedente los recursos de casación por las infracciones normativas denunciadas.

III. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

La cuestión jurídica en debate consiste en establecer si la decisión impugnada ha sido emitida en cumplimiento de las garantías constitucionales de la debida motivación de las resoluciones judiciales y del derecho de defensa y, de otro lado, determinar si el daño sufrido por el paciente fue causado por la atención que le brindó el médico dependiente en el centro hospitalario.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

1. Previo a efectuar el examen casatorio es preciso tener en cuenta que, cuando se denuncian infracciones normativas de orden procesal y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

material, en primer lugar, corresponde analizar las infracciones procesales debido a la naturaleza y los efectos de éstas, puesto que si merecieran amparo carecería de objeto pronunciarse respecto de las infracciones que tienen relación con el derecho material.

§1. La infracción normativa de los artículos 155º y 158º del Código Procesal Civil

2. En su recurso, el litisconsorte necesario pasivo Roger Jesús Fernández Matsubara sostiene que se infringen sus derechos reconocidos en los artículos 139º, incisos 3, 6 y 14, de la Constitución Política del Estado, alegando que lo actuado resultaba nulo parcialmente hasta el estado de disponerse que se le notifique con la resolución número seis, de fecha once de enero de dos mil siete, que declarando fundada la nulidad deducida por los demandantes, anuló el auto que admitía la excepción y, renovando el acto procesal, declaró improcedente la excepción de prescripción extintiva de la acción que propuso el médico recurrente, pues estima que ello le impidió ejercitar su derecho a la pluralidad de instancias, a la defensa y, básicamente, su derecho al debido proceso, en la medida que en ningún momento se le notificó esta resolución número seis.

3. Ahora bien, con el objeto de examinar si se producen las afectaciones, es pertinente precisar que, luego de emitirse la sentencia de primera instancia de diecisiete de octubre de dos mil cinco, que declaró fundada en parte la demanda, la Sala Superior anulando ésta determinó —mediante sentencia de vista de tres de marzo de dos mil seis, a fojas cuatrocientos cuarenta y uno— que en este proceso la controversia derivaba de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual y por ello estimó que la demanda debía extenderse no solo contra el autor indirecto, esto es, Essalud, sino también contra los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

autores directos del daño invocado, esto es, los médicos Reynaldo Guido Centurión Vargas y Roger Jesús Fernández Matsubara.

4. En ese contexto, es que una vez notificado con la demanda, el emplazado Roger Jesús Fernández Matsubara, mediante escrito de doce de junio de dos mil seis, a fojas cincuenta y ocho del cuaderno acompañado, propuso la excepción de prescripción extintiva al estimar que la demanda había prescrito al haber transcurrido más de dos años desde el tres de febrero de dos mil dos, en que se produjo el evento dañino, hasta el seis de junio de dos mil seis, en que se le notificó la demanda.

5. La referida excepción, inicialmente admitida, fue después declarada improcedente mediante resolución número seis del once de enero de dos mil siete, a fojas ciento trece del cuaderno de excepciones como consecuencia de resolver la articulación de nulidad deducida por la parte demandante.

6. Es preciso indicar que si bien esta última resolución no se le notificó mediante cédula al recurrente conforme lo disponen los artículos 155º, 157º y 158º del Código Procesal Civil, no obstante ello, este Supremo Tribunal considera que tal omisión no vulnera los derechos invocados, toda vez que fue el propio recurrente quien convalidó el vicio en la notificación al no plantear su pedido de nulidad en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo conforme se estatuye en el tercer párrafo del artículo 172º del Código Procesal Civil.

7. Y es que si se aprecia que al recurrente se le notificó la sentencia de nueve de julio de dos mil ocho, de fojas ochocientos ochenta y siete, y que contra ella interpuso el recurso de apelación de veinticinco de julio de dos mil ocho, sin denunciar el vicio procesal que ahora alega vulnera sus derechos a la pluralidad de la instancia y a la defensa como manifestaciones del derecho al debido proceso, es evidente que su actuación procesal puso de manifiesto su voluntad tácita de consentir dicho vicio, ya que, al tomar conocimiento de dicha sentencia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

estuvo en posibilidad incuestionable de saber que ésta ponía fin a la instancia en definitiva, según lo dispone el último párrafo del artículo 121º del Código adjetivo, y que su excepción debía ya estar resuelta. De modo que la omisión de denunciar en tal recurso el vicio procesal en que se incurrió ante la falta de notificación de la resolución número seis, por ser esa la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, implica la convalidación del vicio.

8. Por tanto, tal convalidación es la que permite concluir que en este caso no se vulneró el derecho de defensa y el derecho a la pluralidad de instancias como manifestaciones del derecho al debido proceso del recurrente, pues es la propia actuación de éste al interior del proceso lo que le ubicó en una situación desventajosa a la adecuada defensa de sus intereses. Más aún, si la declaración de nulidad de la sentencia de nueve de julio de dos mil ocho a raíz de la emisión de la sentencia de vista de veintiuno de noviembre de dos mil ocho, corriente a fojas mil cinco, no altera tal situación procesal en tanto que esta última se limita únicamente a sancionar el vicio insubsanable advertido en la apelada al omitir la práctica de un debate pericial para decidir la controversia.

9. De otro lado, respecto al cuestionamiento de la motivación de la resolución que desestimó la excepción de prescripción extintiva de la acción propuesta por el recurrente, cabe señalar que, conforme se detalló al momento de desestimar la infracción normativa de los derechos a la pluralidad de instancia y a la defensa que invocó el recurrente, en el fundamento 7 de esta sentencia, la improcedencia declarada mediante la resolución número seis, a fojas ciento trece del cuaderno de excepciones, fue consentida tácitamente por éste al no impugnarla en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo luego de conocer la sentencia de nueve de julio de dos mil ocho. Por ser ello así, es evidente la infracción normativa invocada por el impugnante en relación con el trámite de tal excepción no es posible atender en sede de casación al haberse convalidado el vicio.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

§2. La infracción normativa de los artículos VII del Título Preliminar, 50º, inciso 6, 121º, 122º, inciso 4, del Código Procesal Civil, así como del artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política del Estado.

10. En cuanto a la infracción normativa de los artículos VII del Título Preliminar, 50º, inciso 6, 121º y 122º, inciso 4, del Código Procesal Civil, así como del artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política del Estado, sostiene el recurrente Fernández Matsubara que si la demanda de indemnización por negligencia médica fue dirigida exclusivamente contra Essalud y fue planteada sobre la base de una responsabilidad contractual por culpa inexcusable según lo dispuesto en los artículos 1319º y 1325º del Código Civil, entonces no se tuvo por qué incorporarlo al proceso y modificar aquella demanda por una de indemnización por negligencia médica sustentada sobre la base de una responsabilidad extracontractual, toda vez que ello trastoca el principio *iura novit curia* que permite al juez la aplicación del derecho que corresponda al proceso cuando éste no es invocado por las partes o lo es erróneamente, mas no le faculta a pronunciarse sobre derechos que no son invocados en el petitorio ni a fundar su decisión en hechos que no son alegados por las partes.

11. Aún más, puntualiza que el juez no podía alterar la naturaleza y las articulaciones de la pretensión misma, dado que ello es carga de la parte y el juez, en virtud del principio de congruencia de sentencias, queda vinculado a resolver sobre la pretensión que la parte formula y no otras, no pudiendo ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que fueron alegados por las partes; más aún si no se indica los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión.

12. En este orden de ideas, con el objeto de examinar en su contexto las denuncias invocadas por el recurrente, conviene señalar que es cierto que los demandantes plantearon solo contra Essalud la demanda en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

que pretenden el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de la negligencia médica en que incurrieron los galenos del servicio de emergencia de un centro hospitalario a cargo de Essalud, al momento de ejecutar las prestaciones de salud al asegurado Antonio Rodríguez Flores, quien finalmente falleció en su domicilio a causa de un paro cardio respiratorio debido a infarto agudo de miocardio, luego de cuatro horas de haber sido dado de alta de tal servicio. Así también es cierto que tal demanda se planteó sobre la base de una alegada negligencia grave imputable a Essalud por inejecución de obligaciones conforme a los artículos 1319º y 1321º del Código Civil, tal como fluye del escrito de demanda corriente a fojas cincuenta.

13. No obstante ello, es también cierto que la sentencia de vista de tres de marzo de dos mil seis, a fojas cuatrocientos cuarenta y uno, anuló la sentencia apelada —que declaró fundada en parte la demanda al determinar que solo Essalud incurrió en responsabilidad civil—, por estimar que no podría aseverarse que el daño ocasionado se originó directamente en el incumplimiento de obligaciones contractuales, sino por una de responsabilidad extracontractual, en la que la responsabilidad debe extenderse no sólo al autor indirecto, sino también a los autores directos, esto es, a los médicos Reynaldo Guido Centurión y Roger Jesús Fernández Matsubara. Por tal razón es que la precitada sentencia de vista ordenó integrar la relación jurídica procesal con ambos médicos como litisconsortes necesarios pasivos, conforme lo disponen los artículos 93º, 95º y 98º del Código Procesal Civil.

14. Ahora bien, luego de dicha integración procesal, no se advierte que el litisconsorte necesario pasivo Roger Jesús Fernández Matsubara haya contestado la demanda; por ello es que mediante la resolución de once de enero de dos mil siete, corriente a fojas seiscientos veinticuatro, se declaró su rebeldía al proceso, la misma que fue confirmada mediante

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

resolución de vista de veinte de abril de dos mil siete, de fojas seiscientos setenta y tres.

15. Posteriormente, sobre la base de esa situación procesal del recurrente, se emite la sentencia de seis de mayo de dos mil once que, declarando fundada en parte la demanda, lo responsabiliza en los daños causados a los demandantes por negligencia médica en la atención inadecuada que brindó al paciente Antonio Rodríguez Flores como último médico tratante, según se detalla en la parte pertinente de los Antecedentes de esta sentencia.

16. Ante tal decisión, el recurrente interpone el recurso de apelación que corre a fojas mil trescientos veintisiete, en que en ningún extremo menciona como agravio las alegaciones que en esta sede de casación pretende hacer valer, respecto a la vulneración de los principios de *iura novit curia* y de congruencia procesal, así como a la afectación de la garantía de la debida motivación de la sentencia. Por el contrario, se aprecia que sus cuestionamientos a la decisión de determinarle una responsabilidad civil extracontractual en el fallecimiento del paciente obedecen más a argumentos que, de un lado, buscan demostrar que no incumplió su deber de diligencia en la atención médica que realizó al paciente y que, de otro lado, buscan la revocación de la sentencia porque no se actuó la necropsia de ley que vincule el fallecimiento del paciente con el acto médico que efectuó en la atención del servicio de emergencia. Por consiguiente, este Tribunal Supremo considera que debe desestimar las infracciones invocadas, toda vez que las mismas no fueron propuestas oportunamente para ser materia de examen por la Sala Superior.

17. Una vez examinadas y desestimadas las infracciones de naturaleza procesal, corresponde ahora analizar las de naturaleza material.

§3. La infracción normativa del artículo 1325º del Código Civil.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

18. En el recurso, el médico recurrente denuncia que se infringe el artículo 1325º del Código Civil porque no se aplicó éste al caso y porque no se tuvo en cuenta que entre el recurrente y Essalud no se firmó ningún pacto por el cual aquel esté obligado a resarcir los daños ocasionados al paciente; por tal razón, estima el impugnante que la responsabilidad civil contractual a efecto de resarcir los daños causados a los demandantes le corresponde única y exclusivamente a Essalud conforme lo estatuye dicho precepto legal.

19. Luego de examinar los Antecedentes de esta resolución, este Tribunal Supremo considera que debe desestimar por infundada la infracción normativa invocada. Ello no solo porque el aludido artículo 1325º era inaplicable al caso, en la medida que las instancias de mérito señalaron que este proceso debía resolverse según las reglas atinentes a la responsabilidad extracontractual, sino porque fue el propio recurrente quien, en su recurso de apelación de fojas mil trescientos veintisiete, no introdujo como un agravio de la sentencia apelada tal invocación que ahora pretende hacer valer en esta sede de casación.

§4. La infracción normativa del artículo 31º de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842

20. Por su parte, la demandada **Essalud** refiere que la infracción del artículo 31º de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842, se produce porque en la recurrida no se tuvo en cuenta quien es el responsable de extender debidamente el certificado de defunción por la muerte del paciente Antonio Rodríguez Flores. Además, alega que la recurrida dio validez al certificado de defunción de fojas treinta y tres, al no haber sido materia de cuestión probatoria, sin tener en cuenta que el Poder Judicial es el ente rector del respeto de la legalidad; por lo que no puede permitir que, con documentos que no se ciñen a mandatos legales y que no guardan el formalismo legal, se amparen demandas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

judiciales con las que, incluso, se afectan fondos como los de la Seguridad Social en Salud.

21. De otro lado, sostiene que no se tuvo en cuenta que era necesario realizar la necropsia de ley a fin de determinar la causa específica de la muerte del paciente, conforme lo establece el artículo 109º de la Ley General de Salud, ya que éste falleció en su domicilio y no en un nosocomio de salud. Asimismo, precisa que la necropsia de ley era importante para determinar con exactitud la causa de muerte del paciente y para poder definir si hubo responsabilidad en el supuesto daño causado.

22. Ahora bien, según determinó la sentencia de primera instancia de seis de mayo de dos mil once, en su consideración vigésima, el evento dañoso lo constituyó la muerte del paciente a consecuencia de paro cardio respiratorio debido a infarto agudo de miocardio, conforme lo estableció el certificado de defunción extendido por el médico Hugo Jaime Fernández. En tal sentencia se interpretó que dicho certificado surtía eficacia probatoria respecto a la causa de la muerte del paciente, al considerarse que fue un médico quien auscultó al fallecido y determinó de manera incontrovertible la causa del deceso, y al estimarse que no se desvirtuó que se trataba de un médico tratante.

23. A su turno, la Sala Superior en el ítem 9.2.1 del numeral 9.2 de la consideración 9 de la recurrida estableció que los argumentos alegados por los apelantes, respecto de la falta de práctica de la necropsia de ley, no tiene sustento alguno, por cuanto dicho examen procede se practique al fallecido cuando se trata de una muerte sospechosa de haber sido causada por un hecho punible. Además, se determinó que, por tratarse el caso de un supuesto de responsabilidad extracontractual conforme a lo dispuesto por el artículo 1969º del Código Civil, a los demandados es a quienes correspondía probar que el causante no falleció de infarto agudo de miocardio. Más aun, si en el presente caso

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

lo que se discute es si hubo una actuación diligente al practicarse el acto médico en la persona del paciente fallecido.

24. En función de lo antes referido, debe precisarse que el artículo 31º de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842, expresamente establece que: “Es responsabilidad del médico tratante, del médico legisla que practica la necropsia o del médico señalado por el establecimiento de salud en el que ocurre el fallecimiento de la persona, el extender debidamente el certificado de defunción correspondiente”.

25. Así, el texto de la norma estatuye quién es el médico responsable de extender debidamente el certificado de defunción correspondiente en tres situaciones: a) cuando existe un médico tratante, b) cuando es el médico legista quien practica la necropsia de acuerdo a los casos establecidos por ley; o, c) cuando existe un médico nombrado por el establecimiento de salud si el fallecimiento de la persona ocurre en éste.

26. El certificado de defunción tiene por finalidad registrar oficialmente la muerte, ser la fuente primaria de las estadísticas de mortalidad, determinar quien fue el médico que atendió al difunto o que constató la muerte si es de causa natural. Además, el certificado de defunción se diseña con el objeto de obtener información y facilitar la selección de la causa básica de la muerte, tal como se precisa en el capítulo II de la Directiva N.º 005-99-MP-FN-IML/GT aprobada mediante la Resolución Administrativa del titular del Pliego del Ministerio Público 051-99-SE-TP-CEMP, de tres de marzo de mil novecientos noventa y nueve, de aplicación al caso por temporalidad.

27. Ello porque es el médico que lo realiza quien asume la responsabilidad propia de la certificación de la muerte. De modo tal que si surgiera algún cuestionamiento a dicho acto por la expedición de tal certificado es aquel quien asume la responsabilidad.

28. En ese orden de ideas, es preciso indicar que en este caso concreto el fallecimiento del paciente asegurado se produjo cuatro horas después

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

de ser dado de alta del servicio de emergencia del hospital de Essalud en que se le atendió por última vez, debido a un cuadro clínico acorde a la causa de muerte que se determinó en el certificado de defunción.

29. Así también la resolución recurrida señaló que Essalud realizó un proceso de auditoría en que determinó la mala praxis en que incurrieron sus profesionales médicos dependientes. Al llevar a cabo Essalud la auditoría médica a que se refiere la carta de fecha diecinueve de febrero de dos mil dos, a fojas once, ésta no cuestionó ni puso en tela de juicio la causa de muerte del paciente conforme a la investigación que prevenía el artículo 42º de la Ley General de Salud. Incluso, tampoco puso en conocimiento de las autoridades competentes el fallecimiento de dicho paciente para la realización en el plazo más breve de una exhumación, seguida de necropsia. De modo que, si ante tal actuación del propio establecimiento de salud que tuvo la oportunidad de realizar todas las investigaciones para determinar la causa de muerte del paciente no se cuestionó oportunamente la eficacia probatoria del certificado de defunción corriente a fojas treinta y tres, no es razonable que en esta sede de casación se denuncie la infracción normativa del artículo 31º de la Ley N.º 26842, pues la recurrida adecuadamente interpretó que era en la recurrente en quien recaía la carga de probar que el causante no falleció de infarto agudo de miocardio.

30. Por tanto, los argumentos expuestos en los recursos deben desestimarse por infundados al no advertirse las infracciones denunciadas.

V. DECISIÓN

Por estas consideraciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 397º del Código Procesal Civil:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N.º 4865-2011
HUÁNUCO**

Indemnización por daños

1. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil quinientos treinta y cinco interpuesto por Roger Jesús Fernández Matsubara, e **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil quinientos sesenta y nueve interpuesto por Essalud; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista obrante a fojas mil cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha veintinueve de setiembre de dos mil once, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.
2. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose; en los seguidos por Mercedes Rivera viuda de Rodríguez y otros con el Seguro Social de Salud – Essalud y otros, sobre indemnización; y los devolvieron. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Almenara Bryson. —

SS.

ALMENARA BRYSON

HUAMANÍ LLAMAS

ESTRELLA CAMA

CALDERÓN CASTILLO

CALDERÓN PUERTAS

Chmb.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

19 3 OCT 2014

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 490-2015 LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Lima, dieciséis de junio de dos mil quince.

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la Asociación Peruano Japonesa contra la sentencia de vista que revoca la apelada que declaró improcedente la demanda respecto al recurrente y reformando la misma la declara fundada en parte y ordena que la precitada Asociación pague en forma solidaria con su codemandado Diógenes César Ávila Rodríguez la suma de cincuenta mil nuevos soles (S/.50,000.00), correspondiendo calificar los requisitos de admisibilidad y procedencia del medio impugnatorio conforme a lo previsto por la Ley número 29364 que modificó entre otros los artículos 386, 387 y 388 del Código Procesal Civil.

Segundo.- Que, verificados los requisitos de admisibilidad del recurso de casación se advierte lo siguiente: a) Se recurre contra una sentencia de vista que pone fin al proceso; b) Se interpone ante la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima como órgano que emitió sentencia y si bien no se adjuntan las copias certificadas de las cédulas de notificación de las resoluciones de primera y segunda instancia dicha omisión queda subsanada en la medida que los autos principales fueron elevados a esta Sala Suprema; c) Se presenta dentro del plazo de diez días establecido por ley conforme se corrobora de la cédula de notificación obrante a fojas quinientos; y, d) Adjunta la tasa judicial correspondiente por concepto de recurso de casación corriente a fojas quinientos cuatro.

Tercero. - Que, a la parte impugnante no le es exigible el cumplimiento de lo previsto por el artículo 388 inciso 1 del Código Procesal Civil por cuanto la sentencia de primera instancia le fue favorable.

Cuarto.- Que, como causal de su recurso invoca la interpretación errónea del artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley número 26842, al respecto la parte recurrente alega que al revocar la apelada se vulnera su derecho por cuanto se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 490-2015 LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

ampara la demanda sin analizar los supuestos pre VISTOS en dicha norma al aplicar el artículo 1981 del Código Civil pues la responsabilidad solidaria que se regula es del establecimiento de salud con el médico, técnico o auxiliar consiguientemente al existir una norma general y una especial se aplica la segunda sólo si la Asociación demandada resulta responsable por haber llegado a demostrar que los servicios médicos prestados por Diógenes César Ávila Rodríguez fueron negligentes, imprudentes o imperitos causando como consecuencia un daño indemnizable.

Quinto.- Que, al respecto corresponde indicar que el recurso extraordinario de casación es eminentemente formal y excepcional por ende tiene que estar estructurado con precisa y estricta sujeción a los requisitos que exige la norma procesal civil para su admisibilidad y procedencia correspondiendo al impugnante puntualizar en cuál de las causales se sustenta esto es en la infracción normativa o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial debiendo asimismo contener una fundamentación clara y pertinente respecto a cada una de las infracciones que se denuncian demostrando la incidencia directa que éstas tienen sobre la decisión impugnada siendo responsabilidad de los justiciables –recurrentes– saber adecuar los agravios que invocan a las causales que para dicha finalidad se encuentran taxativamente determinadas en la norma procesal toda vez que el Tribunal de Casación no está facultado para interpretar el recurso ni integrar o remediar las carencias del mismo o dar por supuesta y explícita la falta de causal no pudiendo subsanarse de oficio los defectos incurridos por los recurrentes en la formulación del recurso.

Sexto.- Que, respecto a la infracción descrita en el Cuarto considerando de la presente resolución se advierte que la misma no puede prosperar habida cuenta que incumple los requisitos de procedencia VISTOS en el artículo 388 incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil pues si bien se sostiene la interpretación errónea del artículo 48 de la Ley General de Salud– Ley número 26842 sin embargo la misma

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 490-2015 LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

carece de base cierta por cuanto la Sala Superior ha establecido que el daño ocasionado a la demandante se suscitó en la ejecución de la prestación de los servicios de salud brindados por el Policlínico de la Asociación demandada por intermedio del terapeuta y aún cuando se efectuó mediante una conducta ilícita de este último tal circunstancia no exime de responsabilidad al Policlínico pues la misma se funda en la garantía que el principal debe ofrecer a los Terceros respecto a los actos lesivos causados por sus dependientes más aún si en el presente caso se trata de la prestación de un servicio altamente sensible como lo es el de salud al cual recurren los pacientes los mismos que confían en la seguridad del mismo; decisión con la que esta Sala Suprema comparte al encontrarla arreglada a ley y además por advertir que lo que en realidad pretende la parte recurrente es que a través de una revaloración de pruebas se ampare su derecho lo cual no es viable en sede casatoria por contravenir los fines del mismo por lo que el presente medio impugnatorio debe desestimarse. Siendo esto así y en aplicación de lo preceptuado por el artículo 392 del Código Procesal Civil: declararon: IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por la Asociación Peruano Japonesa contra la sentencia de vista obrante a fojas cuatrocientos noventa y tres emitida el veinte de octubre de dos mil catorce; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por EEMZH con la Asociación Peruano Japonesa y otro sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y los devolvieron. Ponente Señora Valcárcel Saldaña, Jueza Suprema. S.S. MENDOZA RAMÍREZ, HUAMANÍ LLAMAS VALCÁRCEL SALDAÑA, CABELLO ATAMALA C-1303913-61

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

En los procesos de indemnización por responsabilidad civil y a fin que el rubro de daño emergente y lucro cesante sean amparados, se debe de acreditar con medios probatorios idóneos los gastos en los que haya incurrido y las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que, por ello, tienen la condición de perjudicados. Para determinar si es procedente el pago de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, no se puede confundir la persona natural fallecida y la persona jurídica que se creó por el causante.

Lima, cuatro de abril de dos mil diecinueve. -

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número mil trescientos veinticinco del año 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

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación¹ interpuesto por la parte demandante **ALS**, contra la sentencia de vista de fecha catorce de febrero de dos mil diecisiete², en el extremo que revoca la sentencia de primera instancia de fecha ocho de marzo de dos mil dieciséis³, que declara fundada en parte la demanda por responsabilidad contractual (daño emergente y lucro cesante) y reformándola declara infundada la demanda en ese extremo, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES

1.- DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fecha diecinueve de abril de dos mil once, la parte actora interpone demanda de Indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad

¹ Páginas 995.

² Páginas 890.

³ Páginas 777.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

médica en la esfera de la responsabilidad contractual por la suma de S/. 1,000.000.00 por los siguientes conceptos: por daño moral S/.300,000.00, por daño emergente S/. 200,000.00 y por lucro cesante S/.500,000.00.

Fundamenta su pretensión la parte accionante, en que el día veinticuatro de octubre de dos mil siete, siendo aproximadamente las once horas de la mañana, su extinto hermano DSLS, fue trasladado a las instalaciones de la Clínica San Pablo de Huaraz, por encontrarse grave de salud, en razón que, durante dos días consecutivos, había hecho más de veinte deposiciones líquidas, en regulares cantidades; presentando además de ello, náuseas, vómitos, dolor abdominal tipo cólico, fiebre, escalofríos, con presión de 80/60 y 38° de temperatura.

Indican que al ser ingresado a la clínica antes mencionada, fue atendido por el médico internista y demandado CÉSAR JACINTO LEÓN CHAHUA, el mismo que, lejos de ordenar que se le practicaran los análisis que el caso ameritaba, sólo optó por realizar un tratamiento de hidratación con dos (02) litros de suero y antibióticos, cuando lo que se requería era un tratamiento especializado que impidiera que se degrade más la salud de su hermano por el paso del tiempo.

Precisan que aproximadamente a las 17:00 horas, luego de los constantes reclamos de sus familiares, su difunto hermano fue trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos de la demandada Clínica San Pablo, para recién ser intervenido quirúrgicamente a las 11:30 de la noche con la finalidad de retirarle la orina que se le venía acumulando debido a las dificultades que presentaba para miccionar, agravándose su salud al día siguiente, por presentar dificultad respiratoria progresiva a las 5:30 de la mañana, siendo atendido solo por una enfermera, quien intentaba comunicarse telefónicamente con algún médico para poder atender a su hermano, presentando a las 8:00 de la mañana un paro respiratorio, para finalmente fallecer a las 8:35 de la mañana del día veinticinco

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

de octubre de dos mil siete, como consecuencia de un shock séptico, pielonefritis crónica + enteritis aguda e inmunodeficiencia por agente infeccioso, conforme consta de la Historia Clínica; todo ello derivado de la grave negligencia médica y mala praxis médica.

Asimismo sobre esta praxis médica, se han practicado hasta dos (02) peritajes médicos que acreditan que la muerte de su hermano se debió a la exclusiva responsabilidad del demandado César Jacinto León Chahua y del establecimiento de salud - Clínica San Pablo de Huaraz, a saber: peritaje Médico practicado por el Dr. Cluber Baldemar Díaz Díaz, quien refiere: *"La hora de ingreso del paciente se registró a las 11:30 de la mañana, y de la revisión de la historia clínica se advierte que se trataba de un paciente delicado y necesitaba atención urgente especializada; precisando que en la historia clínico no existe materialmente ningún análisis de sangre u orina; y que el doctor César Jacinto León Chahua (médico internista) es el único que aparece redactando toda la evaluación del paciente DSLS, a cuidados intensivos recién se le pasa a partir de las cinco de la tarde del día veinticuatro de octubre de dos mil siete y la interconsulta se realiza a partir de las 8 y 9 de la noche, respectivamente del día antes indicado. Siendo sus conclusiones: 1) cuando ingresa el paciente DSLS a la Clínica San Pablo, ingresa con una deshidratación aguda. Tenía fiebre. Para el manejo adecuado de esta deshidratación aguda se le debió de hacer exámenes ó análisis clínicos de ingreso. Esta última no se realizó, prueba de ello es que no existe en su Historia Clínica, 2) el paciente para ser trasladado no necesitaba de ninguna autorización previa, por su estado delicado de salud; pues, estaba en juego minutos valiosos de su vida, 3) de la historia clínica se observa que, en casi la totalidad de la evolución del paciente fue atendido por un solo médico (Dr. César Jacinto León Chahua), 4) las interconsultas se debió realizar por médicos especialistas y de manera oportuna; esto no sucedió en la atención al paciente. 5) Existe negligencia médica en cuanto a la atención del paciente DSLS".*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Además, en el Protocolo Médico suscrito por los médicos legistas Dr. Vladimir F. Ordaya Montoya y Dr. Jethro Flores Ugarte, quienes han señalado: "*Sin bien es cierto que las causas de muerte fueron shock séptico, piolonefritis crónica + enteritis aguda, inmunodeficiencia por agente infeccioso, en la correlación fisiopatología de la evolución clínica y desenlace fatal tuvo gran relevancia la insuficiencia renal crónica que presentaba en vida el occiso, el cual con el diagnóstico y manejo oportuno y especializado, pudo cambiar el final. Conclusiones, existe indicios de responsabilidad médica tipo negligencia e impericia del médico César Jacinto León Chahua*".

Asimismo, de la sentencia pronunciada en el proceso penal, el Primer Juzgado Penal Transitorio de Huaraz, expediente 2008-0873-0-0201-JR_PE_02, falla condenando al demandado César Jacinto León Chahua por el delito de homicidio culposo, a tres años de pena privativa de la libertad, señalando en el séptimo considerando de la referida sentencia que de lo mencionado en el peritaje médico, se hace evidente que el procesado atendió médicamente al agraviado en clara inobservancia del deber de cuidado que las circunstancias requerían, no habiendo adoptado las medidas de seguridad necesarias si se tiene en consideración que se trataba de una persona cuyo diagnóstico de ingreso era de cuidado". Sentencia que fue confirmada por la Primera Sala Penal Superior de la Corte de Justicia de Ancash, la misma que en el considerando cuarto indica que "del estudio, análisis y evaluación integral de todo lo actuado durante la investigación preliminar y jurisdiccional, se ha llegado a acreditar la comisión del delito instruido, así como la responsabilidad penal del sentenciado César Jacinto León Chahua, quien actuó con negligencia e impericia al no haber atendido de manera oportuna al occiso DSLS."

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR LA CLÍNICA SAN PABLO S.A.C.
4

Señala que con fecha veinticuatro de octubre de dos mil siete, el Sr. DSLS, fue hospitalizado en Clínica San Pablo sede Huaraz, presentando al ingreso Shok Séptico, Enfermedad diarreica aguda (EDA) infecciosa, deshidratación Severa siendo su evolución desfavorable, al momento de su ingreso presentaba como antecedentes el haber sido tratado en forma ambulatoria con sintomáticos y antibiótico en forma de automedicación.

Alega que el paciente ingresa de consulta externa hipotenso, con taquicardia y subfebril, se inició corrección de deshidratación a las 12.00 horas en forma vigorosa con solución Polielectrolítica a la dosis de 100 cc/kg peso en 24 horas lo mismo que con ciprofloxacino 200 mgr endovenoso cada 12 horas que se inicia a las 12.1° horas tolerando adecuadamente.

Precisa que se controló la presión arterial a las 12.30 horas, comunicándosele al médico tratante quién indico continuar con la hidratación, también recibe alimentos que los tolera adecuadamente, descansa pero con malestar, siendo que a las 14.30 horas el paciente continua hipotenso y con cierto grado de dificultad respiratoria, a las 15.30 horas se le comunica al médico tratante quién luego de examinarlo toma la decisión de transferir al paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos para un mejor control, decisión que recién se pudo realizar a las 17.00 horas debido a que el paciente, así como sus familiares, demoraron en responder a la solicitud y dar su consentimiento.

De este modo, el paciente ingreso a UCI hipotenso, polipneico y en anuria, se procede a la colocación de catéter venoso central y sonda Foley, y se obtiene escasa orina hematúrica, se procede a realizar exámenes de laboratorio, se

⁴ Páginas 232.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

suspende la solución polielectrolítica y se inicia tratamiento con dopamina e hidratación con el cloruro de sodio al 19/1000, a las 18 horas se solicita examen de gases arteriales, a las 19.00 horas se observa orina hematórica y se comunica al Dr. León Chahua, quién a las 19.30 horas solicita interconsulta de urología, a las 20.00 horas se toma la decisión de realizarle al paciente una talla vesical porque presentaba problemas de diuresis de 25cc entre las 17 y 20 horas, a pesar de presentar globo vesical, a las 21.00 es evaluado por UCI quien titula la dosis de dopamina y se inicia infusión de bomba e hidratación con cloruro de sodio, a las 22 horas se consigue corrección de presión Arterial, se mantiene con taquicardia y baja la frecuencia respiratoria, se procede a las medidas preoperatorias e ingresa a sala para la realización de Talla vesical con sonda Foley en circuito cerrado, a las 00.35 horas el paciente salió de sala estable, a las 01.00 vuelve a presentar hipotensión, se coloca expansor de volumen y se realiza reto con dopamina, a las 02.00 horas se controla presión arterial, se administra ranitidina y se agrega ceftriaxona 2gr cada 24 horas, presenta tos exigente, estertores húmedos con una saturación de oxígeno de 88%, se procede a nebulizar con suero fisiológico y feneterol 2 gotas, se observa orina hematórica espesa, a las 05.00 horas es evaluado por urólogo, quién permeabiliza la sonda, no se obtiene orina y se indica furosemida 20 gr en bolo endovenoso. El paciente permaneció estacionario en mal estado e hizo paro cardiaco a las 08.00 horas, iniciándose maniobras de resucitación y luego de 35 minutos se constata fallecimiento.

Mediante resolución número doce de fecha trece de marzo de dos mil doce⁵, se declara extemporánea la contestación de la demanda presentada por el demandado Cesar Jacinto León Chahua, y por consiguiente se le declara Rebelde.

⁵ Páginas 391.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶:

Se declara **FUNDADA** en parte la demanda, en consecuencia se dispone que los demandados indemnicen solidariamente con la suma total de S/.650,000.000 por los conceptos de daño moral S/. 300,000.00, por daño emergente S/.150,000.00 y por lucro cesante S/.200,000.00 con costas y costos.

Sustenta el A quo su decisión, en el octavo considerando de la apelada, precisando que *“...de lo expuesto por las sentencias antes descritas en el considerando anterior, no existe duda alguna que, el demandado César Jacinto León Chahua, obró con culpa inexcusable (grave negligencia) en el tratamiento del paciente DSLS que tenía shock/EDA infecciosa/deshidratación severa, pues, desde que ingresó a la Clínica San Pablo el día veinticuatro de octubre del dos mil siete a horas once y treinta de la mañana no se realizó los exámenes especializados de manera inmediata, tales como un examen de depuración de creatina para evaluar la función del riñón y así como un examen ecográfico renal con lo que se hubiera llegado a diagnosticar la insuficiencia renal crónica reagudizada que presentaba Daniel Samuel, la misma que complicó el cuadro de éste al no ser detectada a tiempo. Es decir, realizó un cumplimiento defectuoso. Por el estado delicado de éste, era necesaria la opinión de médicos especialistas en urología, nefrología y medicina intensiva. La demora para la atención especializada influyó en el decaimiento y desenlace fatal del paciente debido a que, el tratamiento inadecuado y oportuno, reagudizó la insuficiencia renal crónica, así como el mal manejo de líquidos endovenosos produjo una insuficiencia respiratoria severa así como que el sistema inmunológico disminuyera paulatinamente haciendo que la infección renal denominada pielonefritis crónica reagudizada se reactivara y produjera una infección generalizada denominada shock séptico debido a la emisión de émbolos sépticos. Su cumplimiento defectuoso, se hizo más evidente. A esto se debe*

⁶ Página 773.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

agregar que, el demandado César Jacinto León Chahua, fue el único médico tratante desde el ingreso del paciente a la Clínica

San Pablo hasta el fallecimiento de éste, un ejemplo de ello es que, a pesar de que lo derivó a Cuidados Intensivos, éste le seguía atendiendo sin ser médico intensivista. Esto también denota responsabilidad objetiva de la Clínica San Pablo al no implementarse de médicos especialistas, para el tratamiento oportuno de dicho paciente; pues de la historia clínica no se desprende la existencia de especialistas en nefrología y medicina intensiva que hubieran contribuido a la mejoría de Daniel Samuel. A esto, se debe tener presente, que, según las conclusiones del peritaje médico evacuado por los médicos legistas Vladimir F. Ordaya Montoya y Jethro Flores Ugarte, el demandado César Jacinto, tiene indicios de responsabilidad médica, pues obró con negligencia e impericia, lo que para el presente significa culpa inexcusable o culpa grave. Esta grave negligencia, se ha determinado o precisado en las sentencias antes referidas, lo que significa que la demandada Clínica San Pablo, no contaba con médico con experiencia para el tratamiento de Daniel Samuel.”

Y en el considerando noveno de la sentencia apelada indica “...el demandado César Jacinto León Chahua obró con culpa inexcusable y el cumplimiento de su obligación frente al paciente Daniel Samuel fue defectuosa, ya que la demandada Clínica San Pablo S.A.C., en calidad de estructura sanitaria, debe responder por los daños causados al paciente a título de responsabilidad objetiva, pero indefectiblemente, el régimen de responsabilidad a ser aplicado es el de la responsabilidad contractual. Sobre esta última, el art. 48 de la Ley General de la Salud - Ley N° 26842-, establece una responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que causó el demandado César Jacinto al paciente DSLS”.

4.- SENTENCIA DE VISTA⁷.

⁷ Pág. 890.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

El Ad quem confirma la sentencia apelada en el extremo del pago por concepto de daño moral, y revocaron la sentencia en los extremos que dispone el pago de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, reformándola en estos extremos, declararon infundada la demanda interpuesta.

Fundamentando su decisión en el considerando décimo sexto de la impugnada, con respeto a daño moral y a la persona. Y en el décimo séptimo considerando de la misma precisa con respeto al daño emergente y lucro cesante que, *“en cuanto compete al daño patrimonial existen dos categorías: a) el daño emergente constituye en el fondo la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y b) el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir, en cuanto a estos dos extremos el daño emergente y lucro cesante se advierte que los negocios que conducía el occiso no han sufrido pérdida ni desmedro por el contrario está demostrado en autos que los ingresos se han incrementado después de la muerte del causante, siendo así estos extremos recurridos, corresponde que sean revocados al no estar debidamente acreditadas las pretensiones, de acuerdo con los términos de la pericia contable que no ha sido observada por ninguna de las partes.”*

5.- RECURSO DE CASACIÓN:

La parte emplazada, Clínica San Pablo S.A.C y Cesar Jacinto Leon Chahua, interponen recurso de casación, recursos que son declarados improcedentes mediante resoluciones del catorce de junio del dos mil dieciocho.⁸

Asimismo, la Suprema Sala mediante resolución de fecha catorce de junio del dos mil dieciocho⁹ ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto

⁸ Páginas 99 a 116, del cuaderno de casación. ⁹
Páginas 95 del cuaderno de casación.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

por la parte demandante **ALS**, por las causales: ***Infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Estado***, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión, señalándose además la incidencia de ella en la decisión impugnada.

Argumenta dichas causales en que la sentencia materia del presente recurso de casación, en su fundamento décimo séptimo, para revocar la sentencia de primera instancia, refiere que, "*como el peritaje contable, no arroja menoscabo en el patrimonio del occiso y por ello no existe daño, emergente y lucro cesante, por lo que debe revocarse la misma*". Agrega que dicha afirmación constituye una motivación aparente; en dicho fundamento de la recurrida, contiene fundamentos o razones no idóneos para adoptar dicha decisión (revocar la sentencia de primera instancia en cuanto al daño emergente y lucro cesante), pues el lucro cesante y daño emergente no sólo se puede medir cuantitativamente sino cualitativamente; pues el daño (la muerte causada por los demandados), no tienen precio; y si eso es así, el lucro cesante y el daño emergente si se han generado y tienen que también ampararse, tal como el Juez de primera instancia así lo ha hecho al estimar el daño emergente y el lucro cesante; siendo que el peritaje contable a la que ha hecho referencia el Colegiado, es meramente referencial y no vinculante; pues el Juez está en la facultad de fijar dichos montos de acuerdo al criterio de equidad conforme lo señala el artículo 1332 del Código Civil.

III. MATERIA DE DEBATE:

La controversia se centra en determinar si a la parte demandante le corresponde la indemnización patrimonial por daño emergente y lucro cesante, y si lo resuelto por el Ad quem al sustentar su fallo revocatorio en dichos extremos se encuentra debidamente motivado.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

PRIMERO.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios que lo regulan.

SEGUNDO.- Siendo así, este Supremo Tribunal procederá a analizar si la sentencia emitida por el Colegiado Superior cumple con los estándares mínimos exigibles de respeto a los elementos del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como la debida motivación de las resoluciones judiciales, o si por el contrario la misma presenta defectos insubsanables que motiven la nulidad del fallo emitido, correspondiendo ordenar la renovación del citado acto procesal, o de ser el caso, la nulidad de todo lo actuado hasta la etapa en que se cometió la infracción. Al respecto, se debe señalar que, el debido proceso establecido en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, de los jueces y tribunales, y exige que las sentencias expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, en concordancia con el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Perú, que se encuentren suficientemente motivadas con la mención expresa de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, lo que viene preceptuado además en el artículo 122, numeral 3, del Código Procesal Civil y el artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además, la exigencia de motivación suficiente constituye una garantía para el justiciable, mediante la cual se puede comprobar que la solución del caso en concreto viene dada por una valoración racional de los elementos fácticos y jurídicos relacionados al caso y no de una arbitrariedad por parte del Juez, por lo

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

que una resolución que carezca de motivación suficiente no solo vulnera las normas legales citadas, sino también los principios constitucionales citados líneas arriba.

TERCERO.- Lo expuesto precedentemente es concordante con lo argumentado por el autor Devis Echeandia⁹, quien afirma en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales que de esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que conducen al Juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican.

CUARTO.- Sobre ello, también el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recaída en el expediente número 00966-2007AA/TC, ha señalado: *"la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, **por lo que su contenido se respeta siempre que exista una fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto** y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, **aún si ésta es breve o concisa**, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de pronunciamiento expreso y detallado. (...) **En suma, garantiza que el razonamiento guarde relación y sea proporcionado con el problema que al juez (...) corresponde resolver**".* (Resaltado y subrayado agregado)

A mayor abundamiento, también el Tribunal Constitucional estableció en relación a la motivación de las resoluciones que: *"El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o*

⁹ Teoría General del Proceso, Tomo I: cuarenta y ocho, mil novecientos ochenta y cuatro.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

QUINTO.- Por consiguiente, la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

SEXTO.- Antes de absolver las denuncias efectuadas por el recurrente conviene hacer una breve conceptualización sobre el *daño material o patrimonial*, que es aquél menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el *primero* la disminución del patrimonio ya existente; y el *segundo*, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.¹⁰

¹⁰ <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>. Pág. 5.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

A mayor abundamiento, el daño emergente corresponde al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio. Cuando el bien o la propiedad de una persona ha sido dañada o destruida por otra, estamos ante un daño emergente, y la indemnización en este caso será igual al precio del bien afectado o destruido. Y el lucro cesante hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado. Si una persona no hubiera sufrido de un daño o perjuicio, se hubiera seguido lucrando sin problemas, lucro que se pierde, que cesa por culpa del daño o del perjuicio, y por supuesto que el responsable será quien causó el daño y el perjuicio, y en algunos casos tendrá que indemnizar a la víctima del daño o perjuicio.

SÉPTIMO.- También la doctrina española se ocupó del tema estableciendo la distinción en similar orden de ideas: "**Daño Emergente**: "Son daños efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar.- ... **Lucro Cesante**: "ganancia dejada de obtener o pérdida de ingresos ... Este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido" ¹¹

OCTAVO.- Asimismo, con respecto a la indemnización por daño emergente y lucro cesante, aplicado en caso de muerte, precisa la doctrina española:

I) "En lo referente al daño emergente en el supuesto de indemnización por causa de muerte, se verá desglosado en gastos de asistencia médica y hospitalaria y en gastos de entierro y funeral, cuando estén debidamente

¹¹ Fernando REGLERO CAMPOS, "Tratado de Responsabilidad Civil", Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, Tomo I, pags. 330/332

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

acreditados. Si acudimos, una vez más, a la Ley 30/95, en el art. 1.6, se establece expresamente que, en todo caso, se satisfarán los gastos de asistencia médica y hospitalaria y además, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral (...). Nos encontramos ante una serie de gastos derivados del accidente de circulación que constituyen daño emergente, que son daños a las personas, ya que derivan de un daño biológico (la muerte de una persona) mientras que los derivados de daños exclusivamente materiales deben serlo en la de daños en los bienes, ya que esta interpretación viene avalada por el art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en el que se establece que dentro de los daños a las personas se comprende el valor de la pérdida sufrida. Los gastos de entierro y funeral son todos aquellos desembolsos directamente derivados de la muerte de una persona y que sean necesarios para depositar el cuerpo en nicho o sepultura o para su incineración, así como los de los oficios religiosos necesarios a tal fin, siempre que sean adecuados al entorno social y cultural del fallecido y su familia, al uso y costumbre del lugar en que se preste el servicio y consustanciales al homenaje a la memoria de los seres queridos. Asimismo son gastos de entierro y funeral las coronas, lazos y recordatorios. Se pueden citar como partidas comprendidas dentro de este concepto indemnizatorio las correspondientes a la caja, su sellado y lacrado, el sudario, productos químicos necesarios para la preservación del cuerpo, coche fúnebre, personal necesario para el enterramiento, gastos de incineración y responsos, entre otros (...)"¹².

II) Es doctrina también comúnmente aceptada, que en las lesiones corporales y, por tanto, en los supuestos de muerte, hay que indemnizar el lucro cesante que se haya ocasionado a consecuencia del accidente o la lesión. La

¹² Laura Gázquez Serrano, Profesor Derecho Civil; Valoración del Daño por fallecimiento: Perjudicados, Perjuicios indemnizables y factores de corrección. Pág. 53.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce como una de las partidas indemnizables el desamparo en el que quedan ciertos parientes que dependían económicamente del difunto. Este desamparo, puede ser considerado como el lucro cesante, pues se trata de un aporte económico que, como consecuencia de la muerte, desaparece para los familiares o parientes más próximos.

A la hora de indemnizar el *lucro cesante*, tanto en los supuestos de muerte como en los de simples lesiones, por norma general, plantea problemas comunes: prueba de la pérdida de la ganancia, probabilidad de pérdida de ganancias, relación de causalidad, tipo de pérdida de ganancias, así como determinar las personas que con motivo de un evento dañoso han sufrido tales pérdidas en sus ganancias.

Lógicamente, todos estos problemas se acentúan en los supuestos de personas que no puedan acreditar sus ingresos, como sería el caso de profesionales liberales, o incluso en aquellos casos en los que los sujetos carecen de ingresos, como podría ser el supuesto de menores o de amas de casa, cuyo trabajo es cuantificable, pero las dificultades para su determinación numérica son abundantes, dependiendo de muchos factores. El Tribunal Supremo se ha mantenido firme y riguroso en cuanto a la concreción del posible lucro cesante, afirmando que no basta la simple posibilidad de obtener la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, debiéndose probar por el actor rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas. La jurisprudencia lo estima mejor como "meramente posible o hipotético", de modo que la cuantía de la indemnización por lucro cesante, "cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero. Así dice la STS,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

sala 1ª, de 11-2-2013, "Respecto al lucro cesante, señala la STS 16 de diciembre 2009 lo siguiente: "debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir" (art. 9:501 (2) PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante".¹³

NOVENO.- En esa línea de ideas, de la revisión de la sentencia de vista, se aprecia que el Ad quem sustenta su decisión en el considerando décimo séptimo de la impugnada, y si bien no ha sido vasta su argumentación para revocar los extremos impugnados, sin embargo, el razonamiento realizado ha sido lógico y conciso, aplicable al caso, basando su decisión el Ad quem de acuerdo a los medios probatorios actuados, y para este caso, en los términos plasmados en la pericia contable, que no ha sido observada por ninguna de las partes; toda vez que la verificación de una debida motivación, sólo es posible si en las consideraciones de la sentencia se expresan las razones suficientes que sustenten la decisión y que justifiquen el fallo, las cuales deben ser razonadas, objetivas, serias y completas, cuyas conclusiones deben extraerse de la evaluación de los hechos debidamente probados lo que supone una adecuada valoración de las pruebas, características que se verifican en la sentencia de vista y que conlleva a concluir a este Colegiado Supremo que en ella no se vislumbra vulneración, ni al debido proceso, ni a la debida motivación de las resoluciones judiciales, puesto que, la impugnada garantiza que el razonamiento guarda relación y es proporcionado con el problema que corresponde resolver; y aunado a ello, si bien la justificación se hizo en pocas palabras, pero eso en nada

¹³ Laura Gázquez Serrano; op. cit. Pág. 55/56.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

mella la existencia de la fundamentación, porque no es el número de párrafos lo que se tiene en cuenta, sino que, como se ha afirmado, siguiendo la línea interpretativa del Tribunal Constitucional, que exista fundamentación, congruencia y suficiente justificación.

DECIMO.- Sin perjuicio de lo antes expuesto, esta Sala Suprema considera necesario precisar los extremos impugnados, a fin de eliminar cualquier duda o incertidumbre sobre las pretensiones planteadas e impugnadas, al amparo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y lograr así la paz social en justicia, y con ello resolver completamente el conflicto de intereses planteado. Es así, en relación al **daño emergente**, para el caso concreto, como ya se indicó líneas arriba, lo constituye normalmente los gastos de entierro y funeral del fallecido, los cuales, para ser amparados deberán ser oportunamente justificados y probados documentalmente, empero de la revisión del escrito de demanda y de los medios de pruebas ofrecidos por la parte demandante, no se aprecia que dicha parte haya pedido expresamente y menos acreditado con documentos fehacientes los gastos incurridos por dichos conceptos, motivo por los cuales, no es admisible conceder conceptos que no fueron peticionados, ni acreditados, no obstante se refiere en la demanda los gastos de sepelio, sucesión intestada y gastos en los Registros Públicos.

De otro lado, tenemos que no se ha probado, ni acreditado el daño alegado y la afectación a su patrimonio o se verifique un empobrecimiento que comprenda los daños inmediatos sufridos como consecuencia del actuar antijurídico de la parte demandada, conforme lo prescribe el artículo 1331 del Código Civil, no pudiendo subrogarse el Ad quem dicha obligación de la parte actora y pretender fijar un monto indemnizatorio con valoración equitativa si no existe medios de pruebas que sustenten su pretensión, ya que el artículo 1332 del Código Sustantivo solo es aplicable cuando el daño se encuentra probado, pero no es posible determinar un monto preciso para resarcir el daño acaecido, lo cual ocurre normalmente en supuestos de daños que no son materiales, empero, en autos no se ha probado

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

la existencia del alegado daño emergente; por consiguiente, no puede ser amparado dicho extremo de su pretensión, conforme lo ha plasmado el Ad quem en la recurrida, por tanto en este extremo no existe vulneración a las infracciones denunciadas por el actor.

Debiendo agregar que los demandantes pretenden exigir el pago de este concepto, confundiendo los efectos dañosos que se produjeron a sus herederos por la muerte de su causante producto de una negligencia médica, con los negocios que tuvo el causante en vida. Apuntando más bien a los efectos negativos que se produjeron en los negocios del fallecido (pago de salarios a trabajadores, servicios de luz, agua, etc.), los cuales no pueden ser calificados per se cómo daño emergente a partir de la muerte del causante, por más que haya sido un próspero empresario, ya que existe diferencias de personalidad entre el sujeto fallecido y sus negocios, pues, estas últimas son personas jurídicas.

Ahora bien, respecto al **lucro cesante**, son *“las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que, por ello, tienen la condición de perjudicados”*. Y por regla general serían los hijos y cónyuge del fallecido, así, la dependencia económica del perjudicado es la clave para poder recibir una indemnización; y para poder averiguar la cuantía a indemnizar, lo primero que hay que hacer es determinar, de entre todos los perjudicados, quién dependía de los ingresos del fallecido. Conforme a los argumentos glosados en el escrito de demanda, los sucesores beneficiarios del causante DSLS, son sus hermanos: J, S E, M M, A, A, S F y V LS, sin embargo, de los fundamentos fácticos de la demanda no arguyen que ellos dependían económicamente de su hermano extinto, sino manifiestan *“que éste era un próspero empresario que ha quedado truncada todas sus aspiraciones por su muerte, situación que no le permitirá percibir lo que seguramente, de estar todavía vivo lo habría hecho”*, argumento este que no se relaciona con las

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

características del lucro cesante, más aún, si de la pericia contable, que obra en autos, se verifica que posterior a la muerte del causante los sucesores han tenido ingresos muchos más altos, que de ser el caso que ellos eran dependientes de su hermano fallecido, no habrían sufrido menoscabo, motivo por los cuales, este extremo impugnado no puede ser amparado. En todo caso las ganancias económicas e ingresos que pudiera haber producido el causante en caso de seguir vivo, no calzan con la naturaleza jurídica que tiene el pedido de lucro cesante, puesto que no es posible determinar con certeza si estos pueden darse, aumentar o disminuir y en todo caso, los mismos en el presente proceso son serian propiamente de la persona natural fallecida, sino de las personas jurídicas a las que se hace referencia en la demanda.

DÉCIMO PRIMERO.- En ese sentido, por los fundamentos precedentemente expuestos y en vista que se han absuelto las infracciones denunciadas por los casantes, las cuales no logran cambiar el sentido de la decisión adoptada por el Ad quem, al no existir vulneración ni al debido proceso, ni a la debida motivación; por lo tanto, los Jueces Supremos integrantes de la Sala Suprema Civil Permanente consideran que no existe infracción alguna a los artículos denunciados, por consiguiente, las infracciones denunciadas deben ser declaradas infundadas.

V. DECISIÓN

Por estas consideraciones y en estricta aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon:

a) INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante **ALS**; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha catorce de febrero de dos mil diecisiete, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1325-2018
ANCASH
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por ALS y ALS sobre indemnización; y los devolvieron. Interviniendo el señor Juez Supremo Lévano Vergara por licencia del señor Távara Córdova; siendo ponente el señor Juez Supremo **Hurtado Reyes**.

SS.

HURTADO REYES

SALAZAR LIZÁRRAGA

ORDOÑEZ ALCÁNTARA

ARRIOLA ESPINO

LÉVANO VERGARA

MHR/CMC/Lva

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Sala Especializada Civil Transitoria

Jr. Unión N° 822

PROCESO CIVIL N° : **00633-2010-0-0601-JR-CI-02.**
VÍA PROCEDIMENTAL : **CONOCIMIENTO.**
DEMANDANTE : **LAR.**
DEMANDADA : **CLÍNICA LIMATAMBO SAC.**
PRETENSIÓN : **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS.**
JUZGADO DE PROCEDENCIA : **SEGUNDO JUZGADO CIVIL DE CAJAMARCA.**

SENTENCIA N° 039 -2015

RESOLUCIÓN NÚMERO QUINCE.

Cajamarca, treinta y uno de agosto
del dos mil quince.

ASUNTO:

Es de conocimiento del colegiado las apelaciones interpuestas por la abogada de la demandante (folios 295 a 303) y por el abogado del representante legal de la demandada (folios 308 a 312), contra la sentencia N° 206-2013, contenida en la resolución N° 29, de fecha 27 de diciembre del 2013 (folios 280 a 291), que declara **fundada en parte** la demanda interpuesta por **LAR**, contra la Clínica Limatambo SAC, sobre indemnización por daños derivados de responsabilidad civil contractual; **ordenando** a la emplazada cumpla con cancelar, a favor de la actora, la suma de cincuenta mil con 00/100 nuevos soles (S/.50,000.00) por indemnización por daño moral y daño a la persona; más intereses legales; e **infundada** el extremo sobre indemnización por lucro cesante.

La **apelación de la parte demandante**, esencialmente, se sustenta en que:

- (i) Si bien es cierto no existe documento alguno que acredite que la accionante tiene una tienda de abarrotes, lo es también que, antes del evento que la dejó inválida de por vida, realizaba labores que ya no podrá efectuar, lo que afecta su libertad y no ve cubierta sus expectativas, sobre todo si el monto fijado por el juez no se condice con el daño causado y es mínimo en relación a los gastos de tratamiento.
- (ii) Se debió determinar los montos adecuados, justos y proporcionales, tanto al daño causado como a los gastos que se han realizado para lograr de algún modo una mejor calidad de vida.
- (iii) Es injusto considerar a una persona de la tercera edad como una persona inútil laboralmente, pues para la venta de abarrotes no se necesita mucho esfuerzo y sólo bastaba con la lucidez que tenía la demandante para los negocios y que a la fecha se ven truncados por el accidente.

La **apelación de la demandada** se fundamenta básicamente en que:

- (i) En ningún momento se ha acreditado la vinculación de dependencia entre la demandada y el médico que supuestamente habría cometido la negligencia médica. Asimismo, es cierto que la actora se atendió en la clínica emplazada, pero no existe indicativo que demuestre que haya sido la demandada quien ha dado de alta a la paciente, sino más bien fue el médico quien ordenó el alta bajo sus propios criterios, por lo que, no existe nexo causal, al ser el hecho del daño una supuesta negligencia del médico que atendió a la actora y no de la clínica.
- (ii) Los gastos han sido asumidos por el seguro y no por la demandante, los que incluían los honorarios del médico, de lo que se aprecia que no existe relación contractual, puesto que la clínica sólo facilitaba el servicio.

- (iii) La consecuencia dañosa proviene del propio actuar de la demandante, pues sabiendo que tenía que asistir a una cita con un médico traumatólogo no lo hizo.
- (iv) El juez no ha valorado adecuadamente la pericia psicológica, la que indica que el malestar de la actora proviene a consecuencia de un accidente de mototaxi y no de una negligencia médica.

MOTIVACIÓN:

§ Delimitación del petitorio.

1. Mediante escrito postulatorio (folios 26 a 38) y escrito de subsanación (folios 42 a 47), la demandante **LAR** solicita como pretensión principal: indemnización por daños (lucro cesante, daño a la persona y daño moral) en la suma de tres millones quinientos mil con 00/100 nuevos soles (S/.3,500,000.00); y, como pretensión accesoria: pago de intereses.

§ La responsabilidad civil y elementos que la configuran.

2. Dentro del sistema de la responsabilidad civil se encuentran dos subsistemas, el contractual y extracontractual, dependiendo si existe o no vinculación jurídico-contractual, pues si existe, la responsabilidad civil será de naturaleza contractual siendo de aplicación las normas relativas a la inejecución de obligaciones previstas en el Título IX, Sección Segunda, del Libro VI del Código Civil; en cambio, si no existe, será de aplicación las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual, reguladas en la Sección VI, del Libro VII del mismo⁽¹⁾. Independientemente de los subsistemas descritos, la responsabilidad civil se configura cuando concurren sus elementos, a saber: antijuricidad, daño

¹ Taboada Córdova, Lizardo: "Elementos de la Responsabilidad Civil", Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, Págs. 29-30.

(patrimonial o extrapatrimonial), nexo de causalidad y criterio de imputación (o factor de atribución).

3. En el caso en estudio se está ante el supuesto de responsabilidad civil contractual, en el entendido que la responsabilidad expresada en el monto indemnizatorio que se pretende, a consecuencia de los daños alegados, se invoca no por el incumplimiento de un deber genérico sino, más bien, por el incumplimiento de ciertas obligaciones a que estuvo obligada la demandada en la prestación del servicio de salud.

En todo caso, más allá de determinar ante qué tipo de responsabilidad civil nos encontramos, lo que interesa es lograr una protección integral al bien jurídico tutelado de la víctima, pues de nada sirve rechazar pretensiones por una indebida calificación de la responsabilidad civil si lo que se busca es minimizar el daño padecido por la afectada.

§ Responsabilidad civil contractual.

4. Es necesario precisar que en esta responsabilidad, siempre ha de existir una relación jurídico obligacional entre ambas partes, es decir, un vínculo previo que une a las partes como consecuencia de haberse vinculado libremente, razón por la que con acierto, el profesor TABOADA CÓRDOVA, sostiene que ella es producto del incumplimiento de un deber jurídico *específico* denominado "relación jurídica obligatoria"⁽²⁾. El daño que se causa, justamente es consecuencia de una obligación previamente pactada; en otras palabras, al estar debidamente tipificadas y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor

² *Ibíd.*, Pág. 30.

como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación⁽³⁾; y, cuando ello sucede, como se dejó sentado, es de aplicación las normas sobre inexecución de obligaciones, en la medida que el daño es consecuencia inmediata y directa de un vínculo contractual existente entre las dos partes, conforme lo prescribe el artículo 1321° del Código Civil, del cual se deriva su calificación de antijuricidad.

§ Análisis del caso concreto.

5. En autos no existe controversia respecto a que el médico tratante (Dr. Víctor Sigifredo Gonzales García) dio de alta a la demandante aproximadamente después de 06 horas de haber llegado a la clínica⁽⁴⁾, puesto que se la internó a las 6:57 am y fue dada de alta a la 01:00 pm del mismo día (28-03-2010).

El perito designado en el proceso (médico traumatólogo Wenceslao Eduardo Honorio-Arroyo Quispe), en su informe pericial (folios 225 a 226), ha dejado esclarecido que la actora debió ser evaluada por un **especialista inmediatamente**, en atención a los diagnósticos arrojados en los informes médicos de emergencia y radiológico, ambos de fecha 28-03-2010, pues el perito expresamente señala:

“2.- Revisada la historia clínica de la paciente, que obra en el expediente⁽⁵⁾, se encuentran algunos hechos contradictorios como son:

- a) En el informe médico de emergencia del 28-03-10 al examen clínico del aparato locomotor ya se consignaba: ‘dolor a la palpación en cadera derecha, aparente acortamiento de extremidad inferior, con rotación externa a la derecha’. **Este hecho**

3 Ibídem, Pág. 33.

4 Conforme al documento denominado “Hoja de Kardex” de folio 77 e “historia clínica” de folios 87 y 87 vuelta, el médico que dio de alta a la paciente fue el Dr. Víctor Sigifredo Gonzales García.

5 La aludida “historia clínica” obra a folios 87 y 87 vuelta.

ameritaba la actuación de un médico especialista, puesto que **son signos de fracturas**.

b) En el informe radiológico del día 28-03-10 **se informa como fractura de cadera derecha** (intertrocanterica de la base cervical), firmada por el médico traumatólogo Dr. Hernández, que también este acto **ameritaba evaluación de médico traumatólogo en el momento**⁽⁶⁾.” [lo que aparece en negritas y subrayado se encuentra fuera del texto original]

Asimismo, en el informe pericial se precisa:

“4. Pronóstico: las fracturas de cuello de fémur producidas en el mecanismo llamado aducción, como es en este caso (...) la **cirugía debe ser inmediata** por los siguientes motivos: (...) d) Todos los autores de tratados por ortopedia y traumatología coinciden que **este tipo de fracturas deben operarse en las primeras 24 horas**; el autor Muller es más severo y propone en su tratado **que deben ser resueltas con osteosíntesis entre seis y doce horas**. Asimismo, todos los autores coinciden en que **una cirugía a destiempo es propensa a que falle la osteosíntesis y se termine en una prótesis parcial**.” [énfasis agregado]

En tanto que, en la audiencia de pruebas, cuya acta está inserta de folios 260 a 262, el perito referido explica su informe de la siguiente manera:

“(…) de acuerdo con las placas que se le tomó a la demandante en la Clínica Limatambo luego de sufrir un accidente de tránsito, **aquella presentaba fractura de cadera** (técnicamente de la base del cuello del fémur); empero, **de manera inexplicable se le dio de alta** a la actora, cuando **lo recomendable en una situación como esa era que quede internada y hospitalizada**; asimismo, en estos casos se recomienda una operación quirúrgica dentro de las **24 horas de producido el accidente (a lo sumo hasta dentro de las 48 horas)**, a fin de que el hueso roto pueda soldarse; de lo contrario, mientras más tiempo transcurra desde

⁶ Este informe radiológico consta a folio 04.

el accidente hasta la operación, **ésta tiene menores probabilidades de éxito**

(...)." [resaltado fuera de la versión original]

La explicación brindada coincide con lo contundente de su informe, donde concluye:

"c) En la hoja de evolución de enfermería del día 28-03-10, (...) la paciente () **es dada de alta a la 1p.m.** por el Dr. Gonzales que según indica esta hoja ya había visto la placa de RX. Sin embargo en su acta se consigna recomendación de evaluación por traumatólogo. **El problema es que la paciente no puede deambular por su fractura.**" [énfasis agregado]

6. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1329⁽⁷⁾ del Código Civil), en cuanto a la responsabilidad contractual, se presume la existencia de culpa leve en la inejecución de una obligación por parte del deudor, con la aclaración que esta presunción es relativa (*juris tantum*), dado que el obligado puede acreditar lo contrario, desechando su culpabilidad; pero por otro lado el acreedor (afectado), también puede agravar la situación del deudor si acaso demuestra que este último ha actuado con dolo o culpa inexcusable (artículo 1330⁽⁸⁾ del Código aludido).

En el caso *sub-júdice* queda demostrado que el médico tratante al dar de alta a la demandante lo hizo **sin la diligencia debida**, es decir, se observa falta de diligencia del profesional al dar de alta a una paciente que presenta no cualquier fractura sino una de "cadera", quien por sus conocimientos especiales en anatomía no debió tomar esa decisión, tal como aparece de las explicaciones del

7 **Artículo 1329°.-** Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

8 **Artículo 1330°.-** La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

perito judicial, quien incluso resaltó que la mayoría de los autores hablan sobre una atención inmediata en casos como el presentado en autos. Entonces, aunque no se ha acreditado que haya actuado con intencionalidad –dolo– en la inejecución de su obligación o en la generación del daño, sí se evidencia a partir de lo que esclarece el peritaje que actuó con culpa inexcusable, pues la paciente en el estado en el que se encontraba no podía ser dada de alta, debiendo haber quedado hospitalizada para sin más demora someterla a cirugía especializada, evitando las consecuencias negativas que posteriormente se han producido por un atención tardía (por ejemplo la ausencia de osteosíntesis y el uso de prótesis).

7. Aún más, la propia Ley General de Salud –Ley N° 26842– ha previsto la **responsabilidad por culpa** de los profesionales, técnicos y auxiliares de salud en el desempeño de sus labores (norma especial), tal como se desprende de su artículo 36° que prescribe:

“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.” [negrita y subrayado agregados]

Del mismo modo, esta ley dispone una responsabilidad objetiva (vicaria) para al establecimiento de salud en el cual su personal desarrolla sus funciones, según lo dispone el artículo 48° que en calidad de norma especial prevé:

“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. (...).”

[negrita y subrayado agregados]

Esto último, en lo sustancial, guarda relación con lo establecido por el artículo 1981° del Código Civil⁹, que prescribe:

“Aquel 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.”

8. Sobre el argumento de la apelación de la demandada, en cuanto refiere que no existió dependencia del médico con relación a la clínica, se debe señalar que de los propios fundamentos de la contestación de demanda, se aprecia lo contrario, pues la emplazada anota textualmente:

“(...) **nuestra institución realizó** en un primer momento el chequeo médico correspondiente, **por el médico de turno** (...).” [folio 94]

“(...) no se acepta señor juez que la institución a la que represento sea culpable de alguna negligencia médica y mucho menos que **nuestro médico** haya actuado con dolo y/o culpa inexcusable.” [folios 94 y 95]

“(...) no existe un elemento de prueba que demuestre de manera fehaciente la negligencia médica solo se especula de que mi representada **–mediante sus médicos de turno–** ha incumplido su obligación en la atención adecuada (...).” [folio 98]

⁹ Se alude a lo “sustancial” puesto que entre el contenido material de ambos enunciados jurídicos hay íntima relación y semejanza, sin interesar que el artículo 1981° se ubique en la sección destinada a la responsabilidad extracontractual.

“(…) pero no hay una prueba que demuestre que **nuestros médicos** hayan actuado con culpa inexcusable y con dolo en el cumplimiento de su obligación, alegando que se ha realizado mal los exámenes, lo cual no es cierto, todo esto no probado por la demandante, y solo hace referencia a su estado de salud pero en ningún momento presenta prueba contundente de que la causa de su estado de salud es por culpa de **nuestro personal médico** (…).” [folio 98]

Esto es, en un primer momento la misma demandada acepta la dependencia del médico tratante en relación a la clínica, pero en la apelación niega su propio dicho, buscando favorecerse en abierta inobservancia de los deberes de veracidad, lealtad, probidad y buena fe previstos en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil¹⁰; por lo que, lo argumentado en su recurso debe ser tomado como simples argumentos de defensa, carentes de veracidad.

De esta manera se concluye que aun cuando sea el personal médico quien directamente cause daño –como ha sucedido en este caso–, ello no exime de responsabilidad a la clínica, sanatorio o cualquier establecimiento de salud; más bien, origina en estos últimos una responsabilidad objetiva, en la medida de que para prestar sus servicios –en virtud a un contrato o por mandato de la ley– lógicamente se vale de su personal y tendrá que asumir las consecuencias del actuar culposo de ellos. Vale decir, este tipo de responsabilidad –objetiva– ha sido impuesta por la Ley General de Salud (artículo 48°), y habiendo quedado demostrado el daño, nexo causal, conducta antijurídica y factor de atribución por parte del autor directo (médico), la responsabilidad se traslada automáticamente

10 Principios de Iniciativa de Parte y de Conducta Procesal.-

Artículo IV.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.

y por imperio de la ley hacia la clínica demandada. En todo caso, esta última no ha demostrado el actuar diligente de su personal como para eximirle de responsabilidad.

9. En la apelación de la demandada también se alega que el daño se ha producido por el propio actuar de la paciente demandante, quien no acudió a su cita médica con el galeno especialista en traumatología, haciendo entrever que se presenta una fractura causal (negligencia o hecho de la propia víctima: artículo 1970º del Código Civil); sin embargo, por la situación de dominio y privilegio que tiene el médico tratante, prima en este caso el actuar antecedente, pues jamás se debió dar de alta a la paciente sabiendo del diagnóstico que presentada, tal como lo explicó el perito judicial al señalar que en estos casos no se puede deambular con la fractura de cadera, quedando únicamente disponer el internamiento y hospitalización de la paciente para una cirugía inmediata.

Este colegiado entiende que el detonante generador de responsabilidad es el actuar elusivo del galeno al dar de alta a una paciente que por su especial dolencia no debía ser retirada del centro de salud; pero además, contribuye a que se agudice su responsabilidad y se valúe el incremento del cuántum indemnizatorio, la inacción que posteriormente mostró, pues, conociendo perfectamente las condiciones en que fue dada de alta, no se evidencia actividad destinada a establecer contacto ni preocupación para trasladarla a fin de ser atendida, dejándola a su suerte o a lo que buenamente ella o su familia decida, pese a su situación de desventaja al desconocer el perjuicio que la demora le pueda causar. Este comportamiento ineludible le es exigido al establecimiento de salud no sólo por la situación de ventaja y privilegio que mantiene frente a la

paciente, sino en especial porque fue su médico dependiente el causante de la desatención inmediata al darle indebidamente de alta.

La oportunidad perdida para que se le brinde una atención oportuna la generó inequívocamente el médico del establecimiento de salud y es ante este negligente proceder que la demandada debe resarcir, sin necesidad inclusive de especular qué tanto pudo recobrar sus facultades motoras de haber sido sometida a una intervención quirúrgica el mismo día del accidente. Lo cierto es que esa chance la perdió y en la actualidad porta una prótesis que en opinión especializada del perito pudo ser evitada obteniendo mejores resultados⁽¹¹⁾.

10. Para determinar el *quantum* de la indemnización, se tiene lo siguiente:

i) Lucro cesante: la misma demandante en su escrito de apelación indica que es verdad que no existe documento alguno para demostrar que ella haya tenido una tienda de abarrotes, entonces ello hace imposible calcular un monto, el cual no puede establecerse en base a especulaciones o suposiciones, en tanto el lucro cesante requiere de pruebas objetivas para su cálculo, a diferencia por ejemplo del daño moral que por su difícil probanza debe ser fijado bajo el criterio de equidad contemplado en el artículo 1984⁽¹²⁾ del Código Civil; por ende, en atención al artículo 1331⁽¹³⁾

11 A modo de ejemplo debe considerarse que en la jurisprudencia española se sancionó con resarcimiento a un centro hospitalario porque a un paciente no se le realizaron todas las pruebas patológicas pertinentes, razón que condujo a omitir se le detecte cáncer al pulmón, produciéndose su posterior fallecimiento. El argumento central que se sustentó para determinar la existencia de pérdida de chance del paciente, no fue porque su vida hubiese podido ser salvada si oportunamente se le detectaba el cáncer, sino porque la falta de detección impidió que él optase o no por un tratamiento, que sólo le podía prolongar la vida, pero no salvarla (al respecto consúltese Espinoza Espinoza, Juan: "Derecho de la Responsabilidad Civil", Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2002, Pág. 168). De otro lado, la jurisprudencia argentina admitió la pérdida de la chance matrimonial de una joven mujer a raíz de la deformación del rostro que sufrió en un accidente. En el caso, no se tuvo en cuenta la pérdida del novio en concreto, sino la pérdida abstracta de una chance de matrimonio futuro (Consúltese Bueres, Alberto J.: "El Daño Injusto y la Licitud e Ilícitud de la Conducta", en colectivo Derecho de Daños, directores Trigo Represas y Stiglitz, Tomo I, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, Págs. 183-184).

12 **Artículo 1984°.-** El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a

del Código mencionado no corresponde el establecimiento de indemnización por lucro cesante.

- ii) Daño moral: es notorio que este daño se ha producido, dado que, es lógico que la demandante ha tenido sufrimiento, angustia y dolor a causa de las operaciones practicadas y sabiendo aún más que quedará con una *prótesis en su cadera* (pudo ser evitado con una atención oportuna). En ese escenario es entendible en una persona sentir aflicción por esta situación que le impedirá seguir su vida con normalidad; ergo, el monto establecido por el *a quo* resulta prudente y razonable (S/.20,000.00).
- iii) Daño a la persona: este daño resulta igual de evidente, en tanto hay restricción o detrimento a la libertad o al proyecto de vida y es aquel que recae sobre la persona al impedirle realice su actividad habitual, así como también la realización de las metas -aun simples- que le permitirían su realización personal; asimismo, dentro de este daño se comprende la lesión a la integridad física y psicológica del afectado.

Siendo por tanto en el caso de autos manifiesto este daño, por cuanto, las constantes operaciones y la prótesis en la cadera de la demandante, evidencia una lesión a su persona, mientras que –a pesar de su avanzada edad, 80 años a la fecha– no puede decirse que no tenga algún proyecto de vida que desarrollar, pues algún propósito tiene su existencia como puede ser el hecho de estar íntegra para el goce y bienestar de su familia. Aunado a ello, psicológicamente ha resultado afectada conforme se aprecia del informe psicológico de folios 243 a 244, en el cual se indica como examen

la víctima o a su familia

- 13 **Artículo 1331°.-** La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

clínico psicológico: "Paciente en estado de aflicción y lamento frecuente, apática, depresiva, con alteración del sueño y apetito, concentra preocupación, expresión de llanto, pensamiento rígido, obsesionada en recordar el evento afectante que le ha forzado a modificar su rol de vida habitual debilitando así su capacidad de asimilación del problema y adaptación a las nuevas formas de convivencia lo cual incrementa sus niveles de estrés, donde se siente frágil, desvalida, emotiva, con elaboración de sentimientos de no valer nada, de no poder realizar las actividades que antes desarrollaba, reacción de rechazo y protesta intensa que actúa como factor desencadenante de alteración recurrente de inestabilidad y desequilibrio emocional." Para luego concluir: "Trastorno Depresivo Generalizado Episodios Recurrentes reactivo a la discapacidad física real y permanente adquirida secuela provocada por el accidente de mototaxi".

Si bien es verdad, se indica que la secuela es provocada por el accidente de mototaxi, lo es también que ello en su contexto no enerva la responsabilidad del médico –que por responsabilidad objetiva- recae en la clínica emplazada, de no haber dispuesto su internamiento y cirugía antes que darle de alta, con lo que se habría evitado la magnitud del daño a la actora. Esto permite establecer como monto razonable por este concepto, la suma de S/.60,000.00 que de algún modo podría compensar el daño padecido, y no la suma impuesta por el juzgador (S/.30,000.00).

Así las cosas, la venida en grado debe confirmarse en cuanto declara fundada en parte la demanda y revocarse el extremo que fija el monto por daño a la persona, tal como se ha precisado.

DECISIÓN:

1. **CONFIRMAR** la sentencia N° 206-2013, contenida en la resolución N° 29, de fecha 27 de diciembre del 2013 (folios 280 a 291), que declara **fundada en parte** la demanda interpuesta por **LAR**, contra la Clínica Limatambo S.A.C., sobre indemnización por daños derivados de responsabilidad civil contractual; **ordenando** a la emplazada cumpla con cancelar, a favor de la actora, la suma de veinte mil con 00/100 nuevos soles (S/.20,000.00) por indemnización por daño moral; más intereses legales; e **infundada** el extremo sobre indemnización por lucro cesante; **con costas y costos del proceso**.
2. **REVOCAR** el extremo de la sentencia que fija el monto de treinta mil con 00/100 nuevos soles (S/.30,000.00) por concepto de daño a la persona; y, **REFORMÁNDOLA** en esta parte, **se fija el monto de sesenta mil con 00/100 nuevos soles (S/.60,000.00) por este concepto**. Es decir, por ambos conceptos (daño moral y daño a la persona), totaliza **noventa mil con 00/100 nuevos soles (S/.90,000.00)**, que deberá abonar la demandada a la demandante, más sus respectivos intereses legales.
3. Al escrito que antecede **TÉNGASE** presente.
4. La presente resolución sale con dos firmas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto el señor Albán Rivas ya no forma parte del colegiado, pero ha firmado el voto.
5. **NOTIFICAR** a las partes y **DEVOLVER** el proceso al juez de origen para los fines de su competencia, una vez consentida o ejecutoriada la presente resolución.

Juez Superior Ponente: señor **Soriano Bazán**.

SS.

Soriano Bazán.

Gutiérrez Valdiviezo.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN MARTIN
SALA CIVIL DESCENTRALIZADA DE TARAPOTO**

EXPEDIENTE : 00682-2013-0-2208-JR-CI-01
MATERIA : INDEMNIZACION
DEMANDADO : DIRECCION REGIONAL DE SALUD DE SAN MARTIN YOTROS,
DEMANDANTE : MFV

Resolución número: treinta y uno
Tarapoto, seis de octubre
Del dos mil veinte. -

VISTOS:

En audiencia pública, la presente causa, con el informe oral de la parte demandante, e interviniendo como ponente el señor Juez Superior Mario Gilmer Cuentas Zúñiga, producida la votación de Ley, se procede a emitir la presente resolución; y,

CONSIDERANDO:

I. RESOLUCIÓN MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Es materia de apelación la sentencia contenida en la resolución número DIECIOCHO de fecha cuatro de julio del año dos mil diecisiete obrante a folios seiscientos noventa y cinco a setecientos ocho en el extremo que resuelve declarar fundada en parte la demanda de fojas ciento setenta y seis y siguientes, interpuesta por doña MFV, en representación de su menor hijo RLSF, que la dirige, contra 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 representado por su Procurador Público, sobre Indemnización de daños y perjuicios, derivado de negligencia médica por haber sido afectado por la enfermedad de Retinopatía del Prematuro grado V, por el cual su menor hijo obtuvo ceguera total y consecuentemente daño a la persona, daño moral y al proyecto de vida. En consecuencia: ordenó 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, paguen por concepto de daño emergente que se fija en la suma de S/. 37,585.00 soles por dicho concepto. Ordenó 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, paguen por concepto de daño extrapatrimonial: Daño moral, la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00) a favor de la menor víctima RLSF, más sus intereses legales y por Daño personal la suma de DOSCIENTOS MIL soles (S/. 200,000.00) a favor de la menor víctima RLSF, más sus intereses legales. Indemnización que se precisa no es a favor de la madre representante legal, sino de su hijo; corregida mediante resolución número diecinueve, de fecha once de julio del año dos mil diecisiete, que resuelve corregir la sentencia en

el extremo erróneo de S/2000,000.00, siendo lo correcto el monto del daño moral en números S/200,000.00.

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN DE LA DEMANDADA GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTIN

El apelante Gobierno Regional de San Martín representado por su Procurador Público, argumenta en forma resumida lo siguiente:

-El Juez de 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.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Argumenta en forma resumida lo siguiente:

-El A quo, realiza el análisis de la situación fáctica, haciendo notar “que modo perenne sufrirán la víctima y su madre”; sin embargo, la decisión del juzgador no se condice con lo expresado por este mismo, pues por la magnitud del daño moral se ha establecido una suma dineraria poco satisfactoria para resarcir o equiparar dicho daño, pues doscientos mil soles no cubrirían el daño moral causado.

-No se ha valorado la magnitud del daño al proyecto de vida.

-En el caso del daño a la persona, tampoco se ha fijado un quantum que satisfaga las expectativas de resarcimiento de un ser humano que se ve frustrado y mutilado en su existencia por la negligencia médica.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

PRIMERO: Conforme al artículo 364 del Código procesal civil -supletorio en el presente proceso- el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito que sea anulada o revocada total o parcialmente; siendo que la extensión de los poderes de la instancia de alzada están presididos por un postulado que limita su conocimiento, recogido por el aforismo *tantum apellatum, quantum devolutum*, en virtud del cual el tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación de los agravios que afectan al impugnante.-

Cuestión previa

SEGUNDDO: La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 365-2018 San Martín, ha declarado fundado el recurso de casación interpuesto por la demandante MFV, y en consecuencia, declaró nula la sentencia de vista de fecha treinta de noviembre del dos mil diecisiete, ordenando que esta Sala Civil, expida nueva sentencia. Precizando en su quinto

considerando que de conformidad con el artículo 290 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es atendible la apelación del abogado defensor del demandante y no el rechazo de su recurso de apelación. Asimismo, señala en su sexto fundamento, que en el nuevo fallo que se emita 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.

Sobre la materia de debate: El sistema de responsabilidad civil

TERCERO: La responsabilidad civil, en el sistema jurídico es única, existiendo como dos aspectos distintos, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad extracontractual; teniendo ambas como común denominador, la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados.

La diferencia sustancial entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, radica en que, en la primera, el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daños

Elementos de la responsabilidad civil en relación al déficit en la atención médica

CUARTO: El tipo de responsabilidad que la actora imputa a los demandados es el de **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**, que regula el artículo 1969º del Código Civil, al establecer:

“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”

QUINTO: Se debe verificar en el caso planteado si se presentan los **ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL:**

5.1. LA ANTIJURICIDAD: Una conducta es antijurídica, no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

Las conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación de indemnizar pueden ser típicas, en cuanto previstas en supuestos de hecho normativos y atípicos en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravengan el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual: cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una indemnización, en la medida en que se trate de una conducta que cause un daño.

Para el presente caso, tenemos que la conducta atribuida a los demandados, es la de NO HABER DADO CUMPLIMIENTO AL PROTOCOLO NTS N° 084.MINSA/DGSP.V.01-NORMA TECNICA DE SALUD DE ATENCION DEL RECIEN

NACIDO PRE TERMINO CON RIESGO DE RETINOPATÍA DEL PREMATURO, documento que corre de folios 147 a 175.

Está acreditado que, el menor RLSF, nació el veintiuno de julio del dos mil once, en el Hospital II de Tarapoto del MINSA, tal como fluye de su partida de nacimiento, hecho ocurrido cuando tenía apenas seis meses y tres semanas de gestación, siendo que después de dieciocho días de nacido, el neonato es retirado de la incubadora, pasando a la servo cuna y luego a cuna, siendo que no se habría cumplido con las acciones médicas y reglas del protocolo antes mencionado, prescritas para evitar el progreso y agravamiento del mal dado que todo niño prematuro padece del riesgo de contraer la Retinopatía del Prematuro.

Que, las mencionadas atenciones y acciones médicas se encontraban previstas en el Protocolo Médico contenido en la norma emitida por el Ministerio de Salud, la misma que señala en el numeral 5.2: “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”. También, en el numeral 5.4 de dicho Protocolo Médico, se señala: “El diagnóstico de Retinopatía de Prematuridad que requiere tratamiento quirúrgico es una emergencia y deberá ser manejado como tal. La desatención de esta emergencia, o si no se atiende oportunamente, puede ocasionar graves daños oculares hasta la ceguera”.

Se debe considerar que los exámenes para determinar el riesgo de retinopatía debieron efectuarse los primeros días de su nacimiento, siendo que, en el caso de autos, no dispusieron el examen oftalmológico que correspondía a los niños prematuros. Conforme a la historia clínica del menor víctima, se puede advertir de las fotografías de folios 102 a 104 que el establecimiento donde fue atendido el menor no contaba con la luz adecuada, ni menos el ambiente adecuado. Que, a folios 14 vuelta, cuando el neonato ya contaba con 36 días de nacido, recién le realizaron la pesquisa, diagnosticando que padecía de ROP EN GRADO II; pero aún así, ni en ese momento ordenaron las acciones médicas para contrarrestar el progreso de la enfermedad y evitar que el niño quede ciego de por vida. Finalmente, con fecha 05 de setiembre 2011, con el presunto diagnóstico de ROP II y MBP.N procedieron a dar de alta al menor y su señora madre, sin disponer en absoluto el cumplimiento de las normas del protocolo médico contenido en el NTS N° 084-MINSA/D GSP.V.01, siendo que esa actitud negligente está acreditada plenamente con la historia clínica y el protocolo médico que obran en autos, lo cual provocó que el menor RLSF quedara ciego de ambos ojos. Se debe considerar el diagnóstico emitido por el Médico Oftalmólogo Juan M Novoa Saldaña, obrante a folios 101, del cual se aprecia que el menor RLSF, tiene Retinopatía del Prematuro en Grado V, es decir ceguera total en ambos ojos.

Consecuentemente, está plenamente acreditado que existió una atención médica deficitaria y negligente por parte de los demandados, lo que habría ocasionado el daño a la víctima. Asimismo, plenamente acreditado con dicha constancia del médico oftalmólogo la existencia del Daño producido en la víctima.

Resulta necesario destacar que las demandadas en su escrito de contestación a la demanda, no han cuestionado la negligencia médica imputada, pues sólo se dirigen a cuestionar el monto indemnizatorio de los daños y perjuicios.

5.2. RESPECTO AL DAÑO CAUSADO: En ausencia de daño, no hay nada que reparar o indemnizar; daños que pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales. Respecto del daño patrimonial, se tiene dos categorías:

Daño emergente: pérdida patrimonial efectivamente sufrida.

Lucro cesante: ganancia dejada de percibir

Respecto del daño extra patrimonial: se habla del daño moral y daño a la persona.

Para el presente caso, como se ha expuesto precedentemente, a folios 101 corre el informe médico, que da cuenta que al menor RLSF, se le diagnostica 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.

Que, por tanto, se concluye que el menor víctima, fue atendido en forma deficitaria y que se le ha ocasionado el daño en su salud ocular con ceguera total de ambos ojos, por falta de atención médica oportuna.

5.3. RELACION DE CAUSALIDAD:

El artículo 1985° del Código Civil, establece la teoría de la causa adecuada: Señalando que debe existir una relación de causa a efecto entre la conducta (cualquiera para la responsabilidad extracontractual) y el daño producido a la víctima.

Para el presente caso: la conducta antijurídica, se configura por el hecho de NO HABER DADO CUMPLIMIENTO AL PROTOCOLO MEDICO NTS N° 84-MINSA.V.01, Norma Técnica de Salud de Atención del Recién Nacido Pre Terminado con riesgo de Retinopatía del Prematuro, donde se dispone en el punto 2.2.2, que en esos casos se debe “Disponer el tamizaje obligatorio a todos los neonatos con riesgo a desarrollar retinopatía del prematuro, así como el diagnóstico, tratamiento, seguimiento y rehabilitación oportuna de los casos” lo cual no se cumplió de modo alguno por parte de las emplazadas .

5.4. FACTOR DE ATRIBUCION:

Para la responsabilidad extracontractual, es uno de los elementos que se debe analizar, estos son la CULPA y el RIESGO CREADO (artículos 1969 y 1970 del Código Civil). En el presente caso, al invertirse la carga de la prueba que determina que la parte demandada haya de probar su total y absoluta diligencia a fin de precaver y evitar el evento dañoso; de lo actuado no se ha podido establecer que el demandado haya actuado con la diligencia debida a efectos de prever las atenciones que requería un prematuro para el cuidado de su salud ocular.

Al respecto es conveniente citar al Prof. Lizardo Taboada Córdova, en sus materiales de Estudio sobre Responsabilidad Civil de los Hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria (Programa de Capacitación para el Ascenso, año 2001, pág. 218), citando a su vez al jurista Roberto A. Vásquez Ferreyra, en relación a la prueba dinámica, éste último ha señalado que: *“Efectivamente a la luz de diversas teorías desarrolladas en EEUU, Italia, Francia, Alemania, España, etc. La prueba de la culpa médica ya no es una “prueba diabólica”. Inclusive en muchos supuestos se parte de una presunción de culpa, siendo en tal supuesto el profesional quien deberá probar su “falta de culpa” o “no culpa” para eximirse de responsabilidad. Entre estas teorías que facilitan la prueba de la culpa, podemos mencionar en lugar destacado a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a la prueba de presunciones, a la prueba prima facie o res ipsa loquitur del derecho norteamericano, etc.”.*

En consecuencia, es de recibo en materia de responsabilidad civil, la prueba dinámica, que consiste en que es el demandado quien deberá acreditar el cumplimiento de las normas pre-establecidas para la adecuada atención de los pacientes como es en el caso de autos, y no queda en el demandante la obligación de probarlo.

SEXTO: Habiéndose comprobado en autos que, se han presentado todos los elementos de la responsabilidad extracontractual, conforme se ha esbozado precedentemente; y al haberse originado un daño irreversible al menor RLSF, debido a la conducta negligente de los demandados, corresponde indemnizar a la demandante con la suma de 37,585.00 soles por concepto de **DAÑO EMERGENTE**, dado que mediante los documentos de folios 105 a 146, está acreditado que se han efectuado diversos gastos para cubrir el tratamiento del menor y que debe ser resarcido a la demandante, conforme lo define el artículo 1985º del Código Civil, más los intereses legales que se hayan devengado desde la citación con la demanda.

SETIMO: En cuanto al **DAÑO A LA PERSONA**, es decir el daño extrapatrimonial ocasionado a la víctima, se debe tener en consideración que la demandante solicita el daño a la persona, daño moral y al proyecto de vida, siendo en relación al daño a la persona, que está plenamente acreditado con el hecho desencadenado y limitante como es la ceguera total de su menor hijo, daño que es irreversible e irreparable; siendo que, cuando el niño sea adulto no podrá desenvolverse en toda su potencialidad como persona capacitada, teniendo que recibir un tratamiento permanente y encausar sus habilidades con apoyo permanente de personal asistencial o profesional, teniendo en cuenta sus limitaciones físicas, que además se debe considerar el reproche a la demandada por el hecho de no haber cumplido de modo alguno la normativa antes señalada como es el protocolo médico para niños prematuros; en consecuencia se debe fijar el quantum indemnizatorio con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta la culpabilidad de las demandadas, en cuanto sabiendo que tenían que cumplir con un protocolo médico.

Al respecto, se debe tener en cuenta que, los daños producidos en las clínicas y hospitales, deben ser tratados como de responsabilidad objetiva y que, si bien el factor de atribución sea objetivo, es decir basado en el riesgo de la actividad médica, ello no implica que no exista culpa, la misma que servirá para determinar el monto del

quantum indemnizatorio. Hacemos mención a ello por cuanto el profesor Juan Espinoza Espinoza, en su obra Responsabilidad Civil por accidentes de tránsito, folios 6, expresamente señala: “Como se sabe, el hecho de que el factor de atribución sea objetivo, en este caso, basado en el riesgo, no implica que no exista culpa. Sin embargo, el actuar de la persona que ocasionó el daño será evaluado al momento de la cuantificación de los daños.”

En consecuencia, en el caso de autos, se debe fijar con criterio de proporcionalidad y razonabilidad una suma que pueda cubrir todo el daño que se le ha producido al menor, pues durante toda su vida tendrá que sufrir del mal de ceguera total, con las consecuencias que de ello se derivan, siendo que el quantum indemnizatorio establecido por el A Quo, es razonable y ponderado por lo que se debe confirmar el mismo monto de S/ 200,000.00 (doscientos mil soles) por concepto de Daño a la Persona, que se deberá abonar a favor del menor afectado, más intereses legales que se liquidarán en ejecución de sentencia desde la fecha de la citación con la demanda.

OCTAVO: En cuanto al **DAÑO AL PROYECTO DE VIDA**, se debe confirmar la venida en grado en el sentido de declarar infundado éste extremo de la demanda, pues se debe considerar lo señalado en la doctrina moderna, en el sentido de que este tipo de daño, implica la afectación concreta de un proyecto, el cual debería estar diseñado o en ejecución. Tal como lo señala el autor Jaime Santiago Zevallos Durand, en su obra “Los elementos estructurales de la responsabilidad civil” citado por Juan Espinoza Espinoza en la obra antes citada, folios 11, en la cual se señala expresamente: *“A este propósito se afirma que “En el presente caso el daño estaría constituido por la frustración parcial o retardo de lo que había planificado realizar para cumplir su proyecto de ser ingeniero civil; sin embargo, debe quedar en claro que este tipo de daño no implica la frustración de sueños o expectativas, sino la afectación concreta de un proyecto, el cual lógicamente ya debería encontrarse diseñado o en ejecución para lo cual se requerirá indiscutiblemente afirmaciones fácticas que reflejen dicha circunstancia, así como su correspondiente acreditación ya sea de manera directa o indirecta.”*

En consecuencia, se debe confirmar la venida en grado en cuanto declara infundada la pretensión del daño al proyecto de vida, por los fundamentos expuestos en adición a los ya esbozados.

NOVENO: En cuanto al **DAÑO MORAL**, entendido la lesión a los sentimientos de la víctima, el sufrimiento o la aflicción que padecerá durante toda su vida, por haber quedado con ceguera total en ambos ojos, se debe tener en cuenta también que por ésta categoría del daño, que está plenamente probado de modo indirecto, puesto que, existe la prueba real del daño causado como es el informe médico que da cuenta del grado de la enfermedad y que se trata de una enfermedad irreversible y que lo va a acompañar de por vida al menor; sin embargo se deberá considerar que no es lo mismo, haber nacido y crecido con las facultades visuales en forma normal y luego de unos años perderla, que haberla perdido desde el inicio de su vida, siendo ello que el monto de la indemnización también se deberá fijar con equidad en la suma de S/ 200,000.00 como lo ha considerado el A Quo, por lo que se debe confirmar éste extremo de la sentencia. Monto que se deberá abonar a favor del menor afectado.

Que, sumados los montos indemnizatorios de cada uno de las categorías del daño, que han sido amparadas en el caso de autos, se tiene un total general de 437,585.00 (ochocientos treinta y siete mil quinientos ochenta y cinco soles) que las demandadas deberán abonar en forma solidaria a favor del menor RLSF, más los intereses legales que se liquidarán en ejecución de sentencia.

DECIMO: En cuanto a la solidaridad en la responsabilidad civil, se debe considerar lo destacado por el Prof. Lizardo Taboada Córdova, (Materiales de Estudio, Programa de capacitación académica de la AMAG, año 2001) en cuanto al tema de “Responsabilidad Civil de los Hospitales y Clínicas por la Negligencia Médico Sanitaria”, citando a su vez a Roberto A Vásquez Ferreyra, quien señala: “de acuerdo a las teorías jurídicas más modernas, la responsabilidad del médico individual, lleva aparejada en forma automática y de manera casi inexorable la responsabilidad del establecimiento en donde se desempeña o desempeñaba al momento de realizar el ilícito”. “Efectivamente, tanto en materia contractual como extracontractual, se dice que el establecimiento médico responde directa o indirectamente frente al paciente por la negligencia de sus médicos y demás personal auxiliar (...)”. Asimismo, a folios 233 de la mencionada obra, señala Vásquez Ferreyra que “en todos los casos se trata de una responsabilidad de tipo objetiva. Por ende, el centro asistencial solo se eximirá de responsabilidad acreditando causa ajena (comprensiva del caso fortuito o fuerza mayor, del hecho de tercero por quien no debe responder y del hecho de la propia víctima)”(...). “En apretada síntesis se puede concluir en lo siguiente: a) los centros asistenciales responden de modo irrefragable, no pudiendo liberarse probando que eligieron o vigilaron correctamente a los médicos. B) El deber de los centros asistenciales alcanza a los actos culposos y dolosos de los profesionales de la salud y aún a aquellos en que el daño sea atribuible en base a un factor objetivo de atribución”.

Que, todo ello se adicionará lo señalado en el artículo 1981 del Código Civil Peruano, en cuanto establece que, “Aquel 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 la responsabilidad solidaria”.

Por los fundamentos antes glosados y de conformidad con el inciso 1, artículo 34° de la Ley de la Carrera Judicial, en concordancia con el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, los integrantes de la Sala Civil Descentralizada de Tarapoto:

CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución número dieciocho de fecha cuatro de julio del año dos mil diecisiete obrante a folios seiscientos noventa y cinco a setecientos ocho, en el extremo que resuelve declarar FUNDADA EN PARTE la demanda de fojas ciento setenta y seis y siguientes, interpuesta por doña MFV, en representación de su menor hijo RLSF, que la dirige, contra 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 representado por su Procurador Público, sobre Indemnización por daños y perjuicios, derivado de negligencia médica

por haber sido afectado por la enfermedad de Retinopatía del Prematuro grado V, por el cual su menor hijo obtuvo ceguera total y consecuentemente ampara las siguientes categorías del daño: daño emergente, daño a la persona, y daño moral. Asimismo, declara infundada la pretensión de proyecto de vida. En consecuencia: ordena 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, paguen por concepto de daño emergente la suma de S/. 37,585.00 soles. Por concepto de daño extrapatrimonial: Daño moral, la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00) y por Daño personal la suma de doscientos mil soles (S/. 200,000.00) más intereses legales. Que, sumados los montos por cada uno de los conceptos amparados, arrojan un total de S/. 437,585.00 (cuatrocientos treinta y siete mil quinientos ochenta y cinco soles) más los intereses legales que se liquidarán en ejecución de sentencia, desde la fecha de citación con la demanda. Sin costas ni costos. Notifíquese, y los **DEVOLVIERON** al Juzgado de origen.

S.S.

MONTENEGRO MUGUERZA

CUENTAS ZÚÑIGA

QUEVEDO MELGAREJO

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR CESAR DEL CASTILLO PEREZ ES COMO SIGUE:

VISTA: En audiencia de vista de la causa, con informe oral de los abogados defensores, se emite la resolución siguiente:

PRIMERO: MATERIA DEL RECURSO

Viene en grado de apelación la **sentencia** contenida en la resolución número 18 de fecha cuatro de julio del año dos mil diecisiete que corre a fojas 695 y siguientes que declara fundada en parte la demanda interpuesta por MFV en representación de su hijo RLSF 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 de daños y perjuicios, derivado de negligencia médica. Y el auto contenido en la resolución N° 19 de fecha

11 de julio del 2017, que corre a fojas 711 en el extremo que corrige la sentencia apelada.

SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. El apelante Gobierno Regional de San Martín representado por su Procurador Público, argumenta en forma resumida lo siguiente: El Juez de 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 sea probado que todos los requisitos o elementos de la responsabilidad civil concurren copulativamente, por consiguiente carece de fundamentación jurídica.

1.2. Asimismo, MFV apela la sentencia en la que resolvió declarar fundada en parte la demanda, por considerar que los montos económicos expresados en la sentencia no se encuentran con arreglo a ley; y contra la resolución número 19 en el extremo que corrige la parte resolutive de la sentencia con escrito de fojas 727; expresando como agravio en forma resumida lo siguiente: **a)** El Juez de la causa incurre en error de derecho al expedir la resolución que contiene la sentencia apelada sin haber realizado una adecuada y correcta interpretación de la normatividad correspondiente al caso concreto, atentando contra el derecho al debido proceso, por existir motivación aparente o defectuosa de la sentencia puesto que se advierte que las pruebas aportadas en su oportunidad no han sido analizadas acorde a la legislación de la materia; **b)** Incurre en error de hecho al no haber dado una correcta y completa valoración a los fundamentos fácticos presentados en la demanda de daños y perjuicios, incluso no se ha examinado correctamente los medios probatorios propuestos por el recurrente, de los cuales se colige que al expedir la sentencia no se ha tenido en cuenta el menoscabo sufrido a la persona de su menor hijo, la misma que debe ser resarcido, los cuales están debidamente acreditados; **c)** El Juez de la causa realiza el análisis de la situación fáctica, haciendo notar “que modo perenne sufrirán la víctima y la madre”; sin embargo, la decisión del juzgador no se condice con lo expresado por éste mismo, pues por la magnitud del daño moral se ha establecido una suma dineraria poco satisfactoria para resarcir o equiparar dicho daño pues doscientos mil soles no cubrirán el daño moral causado. Que no se ha valorado la magnitud del daño al proyecto de vida. En el caso del daño a la persona, tampoco se ha fijado un quantum que satisfaga las expectativas de un ser humano que se ha frustrado y mutilado en su existencia por la negligencia médica.

FUNDAMENTOS DE LA SALA

TERCERO: Que, con escrito de fojas 176 la demandante ha solicitado indemnización por daños y perjuicios, consistente en daño emergente, daño a la persona – daño moral y al proyecto de vida de su menor hijo RLSF y daño emergente por el monto de S/ 5'000,000.00 de soles. Que con resolución de fojas 190 se admite a trámite la demanda y se emplaza a los demandados incluyendo al Procurador Público del Gobierno Regional de San Martín.

CUARTO: La demandante como hechos fácticos argumenta lo siguiente:

4.1. Que, a los primeros días del mes de julio del año 2011, dado a unos dolores muy agudos ingresó por emergencia al Hospital II – Tarapoto, momento que fue asistida por los médicos y auxiliares de turno, por lo que días después los galenos consideraron conveniente intervenirle quirúrgicamente en dicho nosocomio, esto fue el 21 de junio del año 2011, naciendo su hijo en la referida fecha a las 11:30 a.m.; alumbrando un neonato prematuro de 06 meses y 3 semanas, con un peso de 1 kilogramo y 570 gramos, con estado delicado de salud que hizo que lo llevaran a cuidados intensivos y lo pusieron en una incubadora por un tiempo de 18 días.

4.2. Durante los días que su menor hijo se encontraba en el área de cuidados intensivos y en la incubadora del pabellón de neonatología; advertía una salud sumamente delicada y que lejos de subir y mantener su peso, éste disminuía día a día, hasta llegar alcanzar los 900 gramos, no obstante la gran cantidad de medicamentos que prescribían los médicos y que supuestamente le suministraban.

4.3. Que transcurrido un mes y siete días de nacido su niño, a pedido de la suscrita su hijo fue evaluado por un médico especialista en oftalmología del Instituto Nacional de Oftalmología del Perú (INO) de la ciudad de Lima, la misma que se encontraba de visita en el Hospital II de Tarapoto, quien diagnosticó que su menor hijo tenía Retinopatía grado II, como es de verse el diagnóstico médico, no indica que el niño estaba perdiendo la visión.

4.4. Lo más grave de éste hecho es que el Doctor como profesional médico especialista en los ojos ya sabía del resultado nefasto de su hijo, ya que el tiempo de poder accionar y hacer frente a ésta enfermedad es tan solo de 7 a 10 días, después del nacimiento, espacio de tiempo que debería haber sido intervenido quirúrgicamente (operación de retina).

4.5. Que ante los hechos descritos de negligencia médica practicada por los emplazados, los mismos que trajeron consigo la ceguera total y por afectación y vulneración de los derechos fundamentales de su menor hijo, es que recurre al Juez para alcanzar una tutela auténtica donde previo análisis del caso podrá advertir la existencia de la inmensidad y gravedad de los daños producidos a su menor hijo.

4.6. Que tramitado el proceso conforme a su naturaleza, con resolución de fojas 590, el Juez de la causa declaró fundada en parte la demanda; y al no estar conforme con lo resuelto, el Gobierno Regional de San Martín interpone recurso de apelación; y con sentencia de vista de fojas 653, se declaró nula la sentencia expedida en primera instancia, principalmente porque no se ha verificado si los procedimientos y actos médicos realizados en el Hospital II de Tarapoto, con motivo del diagnóstico, tratamiento, seguimiento y rehabilitación del paciente prematuro se ha realizado o no, con arreglo a los términos contenidos en el NTS N° 084.MINSA/DGSP.V.01 Norma Técnica de Salud de Atención del Recién Nacido Pre Término con riesgo de retinopatía del prematuro; con resolución N° 18 de fecha 04 de julio del 2017 el Juez de instancia declaró fundada en parte la demanda; y con sentencia de vista de fojas 772 revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declararon infundada la demanda y nula la propia sentencia en el extremo apelado por la demandante MFV; y ésta al no estar conforme con la sentencia de vista interpone

recurso de casación, el mismo que declaró fundada el recurso de casación y nulo la sentencia de vista y ordenó que se expida nueva sentencia.

QUINTO: Responsabilidad civil y sus elementos

Para el mejor análisis de la controversia debe apuntarse el marco específico en que debe resolverse. Así, según enseña la doctrina¹ la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de carácter patrimonial que se produce ante la ocurrencia de un daño. Este daño puede ser dentro del marco de una obligación de fuente negocial (contractual); o puede producirse ante la violación de un deber jurídico general de no causar daño a otro como responsabilidad extracontractual, criterio este que concuerda el Juez de la causa y este Colegiado.

Elementos de la Responsabilidad.

Los elementos de la responsabilidad son: a) **El daño**, que puede ser patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o no patrimonial (daño a la persona o daño moral); b) **El evento dañoso o antijuricidad**, puede ser un hecho ilícito (típico o atípico) o un hecho abusivo; c) **La relación causal**, es el nexo que existe entre el evento dañoso y el daño, determina cuál es la causa; y d) **Criterio de imputación o factor atributivo de responsabilidad**, encontramos a la culpa (criterio subjetivo de atribución), el riesgo (criterio objetivo de atribución) y la garantía (criterio indirecto de atribución).

SEXTO: El caso está centrado en determinar si corresponde ordenar a la entidad pública demandada el pago por indemnización de daños y perjuicios consistente en daño emergente, daño a la persona – daño moral y al proyecto de vida, a favor de la demandante como representante de su menor hijo RLSF.

SETIMO: Debe recordarse a la parte demandada, que por el principio "*quantum devolutum tantum appellatum*" que descansa en el principio de congruencia, significa que el órgano revisor (*Ad quem*) al resolver la apelación deberá pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso; vale decir, en segunda instancia sólo puede conocer y decidir 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; más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido objeto del recurso. Este enunciado concuerda con el artículo 364° del TUI del Código Procesal Civil, que prescribe: "*El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada total o parcialmente*";

OCTAVO: Antes de analizar los agravios de la apelante, debe indicarse que para la doctrina la indemnización de perjuicios (o indemnización por daños y perjuicios), consiste en la acción que tiene el acreedor o la víctima para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación

¹ Academia de la Magistratura. VIII Curso de Preparación para el Ascenso en el Carrera Judicial y Fiscal. Primer y Segundo Nivel de la Magistratura. Modulo 3: Derecho Civil. Elaborado por el Dr. Jorge Beltrán Pacheco. Lima Julio 2007.

o a la reparación del mal causado, el perjuicio es la disminución patrimonial del acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, sea que se trate de una pérdida real o efectiva, o simplemente de una ventaja.

NOVENO: En el presente caso, conforme al petitorio de la demanda, se ha demandado lo siguiente: El pago de una indemnización por **daño emergente**, que es definido como el daño propiamente causado, es decir el empobrecimiento dentro del patrimonio del perjudicado. El pago por **daño moral**, que es aquel que afecta el fuero interno de una persona, como la honra y los sentimientos; y el **daño a la persona** incluye valoraciones como el concepto público, credibilidad frente a terceros, estabilidad emocional (integridad psicológica) y el llamado daño al proyecto de vida. A criterio del suscrito, la naturaleza de los daños y perjuicios presuntamente sufridos por el demandante, serán analizados dentro de la naturaleza extracontractual, toda vez que los sujetos procesales están vinculados por una relación extracontractual; es decir se habría generado como consecuencia de haber ingresado la demandante por emergencia al Hospital II-Tarapoto, momento que fue asistida por los médicos y auxiliares de turno, por lo que días después los galenos consideraron conveniente intervenir quirúrgicamente en dicho nosocomio esto es el 21 de junio del año 2011, naciendo su hijo en la referida fecha a las 11:30 a.m., como un neonato prematuro de seis meses y tres semanas, con un peso de 1 Kilogramo, y 570 gramos; que por su estado de salud lo llevaron a cuidados intensivos y lo pusieron en incubadora por un tiempo de 18 días; y en éste periodo se habría producido la actitud negligente de los galenos que atendieron a su hijo y por falta de acondicionamiento y equipamiento no se habría cumplido con el procedimiento de atención de un neonato nacido prematuro, produciendo la retinopatía grado V.

DECIMO: Los requisitos generales de la responsabilidad civil son lo siguiente: la antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución.

10.1. Referente a la **antijuricidad**; consiste en la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica que impone el deber de actuar de tal manera que no se cause daño a los demás. En el caso de autos, no ha quedado probado en autos que la entidad pública demandada ha incumplido el NTS N° 8 4-MNSA/DGSP.V.01, Norma Técnica de la Salud de Atención al Recién Nacido Pre Término con Riesgo de Retinopatía del Prematuro; teniendo en cuenta que no se ha desvirtuado con medios probatorios el procedimiento seguido por los médicos de la entidad pública demandada, conforme a la historia clínica de fojas cinco al noventa y seis. Si bien es cierto que el Juez de la causa en el considerando décimo segundo de la sentencia apelada afirma que se encuentra probado 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 decisión no sustenta con un medio de prueba, sino en definiciones de “Retinopatía del Prematuro –ROF”, descrito en el tercer considerando; en donde se indica “La retinopatía del Prematuro – ROF se define.- Es una enfermedad ocular originada por una alteración de la vasculogénesis de la retina que produce un desarrollo anormal de la misma pudiendo conducir a la ceguera. En la mayoría de los casos la ROP se resuelve espontáneamente y un número pequeña progresa a estadios severos de la enfermedad que requiere tratamiento y algunos aún con el anterior o sin tratamiento

puede llegar a la ceguera”. Como es de apreciar la enfermedad en algunos casos con tratamiento o no puede llegar a la ceguera; y el Juez de la causa no ha considerado ésta última posibilidad. Y el objeto de la prueba es acreditar una afirmación; y el artículo 200 del Código Procesal Civil que “Que si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que han afirmado en su demanda o reconvencción, esos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada”. Por lo tanto no cumple los hechos invocados por la accionante con el presente requisito.

10.2. Referente al daño causado, son aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido; que en el caso de autos, se aprecia la existencia de la retinopatía del prematuro grado V, conforme al examen de ecografía del menor RLSF, 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 a fojas 100, 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 a fojas 98, en donde se indica que el paciente RLFV (debe decir RSF) 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; puesto que según la doctrina consignada por el Juez de la causa en el tercer considerando de la sentencia apelada, se indica que “La retinopatía del Prematuro – ROF se define.- Es una enfermedad ocular originada por una alteración de la vasculogénesis de la retina que produce un desarrollo anormal de la misma pudiendo conducir a la ceguera. 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 y algunos aún con el anterior o sin tratamiento puede llegar a la ceguera”. Como es de apreciar la enfermedad en algunos casos con tratamiento o no puede llegar a la ceguera. Y en el caso de autos no obran medios probatorios que acreditan que la ceguera del referido menor fue causado por los médicos y auxiliares de la entidad pública demandada.

10.3. La relación de causalidad; es el nexo que existe entre el evento dañoso y el daño, es decir antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica del auto y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar. Que en el caso de autos no se encuentra probada 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.

10.4. Referente al criterio de imputación o factor atributivo de responsabilidad, encontramos a la culpa (criterio subjetivo de atribución), el riesgo (criterio objetivo de atribución) y la garantía (criterio indirecto de atribución); que en el caso de autos se aprecia que los médicos de la entidad pública demandada practicaron una cesaría a la demandante y al nacer el niño neonato prematuro, fue colocado en una incubadora; y al ser diagnosticado por los indicados Médicos Oftalmólogos resultó con retinopatía en ambos ojos. Que la noción de culpa exige no sólo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor o autores

(médicos y auxiliares que atendieron a la paciente), pues caso contrario por más que se acreditara el daño y la relación causal, no habría responsabilidad civil extracontractual del autor. La culpa es pues el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil y es por ello que dicha exigencia fluye claramente del artículo 1969 del Código Civil. Que en el caso de autos, 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 de acuerdo a la definición de la Retinopatía del Prematuro – ROF, se define como “Una enfermedad ocular originada por una alteración de la vasculogénesis de la retina que produce un desarrollo anormal de la misma pudiendo conducir a la ceguera. En la mayoría de los casos la ROP se resuelve espontáneamente y un número pequeña progresa a estadios severos de la enfermedad que requiere tratamiento y algunos aún con el anterior o sin tratamiento puede llegar a la ceguera”. Y 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 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 que la retinopatía del prematuro – ROF en algunos casos aún con tratamiento o no puede llegar a la ceguera; más aún el paciente nació a los seis meses y tres semanas, que por ser prematuro está sujeto a factores de riesgo, conforme a lo expuesto en líneas arriba.

10.5. 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 estimo el pedido del apelante Gobierno Regional de San Martín representado por su Procurador Público Regional y debe revocarse la sentencia apelada; y se desestima el pedido de la demandante, por no haber sido probado en autos.

10.6. Referente al recurso de apelación de la demandante contra la resolución número 19 en el extremo que corrige la parte resolutive de la sentencia con escrito de fojas 727; se hace presente que el Juez de instancia ha corregido la sentencia apelada teniendo en cuenta que no existía congruencia entre la cantidad fijada en letras y números por daño moral; y el artículo 407 del Código Procesal Civil faculta al Juez corregir los errores numéricos; por lo tanto confirmo la referida resolución.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos:

MI VOTO es lo siguiente:

1. SE REVOQUE la sentencia la sentencia contenida en la resolución número 18 de fecha cuatro de julio del año dos mil diecisiete que corre a fojas 695 y siguientes que declara fundada en parte la demanda interpuesta por MFV en representación de su hijo RLSF 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 de daños y perjuicios, derivado de negligencia médica; y **REFORMANDOLA** declaro infundada la demanda.

2. CONFIRMO la resolución N° 19 de fecha 11 de julio del 2017, que corre a fojas 711, que resuelve corregir la sentencia contenida en la resolución N° 18 de fecha 04 de julio del 2017 en el extremo erróneo de S/ 200,000.00 siendo lo correcto el monto por daño moral en números S/ 200,000.00 soles. Juez Superior Ponente Dr. César del Castillo Pérez. Y los devolvieron.

Ss.

DEL CASTILLO PEREZ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA CIVIL**

EXPEDIENTE N°18561-2011-0-1801-JR-CI-29

RESOLUCIÓN NÚMERO: 70

Lima, veinte de marzo del dos mil diecinueve.-

VISTOS: Interviniendo como ponente el señor Juez Superior *Jaeger Requejo*; por sus fundamentos y **CONSIDERANDO:** **PRIMERO:** Que, es materia de grado la sentencia contenida en la resolución número cincuenta y siete, su fecha cuatro de enero de dos mil dieciocho, obrante a folios setecientos cincuenta y cinco, y siguientes, que resuelve declarar **fundada en parte** la demanda y en consecuencia, ordena que los codemandados paguen a favor de la demandante, por concepto de Lucro Cesante el monto de S/. 220,000.00 (doscientos veinte mil nuevos soles) y por concepto de Daño Moral el monto de S/. 100,000.00 (cien mil nuevos soles); e **infundada** la demanda en cuanto se solicita indemnización por Daño Emergente; con costas y costos; **SEGUNDO:** **2.1.** Mediante escrito de folios ochocientos veintiuno, el codemandado *don Juan Jaime Farfán La Torre* apela señalando como agravio que la judicatura omite evaluar la fractura causal de la responsabilidad objetiva por hecho de la propia víctima. Refiere que previamente a acudir al Hospital de EsSalud la paciente fue atendida por su vecino de profesión médico quien se encargó de suministrarle una serie de medicamentos, como son la ampolla de Plidan Compuesto y la pastilla de Effortil, lo que ocasionó que al momento de la atención de emergencia la misma no presentara síntomas de gravedad ni malestares mayores a la de un dolor de cabeza. Por lo referido, arguye se ha presentado un enmascaramiento del verdadero mal, lo que le exime de responsabilidad civil. **2.2.** En su recurso impugnatorio de folios ochocientos treinta *doña DRNA, en representación de su nieta ESFA*, refiere que para valorar el concepto de daño emergente, se ha debido recurrir al principio de Primacía de la Realidad en la medida que es posible otorgar una indemnización por medio del razonamiento lógico-crítico y las reglas de la experiencia. Respecto al daño moral, señala que la suma fijada por dicho concepto

resulta diminuta en atención a la magnitud y el menoscabo producido a la víctima y su familia. **2.3** Por su parte, el apoderado de la entidad codemandada Seguro Social de Salud- EsSalud apela sosteniendo que no le es aplicable a su representada el artículo 1983° del Código Civil, y que en la sentencia no existe fundamento alguno que le impute responsabilidad; asimismo, que no se ha cumplido con desarrollar cada uno de los elementos de responsabilidad civil con relación a su apoderada; **TERCERO:** De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. La apelación como recurso ordinario para impugnar autos y sentencias está regida por principios específicos que orientan su actuación entre los cuales destacan: el *“Tantum devolutum quantum appellatum”*, y el de la prohibición de la *“reformatio in peius”*. El primero, estrechamente ligado a los principios dispositivo y de congruencia procesal, significa que el órgano revisor (Ad quem) al resolver la apelación deberá pronunciarse sólo sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso. El segundo, es uno de los principios característicos del recurso de apelación, implicando el impedimento del órgano revisor de modificar la resolución impugnada empeorando la situación del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte (el apelado); **CUARTO:** Respecto a la responsabilidad civil, cabe señalar que se encuentra referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como: **i)** consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual) o **ii)** resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional; cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual; **QUINTO:** Absolviendo el primer agravio se debe precisar, a modo de introducción, que la iatrogenia médica como producto de mala praxis se sustenta no en el hecho del resultado, sino en la conducta diligente del médico que en ejercicio de sus funciones ejercita su labor para diagnosticar y salvar la vida del paciente asignado bajo su responsabilidad. En el caso en concreto se desprende de las copias fotostáticas del Atestado Policial N°47-10-DIRINCRI-DIVINCRI-BREÑA-IM de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez, la copia literal del Informe Pericial de Necropsia Legal

N°003159-2009 expedido por la División de Tanatología Forense del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, la copia certificada de la Historia Clínica EsSalud de la paciente SEAN, así como del Informe de Auditoría Médica N|002-CAM-HNERM-ESSALUD-2010 de fecha nueve de septiembre de dos mil diez, que el codemandado Juan Jaime Farfán La Torre, en su condición de médico de emergencia del hospital Rebagliati Martins, no cumplió con agotar las posibilidades mínimas para un diagnóstico acertado de la paciente de su cuidado, cuyos síntomas ameritaban un examen médico exhaustivo; caso contrario el aludido se limitó a efectuar someramente un tratamiento con diazepam y diclofenaco intramuscular para luego proceder a dar de alta a la paciente con un diagnóstico errado, lo que aumentó de manera significativa el riesgo permitido y contribuyó a que unas horas más tarde se produzca el deceso de la mencionada. Por lo anterior, justificar su actuar en el hecho que hubo un enmascaramiento de síntomas que hizo que la víctima llegara de manera estable al nosocomio, en el sentido que fuera suministrada previamente con medicamentos tales como una pastilla de Effortil y una inyección de Plidan, conforme se han detallado en las declaraciones insertas en el Atestado Policial N°47-10-DIRINCRI-DIVINCRI-BREÑA-IM, no lo exime de responsabilidad, sumado a que tal argumento en nada enerva ni constituye una fractura del nexo causal; a mayor abunde a la fecha el aludido ha sido condenado como autor del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - Homicidio Culposo en agravio de la occisa de nombre SEAN por el Quincuagésimo Tercer Juzgado Penal de Lima (Expediente N° 7025-12), sentencia confirmada por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel – Colegiado “B” de la Corte Superior de Lima; **SEXTO:** Con relación al agravio formulado por doña DRNA, en representación de su nieta ESFA; el daño emergente viene a ser la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, por el cual la accionante peticona como monto indemnizatorio la suma de S/. 150,000.00, sin embargo, no obra en autos instrumental para determinar la pérdida patrimonial sufrida que acredite el monto solicitado como daño emergente, como son los recibos o facturas respecto a los gastos de sepelios u otros medios de prueba, por lo que no cabe amparar la demanda en ese extremo, no siendo aplicable el principio que trae a colación ya que todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica en consecuencia que quien alegué haber sufrido un daño, debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación civil. Por otro lado cabe mencionar que el artículo 1984° del Código Civil establece que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, por lo que, considerando que consecuencia de la mala praxis médica la menor de

nombre ESFA ha quedado huérfana de madre a una edad muy temprana (poco más de dos años), lo que ha generado en ella una afección emocional significativa, dada su condición de menor sujeta al cuidado maternal, debe fijarse por este concepto un monto prudencial en la suma de S/. 250,000.00 nuevos soles; **SÉTIMO:** Por lo que toca a lo alegado por la entidad codemandada Seguro Social de Salud- EsSalud, es de precisar que el artículo 48° de la Ley N° 26842 de la Ley General de Salud, establece la responsabilidad objetiva de la estructura sanitaria por la dependencia del profesional médico: *“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 (...)”*. Cabe indicar que se entiende por responsabilidad vicaria al supuesto referido en el artículo 1981 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente: *“Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. Es autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”*. El sustento para que se configure dicha responsabilidad es la concurrencia de tres elementos: **a)** una relación de dependencia en la que el autor del daño haya dependido para obrar de la autorización del principal; **b)** el ejercicio de la función, en la que se responde por los daños que cause el subordinado que tengan relación con la función encomendada; y, **c)** el acto ilícito del subordinado, es decir, que es necesario que el subordinado sea el mismo responsable. Ahora estando caso en particular, recurren estos tres requisitos ya que es demás probado que la mala praxis del médico se suscitó mientras laboraba en el área de emergencia del Hospital Rebagliati Martins, establecimiento de EsSalud, es decir, cuando mantenía una relación de dependencia con dicha institución; siendo ella así la empresa tiene la calidad de garante a efectos de reparar el daño ocasionado; **OCTAVO:** Por lo antes expuesto y en garantía del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva regulado en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, este Colegiado considera que debe confirmarse en parte la resolución venida en grado, ya que se han configurado todos los elementos de la responsabilidad civil, debiendo asumir los demandados el pago de las sumas ordenadas a pagar de forma solidaria de conformidad con lo que dispone el artículo 1983 del Código Civil¹ y con el pago de intereses legales en aplicación de lo

¹ Responsabilidad solidaria

que dispone el artículo 1985° del acotado Código²; Por estas consideraciones: **CONFIRMARON** la resolución número cincuenta y siete de fecha cuatro de enero de dos mil dieciocho, obrante a fojas setecientos cincuenta y cinco, y siguientes, que resuelve declarar **fundada en parte** la demanda y en consecuencia, ordena que los codemandados paguen por concepto de Lucro Cesante el monto de S/. 220,000.00 (doscientos veinte mil nuevos soles); e **infundada** la demanda en cuanto solicita indemnización por Daño Emergente; con costas y costos; **REVOCARON** la sentencia en el extremo que fija el monto por concepto de Daño Moral en la suma de S/. 100,000.00 (cien mil nuevos soles); **Reformándola** la fijaron en la suma de S/. 250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles); precisándose que el pago de la indemnización se efectuará de forma solidaria por los codemandados; En los seguidos por ESFA representada por DRNA. contra EsSalud y otro, sobre Indemnización; y los devolvieron.-

S.S

JAEGER REQUEJO

CÉSPEDES CABALA

GALLARDO NEYRA

Artículo 1983.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

² **Contenido de la indemnización**

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH
Juzgado Civil Transitorio de Huaraz

JUZGADO CIVIL TRANSITORIO - SEDE HUARAZ

EXPEDIENTE : 00796-2002-0-0201-JM-CI-01

MATERIA : INDEMNIZACION

JUEZ : RODRIGUEZ OTERO, JUAN ROBERTO

ESPECIALISTA : VEGA DEXTRE, MARIO BRUNO

DEMANDADO : CAZO UBILLUS MARIA ELENA REPRESENTANTE DE LA CLINICA SAN PABLO

**: MARTINES EBELL CARLOS HERNAN
REPRESENTANTE DE LA EMPRESA MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A.**

DEMANDANTE : FMPC

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: CIENTO DIECIOCHO

Huaraz, catorce de abril de dos mil quince.-

VISTO; El proceso seguido por **FMPC** sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**—daño a la persona, moral y lucro cesante—, acción que dirige contra la **CLÍNICA SAN PABLO** y la **EMPRESA MINERA BARRICK MISQUICHILCA**. Con los siguientes cuadernos: de auxilio judicial, cuaderno de excepción de falta legitimidad (02) y cuaderno de apelación de excepción (01).

I. ANTECEDENTES PROCESALES.-

A) DE LA DEMANDA

Fundamentos de hecho: Mediante escrito de páginas noventa y dos a ciento tres, FMPC interpone demanda sobre indemnización por daños y perjuicios a fin de las codemandadas le paguen la suma de doscientos mil dólares americanos por los siguientes argumentos: Señala que ha trabajado en la Empresa Minera Barrick Misquichilca desde el trece de julio de mil novecientos noventa y ocho como Operador Multifuncional de la Planta de Procesos—área

refinería y que a raíz de una lesión en la rodilla por un accidente deportivo acudió el seis de noviembre de dos mil uno al Policlínico que la Clínica San Pablo administra en el distrito de Taricá (entidad prestadora de salud para los trabajadores de la empresa Barrick), donde los médicos consideraron pertinente su traslado a la Clínica San Pablo de la ciudad de Huaraz, en que con fecha diez de noviembre se le practicó una operación de artroscopia a los meniscos de la rodilla y comenzó a ingerir medicamentos recetados. Indica que el diecinueve de noviembre de dos mil uno empezó a sentirse mal, por lo que acudió al Policlínico San Pablo de Taricá en que le diagnosticaron una simple gastritis, empeorando su situación al minimizar los padecimientos que tenía. Es así que después de malas atenciones y a consecuencia de un desmayo, es llevado de emergencia a la Clínica San Pablo de Huaraz el veinte de noviembre de dos mil uno, donde luego de ser evaluado por especialistas le diagnosticaron “*reacción alérgica medicamentosa*”; sin embargo, como a pesar del diagnóstico su situación no mejoraba se realizó una junta de médicos—con la participación un médico de la empresa minera emplazada—determinándose negligentemente el mismo diagnóstico y negándose a trasladarlo a Lima para un tratamiento. Recién el veintiséis de noviembre de dos mil uno por insistencia de sus familiares lo evacuaron de emergencia a la Clínica San Pablo de Lima, en que se ordenó realizar una resonancia magnética que dio como resultado “*trombosis cerebral venosa*”, sometiéndose a tratamiento con medicamentos del veintiséis de noviembre al veintidós de diciembre de dos mil uno, siendo la causa de su enfermedad el tratamiento errado y negligente con el que lo tuvieron por mucho tiempo. Posterior a ello, el veinticuatro de agosto de dos mil dos, los gerentes de la empresa minera se comprometieron a trasladar al demandante a la Sede de Lima para trabajar como personal de limpieza o vigilante puesto que por su mal se encontraba impedido de permanecer en Huaraz (por la altura) e indemnizarle por lo sucedido con su enfermedad; no obstante, el veintinueve de agosto de dos mil dos, proceden a despedirlo arbitrariamente, indicándole luego por intermedio de la doctora Vasallo que antes de recibir la indemnización de despido arbitrario, lo acordado sobre el

precio de su casa y las mejoras y sus beneficios sociales tenía que firmar un documento en que se comprometiera a renunciar a toda acción administrativa y judicial contra la empresa Barrick, es decir, le exigían que no accione por los daños a su salud, persona y familia derivados de su enfermedad y el despido sufrido e incluso aceptar que si tenía mercurio en el cuerpo ocasionado a raíz del trabajo minero en contacto con los minerales, ello se debía a una negligencia propia, hecho que lo enervó y pidió entrevistarse con los jefes, refiriéndole la abogada que no le convenía tener pleitos con la empresa porque es muy poderosa. Sostiene que a consecuencia de todo lo expuesto, en la actualidad ha visto frustrada su realización personal, habiendo ello repercutido no solo en su salud mental y física, sino también en su familia.

Fundamentos de derecho: Ampara jurídicamente su pretensión en los arts. 1969°, 1983°, 1984° y 1985° del Código Civil y arts. 475° (*inc. 2 y 3*), 476° y 478° del Código Procesal Civil.

B) DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

▪ **LA EMPRESA MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A.**, se apersona al proceso y contesta la demanda mediante escrito de páginas doscientos cuarenta y dos a trescientos siete, solicitando que sea declarada infundada y alega: Que, Barrick por sí misma nunca ha brindado prestaciones de salud para sus trabajadores y ni siquiera participado de la elección de la Entidad Prestadora de salud del personal, por lo que no tiene responsabilidad en los hechos médicos en que el demandante funda su demanda, no siéndole posible pronunciarse sobre los mismos ya que solo la Clínica San Pablo puede absolverlos. Niega la alegación de que un médico de la empresa minera haya participado de la junta médica que determinó el diagnóstico inicial errado, ya que este solo la presenció y niega también la alegación de que Barrick haya impedido trasladar al demandante a la ciudad de Lima para su tratamiento, por el contrario, la empresa minera lo ha apoyado durante todo su tratamiento, hasta su recuperación. Agrega que luego que trasladaran a Lima al demandante el veintiséis de noviembre de dos mil uno para que recibiera tratamiento en condición de internado hasta el mes de febrero de dos mil dos,

Barrick asumió el pago del alojamiento y alimentación de este y su familia, continuando luego bajo tratamiento ambulatorio hasta abril de dos mil dos, en que fue dado de alta por la especialidad de neurología, es decir, estuvo en tratamiento médico por más de cinco meses y durante todo el tiempo que duró su enfermedad y posterior descanso médico hasta agosto de dos mil dos, el demandante recibió sus remuneraciones con total puntualidad. Señala como falso que Barrick encargara la realización de un estudio sobre la salud mental del demandante con el fin de despedirlo por causal de incapacidad; la razón por la que el veintinueve de agosto de dos mil dos resolvió unilateralmente la relación laboral con el demandante fue en pro del bienestar del mismo, puesto que la Junta Médica realizada el tres de mayo de dos mil dos determinó que el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba en la Planta de Procesos de Barrick como Operador Multifuncional constituía un factor de riesgo, ya que implicaría nuevamente estar en la altura y con ello poner en riesgo su propia vida. Luego de la resolución de la relación laboral, se pagó al demandante su CTS y los beneficios sociales que le correspondían mediante proceso no contencioso de consignación de beneficios sociales en el 10° Juzgado Laboral de Lima. Niega la alegación de que Barrick se haya comprometido a indemnizarle por lo sucedido y que le haya ofrecido un trabajo en Lima como personal de vigilancia, así como la alegación de que el demandante esté contaminado con mercurio, por cuanto según el informe emitido por el Laboratorio Clínico Roe el siete de noviembre de dos mil dos, el nivel de mercurio que este tiene en la sangre está por debajo de los límites normales. Por todo lo expuesto, la empresa minera sostiene que ha actuado en ejercicio de sus funciones, no existiendo nexo causal entre los hechos y los supuestos daños o perjuicios que el demandante pretende atribuir arbitrariamente.

Fundamentos de derecho: Invoca el art. 1971° (*inc. 1*) del Código Civil y los arts. 196° y 442° del Código Procesal Civil.

▪ **CLÍNICA SAN PABLO S.A.**, se apersona al proceso y contesta la demanda mediante escrito de páginas quinientos ochenta y seis a seiscientos ocho negando la demanda bajo el argumento de que los profesionales

intervinientes de la Clínica han actuado diligentemente durante toda la atención brindada al demandante. Señala que el demandante por una lesión en la rodilla recibió atención inmediata en el Policlínico San Pablo ubicado en el complejo habitacional de la minera Barrick donde los médicos ordenaron su traslado a la Clínica San Pablo Huaraz a fin de practicársele una operación de Artroscopia de los meniscos de la rodilla, posterior a ello, el veinte de noviembre de dos mil uno, el demandante es internado en la Clínica San Pablo Huaraz diagnosticándosele reacción adversa medicamentosa previa realización de una tomografía axial computarizada cerebral; sin embargo, por la persistencia de la sintomatología es transferido acertadamente a la Clínica San Pablo de la ciudad de Lima, lugar en que con fecha veintiséis de noviembre de dos mil uno luego de realizada una resonancia magnética se le diagnostica trombosis venosa cerebral y síndrome de hipertensión endocraneana. Señala que tras una evolución favorable el demandante es transferido a un centro de cuidados intermedios bajo control periódico de los médicos desde el veintidós de diciembre de dos mil uno hasta el diecinueve de febrero de dos mil dos, saliendo de alta sin secuela neurológica y con indicación de continuar tratamiento ambulatorio, el mismo que siguió siendo dado de alta definitivamente el día diecinueve de abril de dos mil dos, luego, el tres de mayo del mismo año los médicos de la Clínica se reúnen en junta estableciendo que a causa de la trombosis venosa cerebral que padecía el demandante la actividad laboral que desarrollaba en la empresa minera se constituía como un grave factor de riesgo por estar asociada con la altura y se le indica continuar con el tratamiento médico y con anti coagulación oral hasta completar el año (noviembre de 2002), no siendo responsabilidad de la Clínica que por las características de su problema de salud no pueda seguir realizando las labores en la empresa minera. Sostiene que no ha existido omisión o negligencia por parte de la Clínica, puesto que la atención brindada fue inmediata y porque el diagnóstico inicial de que padecía “*reacción adversa medicamentosa*” no podía ser descartado no solo porque el paciente venía recibiendo medicación a raíz de una operación a la rodilla, sino también porque presentaba síntomas y

signos muy generales e inespecíficos. Indica que la trombosis venosa cerebral que padece el demandante se presenta por agentes propios del paciente y ajenos a un tratamiento médico, siendo que el tiempo que demoró su diagnóstico y los medicamentos recetados por la Clínica, no condicionaron la existencia de su enfermedad, ya que él siempre fue portador. Finalmente remarca que a la fecha el paciente se encuentra totalmente curado y en buen estado de salud, siendo inconcebible la afirmación de que la atención médica fue lo que ocasionó la trombosis cerebral del demandante y posteriores perjuicios.

Fundamentos de derecho: Invoca los arts. 1330°, 1331°, 1969° y 1985° del Código Civil.

C) DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

Mediante resolución número cuatro del veinte de febrero de dos mil tres, obrante en la página ciento veintiuno, se admite a trámite la demanda interpuesta en la vía de proceso de conocimiento. Con resolución número trece del veintisiete de enero de dos mil cuatro, obrante en el cuaderno de excepciones, se declara infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandada Barrick Misquichilca y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de falta de legitimidad para obrar de la demandada Clínica San Pablo, dictamen que es confirmado con resolución del veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro. La Audiencia de Conciliación o Fijación de Puntos Controvertidos se lleva a cabo el cuatro de enero de dos mil cinco, en los términos del acta de páginas setecientos sesenta y tres a setecientos setenta y cinco, en la que se deja en constancia de la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio por cuanto las partes se mantienen en sus posiciones, procediéndose a fijar los puntos controvertidos y admitiéndose los medios probatorios presentados. La Audiencia de Pruebas se lleva a cabo el ocho de julio de dos mil diez, en los términos del acta de páginas mil cuatrocientos cincuenta y dos a mil cuatrocientos cincuenta y siete, con continuación en los términos de las actas de páginas mil setecientos diecinueve a mil setecientos veintitrés, mil cuatrocientos cincuenta y dos a mil

cuatrocientos cincuenta y siete, mil setecientos diecinueve a mil setecientos veintitrés y mil setecientos veintinueve a mil setecientos treinta y dos, dejándose los autos para ser sentenciados, momento que ha llegado y se expide la presente;

II. CONSIDERANDOS.-

PRIMERO: Del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, es uno de los derechos fundamentales y constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.

SEGUNDO: Del debido proceso

El inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, regula la institución denominada debido proceso, que se constituye como la primera de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia al permitir el acceso libres e irrestricto a los Tribunales de Justicia a todo ciudadano sin restricción alguna; y en el caso concreto se advierte que el Órgano Jurisdiccional ha cumplido con lo impuesto por la Carta Magna. El juzgado ha cumplido con otorgar a los justiciables todas y cada una de las garantías del debido proceso, respetando su derecho de defensa, contradicción, prueba y alegación sin restricción alguna.

TERCERO: Fin Concreto del Proceso

El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad

abstracta es lograr la paz social en justicia. En caso de vacío o defecto en las disposiciones de la norma, se deberá recurrir a los principios generales del derecho y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso.

CUARTO: La sentencia como fin de la instancia

La sentencia pone fin a la instancia o al proceso en definitiva y se motiva sobre la cuestión o cuestiones controvertidas (pretensiones) declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal; el pronunciamiento que contenga una sentencia, tiene que vincularse obligatoria e inevitablemente, a la fijación de los puntos materia de prueba; por tanto, bajo ese contexto, se ejercita la actividad probatoria, dentro de los cánones de los denominados, sistemas probatorios; esto es, “la actividad probatoria autónoma o la actividad probatoria dinámica”; es decir, las partes prueban sus alegaciones; pero, también el operador jurisdiccional, puede ejercer sus facultades de dirección del proceso.

QUINTO: La sentencia como manifestación jurídica

La sentencia, como manifestación jurídica es la voluntad plasmada de la solución de una causa en su fondo mismo, y presupone igualmente el agotamiento de un proceso¹. En esa misma orientación, Devis Echandía Hernando, refiere que la sentencia es el acto por el cual el Juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre todas las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado (...) toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del Juez, en el cual existen las premisas y la conclusión².

SEXTO: La carga de la prueba y fijación de puntos controvertidos

6.1. El artículo 196° del Código Procesal Civil establece, “salvo disposición legal distinta, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos”, y

¹ Puntualiza Quintero Beatriz y Prieto Eugenio, Teoría General del Proceso, Tomo II, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá Colombia).

² Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, 1985, Tomo II, folio 515-516.

de acuerdo al dispositivo siguiente, esto es, artículo 197º, “los medios probatorios son valorados en forma conjunta por el juzgador utilizando para ello su apreciación razonada.

6.2. El juzgado ha fijado como puntos controvertidos los siguientes:

i. Determinar si la enfermedad de la Trombosis Venosa Cerebral que actualmente padece el señor FMPC, es un problema congénito o es como consecuencia del mercurio que inhala de las labores realizadas en la Empresa Minera Barrick.

ii. Determinar si el médico de la empresa Barrick Luis Pérez ha cometido negligencia médica al no determinar oportunamente el mal que actualmente tiene el señor FMPC, (Trombosis Venosa Cerebral), y si ha intervenido en el tratamiento médico de la persona antes citada.

iii. Determinar si el mal que actualmente padece el señor FMPC, (Trombosis Venosa Cerebral), es consecuencia de los medicamentos que le fueron suministrados por parte de la Clínica San Pablo.

iv. Determinar si ha existido negligencia médica por parte de la Clínica San Pablo en el tratamiento del señor FMPC, quién actualmente padece de Trombosis Venosa Cerebral.

v. Determinar si los médicos de la Clínica San Pablo realizaron desde un inicio hasta el final el tratamiento médico y examen adecuado al señor FMPC.

vi. Determinar si la enfermedad que actualmente padece el señor FMPC, (Trombosis Venosa Cerebral), solo podía ser diagnosticado por una resonancia magnética o es que también existía otros medios adecuados, no utilizados oportunamente por la Clínica San Pablo

vii. Determinar si al demandante FMPC le asiste o no el derecho de exigir se le indemnice por los daños precisados en su demanda hasta por un monto de doscientos mil dólares americanos.

viii. Determinar si las empresas demandadas Empresa Minera Barrick y Clínica San Pablo están obligadas a abonar a favor del demandante FMPC la suma de doscientos mil dólares americanos por los conceptos precisados en la demanda.

6.3. La fijación de puntos controvertidos constituye un acto relevante y trascendente, pues define los asuntos o hechos, en los que existe discrepancia, en el caso de autos materia de probanza, dentro de este contexto el Juzgador valorando las pruebas en su conjunto, resolverá los puntos fijados como controvertidos.

SÉTIMO: De las cuestiones probatorias

7.1. Antes de dilucidar los puntos controvertidos fijados en el presente proceso, cabe indicar que en la audiencia respectiva se ordenó que las cuestiones probatorias deducidas por la parte demandante sean resueltas en la sentencia, razón por la que previamente a la cuestión de fondo se debe emitir un pronunciamiento al respecto.

7.2. Mediante escrito de páginas ciento sesenta a ciento sesenta y ocho, la demandada Empresa Minera Barrick Misquichilca S.A. interpone cuestiones probatorias contra los medios probatorios ofrecidos por el actor en su demanda: **1)** OPOSICIÓN AL “EXÁMEN PSICOLÓGICO” ofrecido por el actor en el punto 13 del ofrecimiento de medios probatorios de la demanda, **2)** OPOSICIÓN AL “EXAMEN FÍSICO PARA DETECTAR LA PRESENCIA DE MERCURIO” ofrecido por el actor en el punto 14 del ofrecimiento de medios probatorios de la demanda; y **3)** Tacha contra el documento: “grabación en cassette”—conversación telefónica, contenido en el punto 16 del ofrecimiento de los medios probatorios de la demanda.

Respecto a las dos primeras cuestiones probatorias advertimos que en audiencia cuya acta obra a páginas ochocientos cuatro a ochocientos diez fueron rechazados estos medios probatorios contra los que se interpusieron las tachas, no habiendo sido admitidos carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

Respecto a la tacha formulada.- La empresa minera emplazada sostiene que debe declararse fundada la tacha contra el documento consistente en la grabación en cassette (conversación telefónica) por cuanto dicho medio probatorio ha sido procurado con violación de un derecho constitucional como es el derecho a la intimidad (inc. 7, art. 2° de la Constitución Política).

7.4. La tacha es el instrumento procesal mediante el cual se cuestiona a los testigos, documentos y pruebas atípicas, con la finalidad de quitarles validez o restarles eficacia probatoria. La tacha documentaria busca que el documento no se tenga en cuenta para probar la materia controvertida; las causales que justifican la tacha de un documentos son: 1) falsedad, y, 2) ausencia de una formalidad esencial que para el documento la ley prescribe sanción de nulidad. En consecuencia, no procederá tachar un documento por causales sustentadas en la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, hechos de extemporaneidad o impertinencia de la prueba.³

7.5. Atendiendo a que los fundamentos de las cuestiones probatorias no se refieren a falsedad de los documentos tachados ni ausencia de formalidad esencial que la ley prescribe para el documento bajo sanción de nulidad, la tacha formulada por la demandada Empresa Minera Barrick Misquichilca S.A. no merece ser amparada.

7.5. Además, se tiene que la grabación de la conversación telefónica que hizo el demandante constituye una intervención realizada por particular, que no es intrínsecamente ilegal, al no existir disposición que exija una autorización y control judicial para tal obtención privada de prueba; y tampoco constituye una vulneración al secreto de las comunicaciones porque las grabaciones no las efectuó un tercero, sino uno de los interlocutores. La verosimilitud de dicha información, se obtiene, no sólo de las declaraciones de quienes grabaron la conversación, sino del conjunto de pruebas llevadas a cabo en el proceso, por ejemplo el reconocimiento de voz por parte de los testigos e incluso de la propia persona a quien se le imputa la voz, esto en la respectiva audiencia de pruebas, por lo que la tacha deviene en infundada.

OCTAVO: Sobre la acción de indemnización por daños y perjuicios

8.1. Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Pero no nada más se refiere a

³ Afirmado por la Corte Suprema en la Casación N°1357-96 / Lima y por la Corte Superior de Lima en el Expediente N° 131-98.

restituir las cosas al estado que tenían antes de que el hecho se presentara, si ello es posible, sino también a resarcir los perjuicios ocasionados.

8.2. Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere de la concurrencia de tres elementos: **a)** la inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo (incumple o cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, por acción o por omisión); **b)** la imputabilidad del obligado, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo (para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión y la inejecución de la obligación); y, **c)** el daño, pues la responsabilidad de una persona no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño (el daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación).

NOVENO: Sobre la responsabilidad contractual y extracontractual

9.1. La indemnización por daños y perjuicios se clasifica en dos clases, en función de su procedencia: la contractual y la extracontractual. La contractual es la que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual (derivada de un contrato), con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento. La extracontractual es aquella que no procede de un contrato; sino que su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas.

9.2. La indemnización nace de la responsabilidad de quien ocasionó el daño. Esta puede ser una responsabilidad civil o penal (cuando nace a partir de la comisión de un delito). En el caso de autos, por los fundamentos de hecho esgrimidos por el accionante en el escrito de su demanda, corresponde la verificación y análisis de una posible responsabilidad civil extracontractual de las codemandadas Clínica San Pablo S.A. y la Empresa Minera Barrick Misquichilca.

DÉCIMO: Sobre el daño indemnizable

10.1. Para declarar la responsabilidad extracontractual no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. El artículo 1985° del Código Civil establece que: “La

indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.” Es decir, el perjudicado tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas (daño emergente) y las utilidades frustradas (daño lucro cesante), así como la reparación por el daño no patrimonial inferido en derechos de personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que al de la realidad económica (daño moral).

10.2. La probanza de la responsabilidad.- Según el 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.”*

DÉCIMO PRIMERO: Del primer punto controvertido

Referido a determinar si la enfermedad de la Trombosis Venosa Cerebral que actualmente padece el señor FMPC, es un problema congénito o es a consecuencia del mercurio que inhala de las labores realizadas en la Empresa Minera Barrick.

11.1. El demandante refiere que un factor que motivó la enfermedad de *“trombosis venosa cerebral”* que actualmente padece es la presencia de mercurio en su organismo a consecuencia de las labores que desempeñaba en como Operador Multifuncional de la Planta de Procesos—área refinería en la Empresa Minera Barrick Misquichilca.

11.2. Conforme al peritaje neurológico obrante en las páginas mil quinientos cincuenta y cuatro, con ampliación en la página mil seiscientos seis del cuaderno principal, la causa de la enfermedad padecida por el demandante *“no logró determinarse”*. Ello por cuanto las causas de la *“trombosis venosa cerebral”* en la mayoría de los casos suele ser desconocida, al ser una enfermedad poco frecuente. Según el informe *“algunas de las posibles causas*

pueden ser estados de hipercoagulabilidad como síndrome antifosfolípido o deficiencia de proteína C y S”.

11.3. Cabe añadir en este punto que según la literatura médica de la Sociedad Peruana de Neurología (obstante a páginas quinientos cincuenta y cuatro a quinientos cincuenta y ocho), la “*trombosis venosa cerebral*” es un desequilibrio del cual el paciente es portador, es decir, que no se debe a un factor externo, sino más bien es un problema de salud congénito (en la generalidad de los casos).

Al respecto se cita varias conclusiones extraídas de literatura médica en internet:

"La TVC es una enfermedad de incidencia desconocida, con expresión clínica variable (HEC y/o déficit focal) asociada con diversos procesos patológicos y un gran número de factores de riesgo, no existiendo correlación entre etiología y sitio de obstrucción (salvo en TVC infecciosa)"⁴.

"La trombosis venosa cerebral (TVC) representa hasta la fecha tanto un reto diagnóstico como terapéutico, debido principalmente a la alta variabilidad de presentación y a la falta de un consenso terapéutico claro".⁵

"La Trombosis Cerebral es una entidad que puede ser provocada por múltiples causas (endocrina, hematológica, infecciosa), presenta una incidencia desconocida y las manifestaciones clínicas son variables y generales, como cefalea, papiledema, alteraciones motoras, y compromiso de pares craneales"⁶.

11.4. Siendo este el contexto y de la revisión de los actuados, puede afirmarse que no se ha logrado acreditar la alegación de que la enfermedad que actualmente padece el demandante sea a consecuencia de las labores que realizaba en la Empresa Minera Barrick Misquichilca, ni la presencia de mercurio sobre los límites normales en el organismo del mismo.

DÉCIMO SEGUNDO: Del segundo punto controvertido

⁴ En: http://escuela.med.puc.cl/publ/cuadernos/cuadernos_92/pub_02_92.html

⁵ En: <http://www.elsevier.es/es-revista-neurologia-295-articulo-trombosis-venosa-cerebral-aspectos-actuales-90027258>

⁶ En: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/neurologia/v07_n1-2/trombosis.htm

Referido a determinar si el médico de la Empresa Barrick Luis Pérez ha cometido negligencia médica al no determinar oportunamente el mal que actualmente tiene el señor FMPC, (Trombosis Venosa Cerebral), y si ha intervenido en el tratamiento médico de la persona antes citada.

De la revisión de la Historia Clínica del recurrente que obra en autos, se tiene que fue la Clínica San Pablo y los médicos que la conforman quienes estuvieron a cargo de la atención, tratamiento, medicación y diagnósticos del demandante, siendo la participación del médico de la Empresa Barrick, Luis Pérez, en la junta médica que determinó el diagnóstico inicial errado, únicamente la de asistente, por lo que no le asiste responsabilidad alguna en dicho diagnóstico, por ende no ha incurrido en negligencia médica en el tratamiento del demandante.

DÉCIMO TERCERO: Del tercer punto controvertido

Referido a determinar si el mal que actualmente padece el señor FMPC, (Trombosis Venosa Cerebral), es consecuencia de los medicamentos que le fueron suministrados por parte de la Clínica San Pablo.

Según el peritaje obrante en las páginas mil quinientos cincuenta y cuatro con ampliación en la página mil seiscientos seis del cuaderno principal, después del análisis y verificación de la Historia Clínica del demandante, no se ha logrado determinar o acreditar que la causa de la enfermedad padecida por este sea consecuencia de los medicamentos suministrados por parte de los médicos de Clínica San Pablo.

DÉCIMO CUARTO: Del cuarto punto controvertido

Referido a determinar si ha existido negligencia médica por parte de la Clínica San Pablo en el tratamiento del señor FMPC, quién actualmente padece de Trombosis Venosa Cerebral.

14.1. El demandante refiere que la enfermedad que actualmente padece (trombosis Venosa Cerebral) es consecuencia del tratamiento errado y negligente con el que se le mantuvo por tanto tiempo y los medicamentos que equivocadamente le suministró la Clínica San Pablo.

14.2. Sobre la tratamiento y atención brindada al demandante por la Clínica San Pablo.- De la revisión de la Historia Clínica del demandante (páginas trescientos trece a trescientos veinticinco) y peritaje obrante en las páginas mil quinientos cincuenta y cuatro, en resumen, la atención brindada al demandante en la Clínica San Pablo fue la siguiente: **1)** Con fecha diez de noviembre de dos mil uno fue sometido a una artroscopia de rodilla derecha por meniscopatía; **2)** El veinte de noviembre de dos mil uno fue internado en la Clínica San Pablo de Huaraz con el diagnóstico de *“síndrome confusional e hiponatremia”*; **3)** Para descartar reacción adversa medicamentosa y síndrome orgánico cerebral, se le realizó una tomografía Axial Computarizada cerebral, que arrojó un diagnóstico de *“reacción alérgica medicamentosa”*; **4)** Debido a la persistencia sintomatológica se transfirió al demandante a la Clínica San Pablo de la ciudad de Lima, en que con fecha veintiséis de noviembre de dos mil uno se le realizó, entre otros exámenes, una resonancia magnética, determinándose que padecía *“trombosis venosa cerebral”* y *“síndrome de hipertensión endocraneana”* (página ochenta y siete); **5)** El demandante es sometido a tratamiento médico, como anticoagulación plena con warfarina; **6)** En la unidad de cuidados intermedios es evaluado saliendo de alta con buena evolución, con anticoagulación oral y con indicación de continuar tratamiento ambulatorio; y, **7)** El demandante continuó con el tratamiento indicado y con anticoagulación oral hasta completar un año.

14.3. Según el Peritaje de parte de neurología realizado por el doctor Alberto Gallardo Mellado, Médico Cirujano Neurólogo, del análisis de la Historia Clínica del demandante se concluye que la Trombosis Venosa Cerebral que padece el demandante es una enfermedad de la cual este es portador, no siendo la misma responsabilidad del médico o médicos que lo trataron (páginas quinientos veintiséis a quinientos veintiocho).

14.4. Según los informes médicos obrantes en las páginas quinientos treinta a quinientos treinta y cuatro, *“el demandante es portador de la enfermedad, habiendo sido atendido en la Clínica con una evolución favorable”*, se señala además que este *“presentaba síntomas inespecíficos”* por lo que no podía ser

descartado el diagnóstico inicial de reacción adversa medicamentosa, teniendo en consideración que existía un antecedente de operación diez días antes a su nueva hospitalización con fecha veinte de noviembre de dos mil uno.

14.5. Por lo antes citado, de la verificación de la Historia Clínica del demandante, los informes antes citados y conclusión a que se arriba en el peritaje ordenado de oficio que obra en las páginas mil quinientos cincuenta y cuatro; la Clínica San Pablo realizó los exámenes de rutina, exámenes auxiliares, consultas e interconsultas a diversas especialidades, necesarios para la determinación del verdadero diagnóstico de su enfermedad, no siendo su accionar uno negligente o doloso.

14.6. Del tratamiento seguido después de detectada la enfermedad.- Luego de determinado el diagnóstico del verdadero padecimiento del demandante, según el informe pericial *“la evolución post operatoria fue adecuada”*. Ello se encuentra acreditado con: Informe de Tomografía de fecha uno y quince de diciembre de dos mil uno (páginas quinientos cuarenta y tres y quinientos cuarenta y cuatro), Informe de Resonancia magnética del veintiuno de diciembre de dos mil uno (páginas quinientos cuarenta y cinco y quinientos cuarenta y seis), Informe de resonancia magnética del dieciocho de marzo de dos mil dos sobre la evolución del tratamiento (páginas quinientos cuarenta y siete y quinientos cuarenta y ocho) y juntas médicas (páginas quinientos cincuenta a quinientos cincuenta y tres).

14.7. En síntesis, de lo antes expuesto se colige: **1)** Que, el tiempo en que los médicos de la clínica emplazada tardaron en determinar el diagnóstico de lo que realmente padecía no fue un factor determinante en el origen de la enfermedad; **2)** Que, la Clínica San Pablo actuó diligentemente antes y después del diagnóstico de la enfermedad que padece el demandante (trombosis venosa cerebral); y, **3)** Que, los médicos de la Clínica San Pablo S.A. no fueron causantes de la trombosis, ni por acción ni por omisión.

DÉCIMO QUINTO: Del quinto punto controvertido

Referido a determinar si los médicos de la Clínica San Pablo realizaron desde un inicio hasta el final el tratamiento médico y examen adecuado al señor FMPC.

Según el informe pericial realizado por los médicos especialistas en neurología, que obra en la página mil quinientos cincuenta y cuatro, con ampliación en la página mil seiscientos seis: **1) “El protocolo para la determinación del diagnóstico fue el adecuado”, 2) “No se llegó a determinar la causa de la enfermedad del demandante”, 3) “Dicha patología no fue causada por acción u omisión de los médicos tratantes”; y, 4) “El tratamiento de anti coagulación oral que siguió el demandante fue el adecuado”.** Se advierte pues que si bien es cierto inicialmente no se diagnosticaba la enfermedad del demandante ello debido a la rareza de la misma más no a una mala praxis médica pues el tratamiento y examen fueron los adecuados para determinar la enfermedad.

DÉCIMO SEXTO: Del sexto punto controvertido

Referido a determinar si la enfermedad que actualmente padece el señor FMPC, (Trombosis Venosa Cerebral), solo podía ser diagnosticado por una resonancia magnética o es que también existía otros medios médicos adecuados no utilizados oportunamente por la Clínica San Pablo.

Tal y como quedó establecido en el desarrollo de los puntos controvertidos que anteceden, la enfermedad padecida por el demandante (trombosis venosa cerebral) presenta síntomas generales, no específicos, siendo por ello su diagnóstico de difícil acceso; por esta razón, el diagnóstico inicial de reacción adversa medicamentosa no podía ser descartado. La resonancia magnética realizada el día veintiséis de noviembre de dos mil se constituye entonces como la única forma de determinar el diagnóstico de esta rara enfermedad, siendo ello así queda determinado que la Clínica San Pablo en esta ciudad de Huaraz carecía de medios médicos adecuados que pudieran ser utilizados para diagnosticar la enfermedad que padece el demandante. .

DÉCIMO SÉTIMO: Del sétimo punto controvertido

Referido a determinar si al demandante FMPC le asiste o no el derecho de exigir se le indemnice por los daños precisados en su demanda hasta por un monto de doscientos mil dólares americanos.

a) Sobre la responsabilidad civil de la Empresa Minera Barrick Misquichilca

17.1. En el primer punto controvertido se desarrolló la controversia referida a determinar si la enfermedad que padece el demandante (trombosis venosa cerebral) era consecuencia de las labores que realizaba en la Empresa Minera como Operador Multifuncional en la Planta de Refinería y el contacto que tenía con minerales como el mercurio; sin embargo, no logró acreditarse o probarse que ello sea así, por lo que no resulta procedente atribuirle la responsabilidad por la enfermedad a la empresa antes referida.

17.2. Además alega el recurrente que corresponde que se le indemnice por cuanto a consecuencia de su padecimiento la empresa minera procedió a resolver unilateralmente su relación laboral, sin que exista justificación para ello, ya que con fecha veinticuatro de agosto de dos mil dos, los gerentes se habían comprometido a trasladar al demandante a la Sede de Lima para trabajar como personal de limpieza o vigilante puesto que por su mal se encontraba impedido de permanecer en Huaraz (por la altura) e indemnizarle por lo sucedido con su enfermedad. Señala que ello ocasionó que en la actualidad haya visto frustrada su realización personal, habiendo repercutido no solo en su salud mental y física, sino también en su familia.

17.3. Respecto a la alegación de una supuesta arbitrariedad al resolverse el contrato de trabajo del demandante; la empresa minera presenta los medios probatorios que justificaron la decisión tomada el veintinueve de agosto de dos mil dos, así se tiene: **1)** Copia legalizada de la junta médica efectuada el tres de mayo de dos mil dos en el Complejo Hospitalario San Pablo de la ciudad de Lima, por tres especialistas (neurólogo, hematólogo y médico interno) en relación a la salud física del demandante en que se refiere que la altura y el trabajo que desempeñaba en la empresa minera se constituían como graves factores de riesgo, y médicamente el demandante no podía seguir trabajando

como operador multifuncional en el área de procesos-refinería de Barrick (página doscientos veintiocho); y, **2)** Copia legalizada del informe emitido por el Instituto de Investigaciones emitido por el Instituto de Investigaciones de la Altura de la Universidad Peruana Cayetano Heredia, que estableció que la exposición a la altura constituye un factor de riesgo para el Sr. Pastor por haber sufrido trombosis venosa (páginas doscientos veintinueve y doscientos treinta).

17.4. Luego de la resolución del contrato la empresa minera cumplió con pagar los beneficios sociales al recurrente tal como se encuentra acreditado con: **1)** Copia legalizada del cargo de ingreso al 10° Juzgado Laboral de Lima de la demandante interpuesta por Barrick el dos de octubre de dos mil dos sobre consignación de beneficios sociales a favor del demandante (página doscientos treinta y siete); **2)** Copia legalizada de la Liquidación de Beneficios Sociales del demandante expedida el dos de septiembre de dos mil dos por la empleadora Barrick por US \$ 5,633.01 dólares (página doscientos treinta y ocho); y, **3)** Copia Legalizada del cheque de Gerencia N° 08042358 del Banco Wiese Sudameris emitido a favor del demandante por la suma de US \$ 5,633.01 dólares correspondiente a sus beneficios sociales correspondiente a sus beneficios sociales (página doscientos treinta y nueve).

17.4. Respecto a la alegación de un supuesto ofrecimiento de los gerentes de la empresa Barrick Misquichillca, quienes según el demandante se habían comprometido a trasladarlo a la Sede de Lima para trabajar como personal de limpieza o vigilante puesto que por su mal se encontraba impedido de permanecer en Huaraz (por la altura) e indemnizarle por lo sucedido con su enfermedad, de la revisión del expediente se tiene que ello no se encuentra probado. La empresa minera emplazada presenta la copia legalizada de la Constancia expedida por el Jefe de departamento de Seguridad de Barrick con fecha veintiocho de abril de dos mil tres, que acredita que las oficinas administrativas que Barrick tiene en Lima no tienen servicio de seguridad ni mantenimiento, sino que utilizan los servicios que en forma general Inversiones República S.A. ha contratado a la Empresa Servicios Integrales S.A. SEINSA

para efectuar labores de seguridad y limpieza (página doscientos ochenta y uno), razón por la que dicho ofrecimiento no era posible.

17.5. Cabe agregar que de la revisión del expediente principal se encuentra acreditada la alegación que hace la empresa Minera Barrick Misquichillca respecto al apoyo que se brindó al demandante durante su tratamiento y para su recuperación, así se tiene: **1)** Copia legalizada de cuatro memorándum de fechas dos de mayo de dos mil dos, veintisiete de mayo de dos mil dos, uno de julio de dos mil dos y veintiséis de agosto de dos mil dos dirigidos por el área de Recursos Humanos de Barrick al área de contabilidad de Barrick, ordenando efectuarse periódicos depósitos en la cuenta de ahorro del demandante en el Banco Wiese Sudameris, así como el arrendamiento de la vivienda en la ciudad de Lima mientras dure su tratamiento médico; **2)** Copia legalizada del comprobante expedido por TeleWiese del Banco Wiese Sudameris que acredita un depósito de US \$ 360 dólares en la Cuenta de Ahorro N° 751-7006914 del demandante—para los meses de marzo, abril y mayo dos mil dos (página doscientos veintitrés); **3)** Copia legalizada del comprobante expedido por Telewiese del Banco Wiese Sudameris que acredita el depósito de fecha treinta de mayo de dos mil dos por el monto de US \$ 120 dólares—alquiler junio (página doscientos veinticuatro); **4)** Copia legalizada del comprobante expedido por Telewiese del Banco Wiese Sudameris que acredita el depósito de fecha del ocho de julio de dos mil dos por el monto de US \$ 120 dólares—alquiler julio (página doscientos veinticinco); y, **5)** Copia legalizada del comprobante expedido por Telewiese del Banco Wiese Sudameris que acredita el depósito de fecha veinte de septiembre de dos mil dos por el monto de US \$ 120 dólares—alquiler agosto (página doscientos veintiséis).

17.6. Tal como se ha dilucidados en párrafos antecedentes, no ha logrado acreditarse en autos que el padecimiento de la enfermedad y los posteriores perjuicios sean a consecuencia de las labores que realizaba en la empresa minera, tampoco los demás hechos en que el recurrente funda su demanda para justificar el pago de una indemnización por parte de la empresa minera

emplazada, por lo que no resulta atendible su pretensión respecto de la referida empresa.

b) Sobre la Responsabilidad de la Clínica San Pablo

17.7. Si bien es cierto, el demandante presenta medios probatorios como la Ficha de informe de resultados expedido por el Laboratorio Quintanilla de fecha veinticuatro de junio de dos mil tres (página seiscientos cincuenta), el Certificado Médico de fecha veinticinco de junio de dos mil tres (página seiscientos cincuenta y uno) y la constancia de Atención “consultorios Externos” expedido por la Unidad Territorial de Salud N° 2 de fecha veinte de septiembre de dos mil tres donde se diagnostica “Secuela de Trombosis Venosa Dural; Angioma Venoso Cerebeloso Derecho; Anti coagulación” (página seiscientos setenta y nueve), que indican que el recurrente aún mantiene un tratamiento por la enfermedad que padece, de la revisión de la Historia Clínica del demandante y el peritaje neurológico ordenado de oficio que obra en el expediente (dilucidado en el tercer, cuarto y quinto punto controvertido), la atención, diagnóstico y posterior tratamiento seguido por los médicos de la Clínica San Pablo fue el adecuado, no advirtiéndose negligencia o culpa en el actuar médico de la referida entidad emplazada. En consecuencia, al no haberse logrado acreditar que la enfermedad y eventuales perjuicios derivados de esta se deban al tiempo en que fue detectada la enfermedad, a los medicamentos o al tratamiento seguido, no resulta atendible declarar una responsabilidad por parte de la Clínica emplazada.

DÉCIMO OCTAVO: Del octavo punto controvertido

Referido a determinar si las empresas demandadas Empresa Minera Barrick y Clínica San Pablo están obligadas a abonar a favor del demandante FMPC la suma de doscientos mil dólares americanos por los conceptos precisados en la demanda.

No habiéndose advertido que las codemandadas Empresa Minera Barrick Misquichilca y Clínica San Pablo, sean responsables de la enfermedad padecida por el demandante y posteriores perjuicios, y demás conceptos y hechos precisados en la demanda, no corresponde ordenar el abono de

doscientos mil dólares americanos por parte de las referidas demandadas al accionante.

DÉCIMO NOVENO: Valoración de la prueba

La presente resolución expresa sólo las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión jurisdiccional, tanto más si las no glosadas en nada van a enervar los fundamentos expuestos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197° del Código Procesal Civil.

VIGÉSIMO: De las costas y costos

Conforme dispone el artículo 412° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso, el reembolso de las costas y costos no requieren ser demandadas y son de cargo de la parte vencida; sin embargo, se ha regulado también la facultad del Juez para poder exonerar del pago a la parte vencida, hecho que en el presente caso el Juez considera atendible en tanto que el demandante ha creído en su derecho por lo que ha tenido motivos atendible para litigar.

Por estas consideraciones y normas glosadas y de acuerdo además con los artículos 121°, 122°, 188°, 196° y 197° del Código Procesal Civil; y artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 34° de la Ley de la Carrera Judicial, administrando justicia a nombre de la **NACIÓN**, el **JUZGADO CIVIL TRANSITORIO DE HUARAZ DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH**;

III. DECISIÓN.-

FALLO

Declarando **1) INFUNDADA** la tacha promovida contra el documento: “grabación en cassette”—conversación telefónica, contenido en el punto 16 del ofrecimiento de los medios probatorios de la demanda y sin objeto pronunciarse respecto a las oposiciones formuladas contra el “EXÁMEN PSICOLÓGICO” ofrecido por el actor en el punto 13 del ofrecimiento de medios probatorios de la demanda y el “EXAMEN FÍSICO PARA DETECTAR LA PRESENCIA DE MERCURIO” ofrecido por el actor en el punto 14 del

ofrecimiento de medios probatorios de la demanda interpuestas por la demandada Empresa Minera Barrick Misquichilca S.A; **2) INFUNDADA** la demanda interpuesta por **FMPC** contra la **CLÍNICA SAN PABLO** y la **EMPRESA MINERA BARRICK MISQUICHILCA** sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**—daño a la persona, moral y lucro cesante por la suma de doscientos mil dólares americanos—. Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución. **ARCHÍVESE** el proceso en el modo y forma de ley. Sin **costas ni costos**. **NOTIFÍQUESE** a las partes conforme a ley.-

2° JUZGADO CIVIL - Sede Central
EXPEDIENTE : 00670-2009-0-2901-JR-CI-02
MATERIA : INDEMNIZACION
ESPECIALISTA: JUAN R. PONCE REVOLLEDO
DEMANDADO : TELLO CRUZ, MILTON ANTONIO
SEDE HOSPITAL IV HUANCAYO ,
SOTO DE LA CRUZ, BENITO ELIAS
NAPA SANCHEZ, CESAR MARTIN
LA HOZ VERGARA, CARLOS ENRIQUE
CORNEJO JONES, CARLOS MANUEL
CASTILLO ENRIQUEZ, JUNIOR HENRY
RED ASISTENCIAL II DE ESSALUD PASCO
DEMANDANTE: ELCL

Resolución número 90
Cerro de Pasco, 19 de
Mayo del dos mil diecisiete.

SENTENCIA Nro. -2017

VISTA demanda de Indemnización por Responsabilidad Extracontractual por daño a la persona (proyecto de vida) y por daño moral (daño a la familia), interpuesta por ELCL contra el Hospital II de la Red Asistencial EsSalud Pasco, contra los médicos Junior Henry Castillo Enriquez, Benito Elías Soto De La Cruz, Carlos Manuel CornejoJones y César Martín Napa Sánchez; asimismo, contra el Hospital de Salud IV de Huancayo (Seguro Social de Salud – EsSalud Red Asistencial Junín Sede Hospital IV Huancayo) y contra los médicos Carlos Enrique La Hoz Vergara y Milton Antonio Tello Cruz, a fin de que se declare fundada la demanda y los demandados paguen solidariamente la suma de Ochocientos VeinteMil Doscientos Ochenta y Nueve con 40/100 Nuevos Soles (S/.820,289.40), más los intereses, con expresa condena de costas y costos del proceso.

I. ANTECEDENTES:

1. ETAPA POSTULATORIA:

1.1 Argumentos de la Demandante:

A fojas doscientos veintinueve, obra el escrito de demanda en la que la recurrente señala que su extinto cónyuge fue servidor del Gobierno Regional de Pasco, área técnica de la Dirección Regional de Energía y Minas Sub Sector de Minería, por el que percibía un haber mensual de S/.2,000.00, y que al igual que su menor hijo dependían económicamente de él, que solventaba

su alimentación, vivienda, educación, recreación, salud y velaba por su desarrollo integral, de profesión ingeniero de minas con estudios de maestría en Gestión del Sistema Ambiental, especialización en el Instituto Socio Económico Latinoamericano, habría sido Director Regional de Energía y Minas, jefe de obras para diferentes empresas y estaba en permanente capacitación, por su experiencia y su misma edad (40 años)habría tenido grandes oportunidades en su vida profesional, que se vería truncada el 18 de diciembre del 2008 por culpa inexcusable de los demandados conforme el informe del comité de auditoría 005-C-RAPA-ESSALUD-2008 en el que se precisaría que la causa del dolor abdominal asumido desde la primera evaluación con carácter renal nefrítico fue evaluado sin tener las características del mismo por el médico de guardia Dr. Junior Henry Castillo Enriquez, posteriormente por Dr. Benito Soto que asumió con certeza que se trataría de una litiasis renal sin tener datos clínicos y menos ayuda que respaldara su sospecha, iniciando su tratamiento con analgésicos - antiinflamatorios – antipirético que contribuirían a que la salud de su cónyuge sea más difícil de evaluar, el tercer médico Dr. Carlos Cornejo habría precisado que no era de emergencia en su evaluación de interconsulta al urólogo, repitiendo el mismo esquema el cuarto médico Dr. César Napa, produciéndose el efecto de abdomen agudo quirúrgico con sepsis severa, los medicamentos habrían dificultado la observación del verdadero comportamiento del dolor que contribuirían a su muerte. Asimismo, agrega que hay responsabilidad de los médicos del Hospital II de la Red Asistencial de EsSalud Pasco y de esta misma entidad porque durante la investigación fiscal habrían señalado que en el hospital no existía plaquetas de sangre menos ecografista y una serie de limitaciones administrativas, habiéndose establecido su responsabilidad a través del Comité de Auditoría de EsSalud sancionándoles con suspensión sin goce de haber por no actuar diligentemente, corroborado con Informe Médico 009-UCI-HIV-HYO por el que habría fallecido por falla orgánica multisistémica, shock séptico, peritonitis difusa, apendicitis complicada, hemorragia cerebral difusa y muerte cerebral, y que el Hospital de Salud IV de Huancayo contribuyo a su muerte al no haber tomado acciones inmediatas en salvaguarda de su vida, pues su intervención sería tardía al no ser intervenido de manera inmediata, por lo que el pago de indemnización de daños y perjuicios causados debe ser solidario.

Sostiene también, un evidente incumplimiento de obligaciones de los médicos demandados que no actuaron con diligencia debida causando muerte a su cónyuge, y del Hospital de EsSalud Pasco al no proveer con plaquetas de sangre menos contar con equipo de ecografía, vulnerando las normas de cuidado al igual que el Hospital de Huancayo, por lo que debieran responder

solidariamente por el daño causado de manera irreparable a la vida de su extinto cónyuge, frustrando su proyecto de vida, sus anhelos de seguir ascendiendo en su carrera profesional, causándole graves sufrimientos, angustias, depresión, impotencia por su fallecimiento al quedar viuda única responsable del bienestar de su menor hijo. Y, que los demandados habrían incurrido en culpa inexcusable por negligencia grave demostrada en el tratamiento médico defectuoso, y que para el monto indemnizatorio debiera tenerse en cuenta su condición de viuda y de huérfano de su menor hijo, que solo contaría con 10 meses de nacido requiriendo de apoyo económico, también, que el haber mensual que percibía por el Gobierno Regional, por la empresa ZINZA y por algunos trabajos que realizaba hacen S/.3910.00 multiplicado por 20 años resultaría S/.820,289.40, además de la edad de su menor hijo, sus necesidades económicas y alimentarias.

1.2 Argumentos de Defensa:

1.2.1. Seguro Social de Salud – EsSalud Red Asistencial Junín Sede Hospital IV Huancayo

Mediante escrito de folios 271/277, señala que la demandante no ha tenido en cuenta la octava conclusión final del certificado médico legal número 002343-RM emitida por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público que diría que actuó de acuerdo con la gravedad del caso en forma adecuada a pesar que era muy complicado, y además, en las conclusiones del comité de auditoría no harían referencia a la inadecuada atención médica de los galenos de ese hospital refiriéndose únicamente a los médicos del Hospital de Pasco, reiterando que según certificado médico legal, los médicos de su representada en forma oportuna y rápida dieron atención médica requerida al paciente, lo que se corroboraría con el informe médico del Jefe de Servicio de Cuidados Intensivos que detalla el diagnóstico del paciente, su ingreso a sala de operaciones, a lo que se sumaría la carta emitido por el servicio de cirugía en el que se preciso que el paciente luego de ser evaluado es intervenido el mismo día a las 14:30 realizándose una laparotomía exploratoria y demás procedimientos, con lo que se encontraría demostrado el servicio diligente de los médicos de su representada, y que la demandante formula cargos sin sustento legal ni fáctico. Agrega también, que los médicos de su representada no han incurrido en el presupuesto de antijuricidad, por lo que no habrían generado ningún daño personal al paciente y la misma demandante lo haría mención en el cuarto fundamento de hecho, por tal motivo tampoco existiría relación de causalidad.

1.2.2. Milton Antonio Tello Cruz y Carlos Enrique La Hoz Vergara.-

Con escritos de folios 288/293 y 297/301, señalan que la demandante no ha indicado cual ha

sido la conducta negligente e inexcusable que se le atribuye o el rol que cumplieron en el proceso de atención médica a su extinto cónyuge, menos acreditaría el nexo de causalidad entre su actuación médica y el resultado, limitándose a describir la atención que recibió en la Red Asistencial de EsSalud Pasco, reiterando que la negligencia se habría producido por mala evaluación del segundo médico, Benito Soto, no teniendo sustento fáctico y jurídico respecto a los demandados. Así también, narran los hechos de la historia clínica, señalando que el 05 de diciembre de 2008 a horas 2:00 a.m. el paciente ingresó por emergencia al Hospital de Huancayo transferido de Pasco, diagnosticándole a) abdomen agudo quirúrgico, a.1) apendicitis aguda complicada y a.2) peritonitis; b) D/C neumopatía aguda, c) sepsis: foco abdominal, d) D/C pancreatitis aguda y e) trastorno hidroeléctrico: acidosis metabólica, a las 11:30 del mismo día, en el riesgo quirúrgico el diagnóstico fue insuficiencia respiratoria aguda D/C SDRA en insuficiencia renal aguda prerenal, siendo intervenido quirúrgicamente previa compensación hemodinámica (Carlos E. La Hoz aclara que no intervino), encontrándose en los hallazgos operatorios a) apéndice necrosado en toda su extensión incluyendo la base, b) plastrón apendicular y c) secreción purulenta libre en cavidad abdominal aproximadamente 500 cc. Asimismo señalan, que en el post operatorio inmediato el paciente es transferido a la unidad de cuidados intensivos dado su naturaleza y estado de gravedad, esto habría sido toda la participación del demandado Milton Antonio Tello Cruz. En esta área se le diagnosticó: 1) sepsis severa, 1.a disfunción pulmonar, 1.b disfunción hepática, 1.c disfunción renal. 2) post operado inmediato: apendicitis, peritonitis generalizada, bolsa de Bogotá, 3) síndrome de distres respiratorio agudo y 4) hipernatremia, evoluciona con síndrome de falla de órgano múltiples, falla respiratoria, falla renal (requirió hemodiálisis), falla hepática, falla de coagulación (trombocitopenia), falla hemodinámica (shock séptico), ingresando a intervenciones el 08, 11 y 15 de noviembre de 2008 para lavados peritoneales, presenta midriasis del ojo derecho con ausencia del reflejo pupilar y corneal, se realiza TAC cerebral y se encuentra sangrado difuso cerebral evolucionado a una muerte cerebral falleciendo el 18 de diciembre de 2008, por lo que no tendrían responsabilidad. Y que en su condición de jefe de cuidados intensivos solo se limitó a pasar visita entre otros al paciente los días que estaba programado según rol de servicios, siendo el daño hecho determinante de tercero, y que las sanciones e informe de auditoría médica no ha sido contra el recurrente sino del Seguro Social Red Asistencial II de Es Salud Pasco.

1.2.3. Seguro Social de Salud – Red Asistencial Pasco

Según escrito de folios 357/370 señala que los médicos brindaron atención oportuna, y que fallecería por causas atribuibles a su propia enfermedad, a pesar que habrían seguido los procedimientos adecuados, negando que no haya existido plaquetas de sangre, ecografista o una serie de limitaciones administrativas, ya que tomado conocimiento solicito informe al Jefe del Servicio de Patología Clínica que indicaría que en esa fecha si contaban con concentrados plaquetarios aptos, y que el ecografista estaba haciendo uso de sus vacaciones físicas, pero no se dejo de efectuar las ecografías que obran en la historia clínica, indicando que las sanciones impuestas a los médicos se debió a la inobservancia del reglamento interno de trabajo, y no por no actuar diligentemente, contradice la responsabilidad extracontractual porque su representada tendría contrato de servicios para prestaciones médicas a favor del extinto, negando que los médicos hayan actuado en forma negligente, por el contrario, dice se le practico pruebas de laboratorio, exámenes ecográficos monitoreando en todo momento su evolución clínica y tratamiento, siendo casi imposible detectar con exactitud el mal que lo aquejaba ordeno intervención quirúrgica laparotomía en evaluación preoperatorio. Y que, según su historia clínica el paciente fallecido tenía antecedentes de diversas enfermedades, gastritis crónica superficial, dolores abdominales de tipo cólico, artropatía gotosa, dolor de articulación pie derecho, no habiendo seguido tratamiento oportuno según hojas de atención médica. Señala también, que el monto indemnizatorio es exorbitante y desproporcional al daño sufrido por causas imprevistas que son riesgos permitidos por propia actividad médica, niega que se haya fallado en el diagnóstico y en la toma de decisiones, sino que se trataría de diagnóstico complejo, por lo que sería derivado al Hospital de Huancayo, intervenido en la misma fecha no se tendría resultados favorables.

1.2.4. César Martín Napa Sánchez

Mediante escrito de folios 390/393, sostiene que desde el 01 de enero de 2000 labora como médico en la Red Asistencial II de EsSalud, no habiendo tenido problemas con la asignación de tratamiento de sus pacientes, por lo que no existiría procedimiento administrativo sancionador anterior; reconoce haber atendido al paciente LAZA los días 01 al 04 de diciembre de 2008, con visitas y auscultamiento de 8:00 am a 11:00 am dejando constancia en la historia clínica la evolución de su malestar atípico de acuerdo a la sintomatología que presentaba que no sería uniforme porque los dolores eran imprecisos y dispersos, a ello se debería la inexactitud del diagnóstico sumado a falta de algunas pruebas que solicitó y que no se llevaron a

cabo por los comisionados, entiende que la demora del tratamiento se dio por falta de diagnóstico de la enfermedad pero no a su impericia sino al malestar atípico que presentaba, lo que también reconocería el informe de auditoría, por estas complicaciones en junta médica se decidiría trasladarlo a un hospital de mayor nivel, en el que por tratarse de un malestar atípico tampoco advertirían la necesidad de operar el apéndice, pese a que en la historia clínica obraba el antecedente, considera que actuó dentro de los cánones del profesionalismo médico con los antecedentes de su evaluación, y que no tendría responsabilidad. Agrega, que la demandante no fundamenta daños psicosomáticos que podría haberse lesionado producto del daño al proyecto de vida.

2. ETAPA DE SANEAMIENTO

A fojas mil siete obra la resolución número cuarenta y cinco, que declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida entre la demandante ELCL contra los demandados y saneado el proceso.

3. ETAPA DE CONCILIAICÓN:

-A fojas mil ciento setenta obra el Acta de Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. No se llegó a un acuerdo conciliatorio por falta de voluntad de las partes asistentes a llegar a un acuerdo; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos: "3.1 *Determinar la concurrencia de los elementos legales de configuración de responsabilidad extracontractual en los demandados por la muerte del ex cónyuge de la accionante, LAZA;* 3.2 *Determinar la existencia de daño a la persona (proyecto de vida) y daño moral (daño a la familia) a la recurrente por la muerte de su ex cónyuge;* 3.3 *En caso de establecerse favorablemente las dos controversias anteriores determinar si el quantum indemnizatorio corresponde a lo solicitado por la demandante, ascendente a S/.820,289.40, y siesta deberá ser pagada en forma solidaria por los demandados;* 3.4 *Determinar si corresponde el pago de intereses."* Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

4. ETAPA PROBATORIA:

A fojas mil ciento ochenta y siete obra el Acta de Audiencia de Pruebas en la que se actuaron las documentales y una sola declaración de parte del demandado asistente (médico César Martín Napa Sánchez)

5. SENTENCIA:

A fojas mil seiscientos cincuenta y cinco, el a quo emite sentencia declarando "**7.1 DECLARANDO FUNDADA EN PARTE** la demanda de Indemnización por Responsabilidad

Extracontractual, interpuesta por ELCL por propio derecho y en representación de su menor hijo LEZC, contra el Hospital II de la Red Asistencial EsSalud Pasco, los médicos Junior Henry Castillo Enriquez, Benito Elías Soto De La Cruz, Carlos Manuel Cornejo Jones y César Martín Napa Sánchez, el Hospital de Salud IV de Huancayo (Seguro Social de Salud – EsSalud Red Asistencial Junín Sede Hospital IV Huancayo) y contra los médicos Carlos Enrique La Hoz Vergara y Milton Antonio Tello Cruz. **7.2 ORDENO** que los demandados Hospital II de la Red Asistencial EsSalud Pasco, médicos Junior Henry Castillo Enríquez, Benito Elías Soto De La Cruz, Carlos Manuel Cornejo Jones y César Martín Napa Sánchez a la demandada CUMPLAN con pagar en forma solidaria a la actora la suma de TRESCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO CON 68/100 NUEVOS

SOLES (S/. 320,828.68), por concepto de indemnización por daños y perjuicios, más los intereses legales generados desde el momento en que se produjo el daño, con expresa condena de costas y costos del proceso. **7.3 INFUNDADA** la demanda respecto a los demandados Hospital de Salud IV de Huancayo (Seguro Social de Salud – EsSalud Red Asistencial Junín Sede Hospital IV Huancayo) y médicos Carlos Enrique La Hoz Vergara y Milton Antonio Tello Cruz; así como, en el exceso del monto de la pretensión demandada. Hágase saber".

- Sentencia de primera instancia que fue impugnada por la demandante mediante escrito de fojas mil setecientos sesenta y cinco, respecto al monto indemnizatorio; así como por los demandados Junior Henry Castillo, mediante escrito de fojas mil setecientos cuarenta y siete, César Martín Napa Sánchez, estos últimos respecto a la integridad de la sentencia, a fin que sea revocada.

- A fojas mil ochocientos ochenta y seis obra la Sentencia de Vista declarando nula la sentencia recurrida y ordena que otro Juez emita nueva sentencia; por lo que, siendo el estado del proceso, y;

CONSIDERANDO:

Primero: Consideraciones previas antes de emitir pronunciamiento de fondo:

La sentencia de vista anula la recurrida por considerar los siguientes errores insubsanables: 1.1 Motivación aparente e incongruente al no responder a las alegaciones o pretensiones: no se fijó el objeto de la controversia, esto es, si estamos frente a una responsabilidad contractual o extracontractual, citando la resolución número dos (auto de vista), lo que llevó al a quo partir de una premisa falsa, fijando incongruentemente los puntos controvertidos ..."1) *Del petitorio de la demanda no se dice nada respecto así el causante de la actora era asegurado o no del Seguro Social de Salud (EsSalud), lo cual es determinante a efectos de aclarar si estamos ante un caso*

de *responsabilidad contractual o extracontractual*". Correspondiendo al Juzgador aplicar el Derecho que corresponde al caso, deslindando el tipo de responsabilidad civil. 1.2 *Pronunciamiento extra petita*, por contener decisión sobre lucro cesante que no fue objeto de pretensión ni objeto de discusión, y *pronunciamiento ultra petita*, pues se resolvió en representación de su menor hijo LEZC, calculándose un monto de indemnización respecto de éste, cuando por resolución cuarenta y cinco, se aclaró que la recurrente salía por derecho propio y no de su menor hijo.

Segundo: Respecto a la primera causa de nulidad invocada en la sentencia de vista, resulta conveniente precisar algunas situaciones jurídicas, a fin de evitar nuevas nulidades. Si bien, uno de los recursos de apelación, se fundamenta en la resolución número dos emitida por la Sala Mixta en el cuaderno de apelación 670-2009-77, que obra en copia certificada a fojas ochocientos veintiséis de los actuados, en el cual se hace ver "*la necesidad de determinar si el causante de la actora era asegurado o no del Seguro Social de Salud (ESSALUD), lo cual resultaría determinante a efectos de aclarar si estamos ante un caso de responsabilidad contractual o extracontractual*", el error cometido en dicho auto de vista puede ser un referente para fundamentar sus escritos los litigantes, pues no están obligados a conocer el Derecho; sin embargo, no puede constituir premisa fáctica de nulidad de resoluciones, cuando dicho razonamiento en sí mismos contiene error de hecho y derecho, respecto del cual este a quo ha venido pronunciándose en reiteradas sentencias sobre responsabilidad civil, distinguiendo entre responsabilidad contractual y extra contractual en caso de muerte; por lo que, en este caso, no encuentro mejor forma de explicar el error del citado razonamiento, que recurriendo a la siguiente frase: "los muertos no son sujetos de derecho", no en nuestro ordenamiento jurídico y no hasta la fecha que se emite la presente sentencia. Entonces, si nuestro sistema legal no tiene entre sus sujetos de derecho a la "persona muerta", sino a la persona viva: "*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida comienza desde la concepción (...)*" (artículo 1° del Código Civil), ¿por qué resultaría necesario establecer si el fallecido (ex cónyuge de la demandante), era asegurado o no a fin de determinar si estamos ante una responsabilidad contractual o extracontractual?, si no es dicha persona fallecida la que tenga derecho a indemnización, pues se trata de persona ya fallecida, sino del damnificado indirecto que viene a ser su cónyuge por el daño moral que invoca haber sufrido ante el fallecimiento de un ser querido.

Tercero: Ahora bien, tampoco estamos antes el ejercicio de la acción indemnizatoria de la demandante como heredera de su causante, como posiblemente lo haya entendido la Sala Mixta en la resolución número dos, y que ha sido sustento del recurso de apelación y de la sentencia de vista, esto es, como un derecho sucesorio de la accionante, pues para ello se requeriría que la indemnización ya haya formado parte del patrimonio del causante o, al menos, el derecho a exigirlo, pero cómo podría haber adquirido tal derecho una persona muerta, pues justamente el daño proviene de su muerte, sin perder de vista que el daño invocado es de carácter personal al accionante; por lo que, quien lo invoca es quien los padece y en el caso de autos, es la cónyuge del fallecido la que acciona indemnización como un derecho personal por el daño sufrido ante la muerte de un ser querido.

Cuarto: Motivo por el cual la pretensión de la demanda invocando como título o causa petendi referido a la responsabilidad extracontractual, resulta idónea y coherente con los fundamentos de hecho de la demanda, así como inmodificable por el órgano jurisdiccional, como así lo ha expresado la sentencia casatoria 189-2015-Lima, según la cual *la decisión del superior no era congruente y presentaba una motivación aparente, pues siendo que la accionante demandó el resarcimiento de los daños bajo el régimen contractual, el ad quem había modificado su petitorio inicial, generando una transgresión al debido proceso y el derecho al acceso a la tutela judicial efectiva de la parte impugnante*, esto, por el cambio o variación que hizo el a quem del régimen de responsabilidad civil, de contractual a extracontractual. Lo mismo que se pretendería en el caso de autos, al anularse la sentencia de primera instancia por no haberse incluido como punto de controversia la determinación de la responsabilidad civil, si contractual o extra contractual, pretendiendo un cambio de la ya delimitada correctamente en el petitorio de la demanda: *"...recurso a su despacho a efectos de interponer demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual por daño a la persona (proyecto de vida) y por daño moral (daño a la familia), esperando que declarando fundada la demanda los demandados me paguen solidariamente la suma de S/. 820, 289.40 por culpa inexcusable al haber causado la muerte de mi extinto cónyuge..."*.

Quinto: Por lo que, no existiendo controversia en el tipo de responsabilidad civil demandada - extra contractual-, la que resulta congruente con los hechos expuestos en los fundamentos de la demanda, así como, con la titular del derecho que sale a exigir resarcimiento por daño moral por la muerte de su cónyuge, no resulta legítimo que en una arbitraria aplicación del Principio lura Novit Curia el a quem disponga la expedición de nueva sentencia con cambio de del petitorio,

tipo de responsabilidad civil o la inclusión de este extremo como controversia, cuando no reviste conflicto alguno. Respecto a los pronunciamientos extra y ultra petita, estos si fueron emitidos por el a quo por error in iudicando, debiendo corregirse estos extremos, en la medida que no fueron revocados y reformados por el a quem.

Sexto: Pronunciamiento de fondo:

Partiendo de una correcta premisa mayor consistente en el supuesto normativo previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la responsabilidad extracontractual, artículo 1969° del Código Civil, debemos previamente excluir los factores de atribución objetivos, y enfocarnos en los subjetivos -sistema subjetivo-, atendiendo a la norma especial que regula la prestación del servicio de salud, Ley General de Salud, Ley 26842, artículos 36° y 48°, según los cuales la responsabilidad de los profesionales de salud por los daños y perjuicios son causa de su negligencia, imprudencia e impericia: "*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*".

Sétimo: Concurrencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual:

En tal sentido, establecido en autos, como uno de los puntos de la controversia, *determinar la concurrencia de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual en los demandados, por la muerte del ex cónyuge de la recurrente* y, considerando que, la *responsabilidad civil -contractual o extra contractual- requiere la concurrencia de cuatro requisitos: la antijuricidad del hecho imputado, es decir la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica que impone el deber de actuar de tal manera que no se cause daño...; la relación de causalidad ...para atribuir el resultado; y los factores de atribución que pueden ser subjetivos como el dolo o la culpa...*¹. Corresponderá en primer orden, verificar la existencia del daño en forma precisa y objetiva.

Octavo: Considerado el "...daño como todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedor de una tutela legal"² y, existiendo en la doctrina y en nuestra legislación una clasificación entre daño patrimonial y daño extra patrimonial, recogida en el artículo 1985° del Código Civil, norma que además ha previsto el criterio de reparación integral del daño; se tendrá en cuenta que la indemnización pretendida

¹ Casación número 3230-Ayacucho, El Peruano 31.Julio .2001pg.7439.

² **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo**; "Elementos de la Responsabilidad Civil", Lima; 2ª Edición, Editorial Grijley; Pág. 34

por la recurrente se derivaría de un daño moral y daño a la persona, deberá analizarse si se ha producido éstos, y no algún tipo de daño patrimonial, no invocado en la demanda.

Noveno: Daño Moral y causa adecuada:

De acuerdo a la demanda y escritos de contestación de demanda, el daño invocado por la demandante moral invocado por la demandante es el producido por la muerte de su ex cónyuge por negligencia de los médicos de EsSalud Pasco y EsSalud Huancayo. Respecto de este tipo de daño se ha considerado en la doctrina y jurisprudencia que la muerte de un familiar o ser querido produce sufrimiento (aflicción), lesión a los sentimientos de la víctima (en este caso a la cónyuge supérstite), socialmente legítimos, "dolor" que resulta difícil de acreditar y más difícil de cuantificar; por lo que, incluso se ha considerado por jurisprudencia comparada que en estos casos no se recurre a pruebas directas, sino que la prueba es "*in re ipsa*" (cosa evidente), es decir, se infiere que el hecho o conducta antijurídica generador del daño permite, por sí solo, presumir la existencia del daño moral. Entonces, el hecho de la muerte del cónyuge de la demandante cuando estaba a cargo el cuidado de su salud por los demandados, por sí solo permite inferir al Juzgador la existencia de sufrimiento en la demandante³.

Décimo: Nuestra jurisprudencia nacional también ha establecido la presunción en la prueba del daño moral: "*El daño moral es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo...Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar debido a que la persona no expresa sus emociones o sentimientos del mismo modo. Además en algunos casos ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto. En tal sentido, ante la dificultad de probanza del daño moral esta judicatura ha optado por presumir en casos puntuales la existencia del daño".*

Undécimo: Por lo que, tratándose del daño moral invocado, se considera su existencia o padecimiento con la existencia misma de su hecho generador, muerte del cónyuge de la demandante por acciones u omisiones médicas de los demandados, presupuesto o hecho debidamente acreditado en autos con la partida de defunción de fojas ocho, indicando fecha

³ "*El daño moral subjetivo proviene de la lesión a un derecho extrapatrimonial... Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas. No requiere de una prueba directa y queda a la equitativa valoración del Juez. Si se trata de daño moral subjetivo los tribunales están facultados para decretar la condena y cuantificar el monto. Ello no es problema de psiquiatra o médicos. Se debe comprender su existencia o no porque pertenece a la conciencia. Se deduce a través de las presunciones inferidas de indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto la lesión, pues cuando se afecta la psiquis, la salud, la integridad física, e (sic) honor, la intimidad, etc. es fácil inferirla, por ello se dice que la prueba del daño moral es "*in re ipsa*". Tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto. Se valora prudencialmente. Entonces la prueba pericial es inconducente"*:

https://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Trabajo_sobre_dano_moral.pdf

fallecimiento, precisando: "*paciente fallece el 18 de diciembre del 2008 con los diagnósticos de: 1. Falla orgánica multisistémica, shock séptico, 2. peritonitis difusa, 3. apendicitis complicada, 4. hemorragia cerebral difusa, 5. muerte cerebral*".

Duodécimo: Fallecimiento del cónyuge de la recurrente, LAZA (vínculo marital acreditado en autos con la partida de matrimonio de fojas seis), que en sí constituye la causa adecuada para el daño moral invocado, pues el deceso produjo un cambio en el mundo físico y jurídico de la demandante, ausencia de pareja sentimental de forma inesperada y definitiva, en un estado de mayor sensibilidad de la recurrente, pues a la fecha del deceso de su esposo, ésta se encontraba gestando, según se verifica del acta de nacimiento de su menor hijo, obrante a fojas siete, lo que inevitablemente conlleva sufrimiento y aflicción emocional ya no solo por la situación personal en la que quedaba la propia recurrente como viuda, sino también sufrimiento por la situación de su hijo por nacer, que de un momento a otro, pasó de un hogar constituido por ambos padres a un estado de orfandad. Si bien, no corresponde analizar el daño moral del hijo de la recurrente, pues no es parte accionante, sí corresponde analizar el sufrimiento aumentado de la viuda no solo por su propia situación de esposa, sino también en su situación de madre.

Por lo que, tanto el elemento daño -moral- y causa de éste se encuentran representados en el mismo hecho ilícito, referido a la muerte del cónyuge de la recurrente, debidamente acreditada en autos.

Décimo Tercero: En cuanto al daño a la persona invocado, la recurrente lo sustenta en el daño a la salud sufrido por su extinto cónyuge al no haber sido intervenido quirúrgicamente de inmediato, causándole un daño irreparable a su salud y a la vida de éste. Resaltamos lo ya expuesto líneas arriba, el daño a la "persona" es estrictamente personal, entonces si se invoca daño a la salud y vida del cónyuge de la recurrente, no resulta coherente con quien ejerce el derecho de acción de la demandante, quien lo hace a título personal, no en representación de su extinto cónyuge (imposible jurídico), o como sucesora de algún derecho a indemnización de aquél; por lo que, no puede invocarse daño a la persona del ya fallecido, salvo que el daño directo sufrido por su ex cónyuge, tanto en su salud como en su vida, sea causa del daño moral de la recurrente, pero éste no ha sido invocado en dicho sentido, sino como daño personal del fallecido. Ahora bien, y sin perder de vista el doble aspecto del daño a la persona: como daño psicosomático y como daño a la libertad o proyecto de vida, en el primer caso como la afectación directa y primaria al soma o psique de la persona; y en el segundo caso a la realización de la

persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación, tenemos que estos extremos no ha sido sustentado en autos en cuanto a la persona de la demandante.

Por lo que, hasta aquí tenemos acreditado en autos la existencia de daño a la recurrente, en su esfera de daño moral.

Décimo Cuarto: Antijuricidad:

En cuanto a la antijuricidad del daño, estando frente a una responsabilidad extracontractual basta la infracción a la *regla genérica que impone el deber a toda persona de actuar de tal manera que no se cause daño a otra*, debiendo analizarse este elemento en forma conjunta con el factor de atribución, que en el caso de autos es subjetivo.

Décimo Quinto: Factor de Atribución:

Como ya se explicara en el fundamento sexto de esta sentencia, en el caso de autos, tratándose de responsabilidad médica, estamos frente al factor de atribución subjetivo "culpa", referida estrictamente a la negligencia, impericia o imprudencia médica, como lo ha descrito la Ley General de Salud, Ley 26842 (artículo 36°). "*Dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, la doctrina moderna y en tal sentido, nuestro Código Civil, ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal manera que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor, ... sino que corresponderá al autor del daño demostrar la ausencia de culpa*"⁴. Presunción de culpabilidad e inversión de la carga de la prueba que ha recogido el artículo 1969° del Código Civil, según el cual: "*Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor*". Entonces, se presume que el autor o autores de la conducta dañosa, en la responsabilidad extra contractual, han actuado por culpa, salvo prueba en contrario, correspondiendo esta prueba a dichos autores.

Décimo Sexto: Debiendo tenerse en cuenta que el caso de la mala práctica médica la culpa comprende: "***Impericia.** El escaso conocimiento o habilidad del médico para interpretar los síntomas y signos del paciente, realizar un diagnóstico o escasa formación para realizar alguna intervención diagnóstica o terapéutica. **Imprudencia.** Es la confianza excesiva del médico en la banalidad del cuadro clínico del paciente, o en la percepción de que las complicaciones importantes no pueden ocurrir; y por lo tanto no tomar medidas para prevenirlas. **Mala prescripción de medicamentos.** Cuando un paciente presenta una enfermedad y se le*

⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, "Elementos de la Responsabilidad Civil"; Lima; 2da edición; 2003; editorial jurídica Grijley; pg. 97.

prescribe algo que no está indicado para ésta o directamente contraindicado por la situación clínica del paciente, pudiendo tener consecuencias fatales".

Décimo Sétimo: Entonces, correspondiendo a los demandados probar su falta de culpa en el deceso del ex cónyuge de la recurrente, por sus actuaciones con la pericia, diligencia o prudencia requeridas en su actividad médica. Sin embargo, el demandado Junior Henry Castillo Enriquez, contestó la demanda fuera de plazo (a los 50 días hábiles y no a los 30 días hábiles); por lo que, se declaró improcedente su contestación de demanda, por extemporánea, mediante resolución número siete, del treinta de marzo del dos mil diez (fojas 444), la misma que fue confirmada por auto de vista número tres, recaído en el cuaderno 6702-2009-54 (copia a fojas 704); por lo que, tampoco se tiene de este emplazado defensa que desvirtúe la presunción legal contenida en el artículo 1969° del Código Civil. Los demandados Benito Elías Soto De La Cruz y Carlos Manuel Cornejo Jones, a pesar de estar debidamente notificados con la demanda, no salieron a contestarla siquiera ni presentaron prueba dentro de su estadio respectivo sobre su ausencia de culpa, teniendo la condición de rebeldes según resolución número catorce del siete de junio del dos mil diez (fojas 555), entonces como podría el Juzgador descartar la presunción legal relativa recogida en el dispositivo legal antes citado.

Décimo Octavo: El demandado César Martín Napa Sánchez, contesta demanda (fojas 390), señalando que la demora en el tratamiento del paciente (fallecido cónyuge de la recurrente), se dio por el "no diagnóstico de la enfermedad...pero ello no se debe a nuestra impericia sino al contrario al malestar atípico que presentaba el paciente... considero haber actuado dentro de los cánones del profesionalismo médico, auscultando al paciente los días que estaba programado y no tener responsabilidad directa ya que se actuó según los antecedentes de su evaluación". No obstante, lo expresado en su escrito de contestación de demanda no queda más que en su dicho, pues de las pruebas aportadas éstas no se refieren a la ausencia de impericia alegada y al profesionalismo médico de su actuación, sino que están referidas a su arraigo familiar (actas de nacimiento de sus 04 hijos, constancia de estudios de los mismos, acta de matrimonio) y, a su arraigo laboral (constancia de trabajo de su empleadora e ingresos mensuales), que nada dicen respecto de la controversia. Por lo que, en este extremo no se considera quebrado el principio de presunción de culpabilidad extracontractual previsto en la norma civil.

Décimo Noveno: Respecto al demandado Milton Antonio Tello Cruz, éste contesta demanda (fojas 283), señalando que "*...el paciente fue intervenido quirúrgicamente ese mismo día previa compensación hemodinámica por mi persona, encontrándose en los hallazgos operatorios: a)*

apéndice necrosad en toda su extensión incluyendo la base, b) plastron apendicular y, c) secreción purulenta libre en cavidad abdominal aproximadamente 500cc. En el pos operatorio inmediato el paciente es transferido a la Unidad de Cuidados Intensivos dada la naturaleza y su gravedad del paciente. Esto ha sido mi participación como médico cirujano en el caso concreto...". Entre los medios de prueba que ofrece para desvirtuar la presunción relativa de culpabilidad, se encuentra el certificado médico legal número 002343-RM, ofrecido también por la demandante, en el que los peritos médicos que lo expidieron concluyen que el Hospital EsSalud Huancayo actuó de acuerdo con la gravedad del caso, en forma adecuada, a pesar que el caso era muy complicado. Certificado médico legal que no ha sido objeto de tacha o de cualquier tipo de cuestionamiento sobre su validez como medio probatorio; ofrece también como medios de prueba la historia clínica del paciente y el informe médico ofrecido por la accionante que obra a fojas 197 y 198, sin embargo, estas fojas corresponden a certificados académicos del paciente fallecido.

Vigésimo: *Contestación de demanda de Carlos De La Oz Vergara (fojas 297), éste manifiesta expresamente que: "...en el pos operatorio el paciente ingresa a cuidados intensivos, siendo diagnosticado de lo siguiente: 1) sepsis severa: 1.A disfunción pulmonar, 1B disfunción hepática, 1C disfunción renal; 2) pos operado de inmediato: apendicitis, peritonitis generalizada, bolsa de bogotá; 3) síndrome de distrés respiratoria agudo; 4) hipernatremia. El paciente evoluciona con síndrome de falla de órganos múltiples: falla respiratoria, falla renal (requirió hemodiálisis), falla hepática, falla de la coagulación (trombocitopenia), falla hemodinámica (shock séptico), además de ello el paciente ingresó a intervenciones quirúrgicas el 08, 11 y 15 de noviembre del 2008, para lavados peritoneales. Finalmente el día 14 de diciembre del 2008 el paciente presente midriasis del ojo derecho, con ausencia de reflejo pupila y corneal. Se realiza TAC cerebral y se encuentra sangrado difuso cerebral evolucionado a una muerte cerebral y lamentablemente fallece el 18 de diciembre del 2008".*

Vigésimo Primero: Sin perjuicio de que los demandados no hayan superado la presunción relativa de culpa civil extracontractual en sus actuaciones como médicos que intervinieron al paciente fallecido, sin acreditar la diligencia y pericia requerida, el Juzgador deberá tener en cuenta también la conducta de cada uno de estos en sus funciones médicas que desencadenaron en la muerte del ex cónyuge de la recurrente. Para tal efecto se tiene en cuenta los hechos acaecidos desde el día 29 de noviembre del 2008, cuando el paciente, LAZA (40 años de edad), ingresa por el servicio de emergencia del Hospital II de Es

Salud Pasco, a horas 6:43 am, "con "dolor abdominal continuo, tipo cólico en mesogastrio, irradia hacia flanco y dorso, deposiciones disminuidas en cantidad, nauseas.

21.1 Junior Henry Castillo Enriquez:

Quien fue el médico responsable que primeramente atendió al paciente el día de su ingreso al Hospital II EsSalud-Pasco, 29 de noviembre del 2008 (6:43am) y, quien diagnosticó: "Dolor abdominal d/c Litiasis", indicando exámenes de orina, hemograma, hemoglobina, glucosa, creatinina, escopolamina 1amp. Primer diagnóstico errado en el cuadro clínico que presentaba el paciente, según conclusiones del Informe del Comité de Auditoría, Infome 005-CA-RAPA-ESSALUS-2008, del quince de diciembre del dos mil ocho. Diagnóstico equivocado que desencadenó en un continuo yerro de tratamientos y corroboración por los siguientes médicos de este primer diagnósticos errado, como se verifica de la Resolución de sanción administrativa número Resolución número 845-D-RAPA-ESSALUD-2009, del 04 de mayo del 2009, recaída al doctor Benito Soto De La Cruz Elías, en la que se precisa que "*...asimismo, refiere en el punto tercero que el Dr. Junior Castillo indicó una ampolla de escopolamina endovenosa, antes que usted evalúe, haciendo referencia a las notas de enfermería y que dicho medicamento, distorsionó y enmascaro los síntomas abdominales...*". Coligiéndose que el primer diagnóstico, los primeros medicamentos y orientaciones y/o indicaciones médicas, dados por este demandado, influyeron (no determinaron) negativamente en los subsiguientes diagnósticos erráticos y tratamientos no idóneos en el ex cónyuge de la recurrente. Siendo éste el médico que descartó la posibilidad de abdomen agudo de manejo quirúrgico, según se verifica de la Resolución número (ilegible) de fecha 02 de abril del 2009, fojas 103 (fundamento 6). Evidenciándose en esta conducta médica impericia en la evaluación de los síntomas de LAZA e imprudencia en la indicación de medicamentos ajenos a la afección que padecía el paciente.

21.2 Benito Elías Soto De La Cruz:

Este segundo médico que reevalúa al paciente, en su turno diurno (9:00a.m) del mismo día de su ingreso, 29 de noviembre del 2008, no solo diagnostica litiasis renal y dispone la hospitalización del paciente, con las siguientes indicaciones: DB + LO Diclofenaco 1 ampo. Demostrándose igualmente impericia en un correcto diagnóstico de los síntomas del paciente, ya que según Informe del Comité de Auditoría número 005-CA-RAPA-ESSALUD-2008 (fojas 82), los "*resultados no mostraron un sedimento urinario patológico, que nos hiciera pensar en Urolitiasis y menos aun cuando la historia clínica, no se describió un cuadro clínico de un "cólico*

Renal"...Por otro lado llama nuestra atención la leucocitosis, por lo que se debió ampliar las posibilidades diagnósticas. Ante estos datos, tratándose de "Dolor abdominal" de origen incierto, la conducta es la OBSERVACION del dolor y no la indicación de analgésicos –antiinflamatorios – antipiréticos, antiespasmódicos, que como se sabe, impide evaluar el verdadero comportamiento de la causa de este síntoma, que para entonces era desconocido". Informe de Comité de Auditoría con el que se acredita de manera determinante la impericia en el diagnóstico médico, corroborado por este médico, y en el tratamiento con medicina que oculta los síntomas, que también acredita la imprudencia de este segundo médico en recetar paliativos de dolor, sin certeza de su causa. La impericia en el diagnóstico errado se mantiene, se agudiza la situación del paciente con la imprudencia de este médico al proceder sin sustento a recetar medicamentos que no correspondía y que disfrazaban el real padecimiento.

21.3 Carlos Manuel Cornejo Jones:

El tercer médico en tratar al paciente, en su segundo día de hospitalización en EsSalud Pasco, correspondiente al 30.11.2008, fue el doctor Cornejo Jones, cuyo tratamiento médico fue "*pedir interconsulta a urología mañana*"; es decir, se mantiene el error en el diagnóstico de litiasis renal. El informe de auditoría precisa que repitió el mismo esquema de tratamiento del día anterior "*con el mismo efecto de ocultar las manifestaciones del cuadro de fondo, que estaba produciendo dolor abdominal con síntoma principal*". Con lo que se evidencia su conducta negligente e imprudente

21.4 César Martín Napa Sánchez:

Desde el tercer día de hospitalización del paciente, 01.12.2008 estuvo a cargo de este médico, según informe de auditoría "*...el dolor abdominal pudiera hacer pensar en un cuadro que comprometería riñón derecho...pero para entonces se tenía el resultado de examen completo de orina ..., el que no reforzaba la sospecha de Urolitiasis ni de infección del tracto urinario, en un varón adulto joven...Se repite esquema de tratamiento con analgésicos-antiinflamatorios-antipiréticos, antiespasmódicos, el mismo que nuevamente enmascara las verdaderas manifestaciones de la causa del dolor abdominal, cuando este no se conocía con certeza... se indica evaluación por gastroenterología, por dispepsia relacionado a la ingesta de "una taza de chocolate" no realizó examen físico y recomendó Rx de columna lumbosacra e interconsulta a traumatología, cuando en su anamnesis no registró síntomas ni antecedentes que tengan relación con tal sugerencia*". El médico repite el mismo tratamiento los días que estuvo el

paciente a su cargo, 01, 02, 03 y 04 de diciembre del 2008, a pesar que el dolor abdominal persistía. Evidenciándose impericia e imprudencia médica.

Vigésimo Segundo: Los médicos no solo erraron en sus diagnósticos (desde el primero de ellos), sino que además se mantuvieron en este error (los siguientes médicos), descartando otras posibilidades que en una conducta diligente se habrían agotado, asumiendo "el dolor abdominal que presentaba el paciente como uno de carácter "renal nefrítico", sin llegar a tener las características del mismo"; medicaron imprudentemente, "sin mayores datos clínicos" y menos aún ayuda diagnóstica que respaldara la "*sospecha diagnóstica*", se descartó como caso de emergencia médica, peor aún se descartó como caso de emergencia quirúrgica, y nunca se confirmó la "sospecha diagnóstica", inclinando los siguientes planteamientos hacia un cuadro de "causa gastroenterológica y /o traumatológica", todo esto confluyendo en "un mal manejo del dolor abdominal", distorsionando el verdadero origen del mal que padecía el paciente, y que todas estas conductas (CONCAUSA), acreditan en autos la IMPERICIA E IMPRUDENCIA con que actuaron estos médicos en el ejercicio de sus funciones. Que no es otra cosa, en la responsabilidad extracontractual, que una "CONDUCTA CULPOSA".

Vigésimo Tercero: El informe del Comité de Auditoría, de fecha quince de diciembre del dos mil quince (fojas 82), constituye para este Juzgador una prueba pericial obtenida de forma previa a este proceso contencioso pero incorporado al mismo, por la demandante, que resultó determinante para encontrar responsabilidad en los demandados por negligencia e imprudencia médica, en la vía administrativa, según resoluciones emitidas en proceso disciplinarios seguidos contra estos cuatro médicos demandados: Junior Henry Castillo Enriquez, Carlos Manuel Cornejo Jones, Benito Soto De La Cruz, César Martín Napa Sánchez, "*por no haber actuado con la diligencia y prudencia que impone el servicio, toda vez que al haber suministrado medicamento inadecuado, se estableció las condiciones para una complicación posterior...*", según Resolución número (ilegible) de fecha 02 de abril del 2009, fojas 103; Resolución números 003-URH-OA-RAPA-ESSALUS-2009, del 31 de marzo del 2009, obrante a fojas 93, fundamento sexto; Resolución número 845-D-RAPA-ESSALUD-2009, del 04 de mayo del 2009, de fojas 96, fundamento 15; Resolución número 846-D-RAPA-ESSALUD-2009, del 04 de mayo del 2007, de fojas 96, fundamento siete. Resoluciones que contienen sanciones administrativas a los citados demandados por negligencia en sus actuaciones médicas respecto al ex cónyuge dela recurrente, corroborándose la presencia del elemento subjetivo de la responsabilidad civil, "culpa" (sistema subjetivo), referida a la negligencia, impericia e imprudencia con la que

actuaron, sin que dentro de este proceso se haya acreditado la nulidad o revocación de dichas resoluciones sancionadoras.

Vigésimo Cuarto: En cuanto a la responsabilidad del Hospital de EsSalud -Pasco, como persona jurídica con capacidad de goce (titular de derechos y obligaciones), reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como sujeto de derecho (su capacidad de ejercicio la ejercerá a través de sus representantes legales), está en aptitud de asumir las obligaciones no solo legales o convencionales, sino también las emanadas de mandatos judiciales. Esto en atención a que su responsabilidad civil en el caso de autos está suficientemente acreditada, por la manifiesta ausencia de médicos especialistas y capacitados para asumir idóneamente sus deberes en la atención de pacientes que acuden al nosocomio, así el Informe del Comité de Auditoría en sus recomendaciones señala: "*1. Los Jefes de los diversos servicios y los médicos asistenciales, deben revisar y estudiar el protocolo de ABDOMEN AGUDO EN EL ADULTO, para mejor manejo de esta entidad, de inmediato. 2. Capacitar al personal, involucrado con la revisión y presentación de Protocolo de manejo de ABDOMEN AGUDO EN EL ADULTO, en los jueves académicos*". No bastando que este tipo de recomendaciones de los médicos auditores reflejen un desconocimiento de los médicos de este hospital en los síntomas de abdomen agudo en el adulto, en el punto "D" del referido informe señalan: "*Abdomen agudo quirúrgico con Sepsis severa, de manejo en un hospital con mayor poder resolutivo, que el nuestro, diagnosticado tardíamente ...*".

Vigésimo Quinto: Reconocida la incapacidad de "poder resolutivo" del hospital, por la propia Comisión Auditora, no hay más que discutir respecto a su negligencia, tanto en la actuación de sus médicos integrantes; por lo que, en aplicación del 48° de la Ley General de Salud, "*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*"; así como deberá asumir responsabilidad por la ausencia de medios, herramientas, insumos u otros recursos requeridos en el momento preciso, como la falta de ecografía abdominal los días 02 y 03 de diciembre del 2008 (aunque debió ser desde el 29 de noviembre del 2008) por falta de ecografista, carencia cuya constancia se dejó anotada en la historia clínica del paciente, ya que de nada serviría que la realicen y presenten con posterioridad al momento de urgencia; tampoco contaba el hospital demandado con plaquetas disponibles para el día 04 de diciembre del 2008, último día que estuvo el paciente en este

hospital antes de ser trasladado al Hospital de Huancayo, según se desprende del Informe número 003-BS-PAT.CLIN-RAPA-ESSALUD-09 (fojas 553), probablemente evaluando la junta médica que se llevó a cabo ese mismo día, la posibilidad de intervenir quirúrgicamente al paciente, configurándose así el supuesto normativo previsto en el artículo 48° de la Ley General de Salud, según el cual el establecimiento de salud *“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 ofrece”*

Vigésimo Sexto: Relación de Causalidad o Nexo Causal:

Estando ante una figura de concausa (pluralidad de autores y de causas), proveniente de las conductas médicas negligentes de estos demandados, sumadas unas tras otras, que desencadenaron en la muerte del paciente por síndrome de disfunción multiorgánica, shock séptico, peritonitis difusa, hemorragia subaragnoidea, más muerte cerebral; tenemos que éste hecho -muerte- dejó de ser uno de carácter natural y se convirtió en uno de relevancia jurídica, pues se produjo como consecuencia de un comportamiento antijurídico y culpable de estos demandados, que generó justamente el daño moral invocado por la recurrente. Por lo que, este elemento de nexo causal de la responsabilidad civil también se encuentra presente en el caso de autos; y con el cual ha quedado establecido el primer punto controvertido fijado en el proceso (configuración de los elementos de la responsabilidad exgracontractual), respecto de estos primeros cinco demandados. Asimismo, tratándose de varios responsables del daño, resulta aplicable el artículo 1983° del Código Civil, esto es, la solidaridad en el pago.

Vigésimo Sétimo: Quantum Indemnizatorio:

Analizados los puntos de controversia establecidos en autos, determinándose la responsabilidad civil de los demandados para indemnizar el daño moral causado a la accionante por la muerte desu ex cónyuge por negligencia médica, corresponde solo determinar el monto de la indemnización, habiendo sido ésta demandada en S/.820, 289.40. Al respecto, el artículo 1984° del Código Civil precisa: *“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*, *“La categoría del daño moral presenta dos grandes problemas: el primero de ellos referido a la forma de acreditarlo o probarlo -ya analizado en autos- y el segundo referido a la manera de cuantificarlo...dado que no todas las personas expresan sus sentimientos o emociones...también es fácil simular sufrimientos...”*⁵, no

⁵ **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo;** *“Elementos de la Responsabilidad Civil”*; ob. Cit pg. 68

estableciéndose aún un criterio uniforme sobre la cuantía de su indemnización. Por lo que, deberá fijarse un monto de acuerdo a las reglas de la experiencia, al principio de proporcionalidad y razonabilidad, para lo cual se considerará dentro del daño moral, no solo el sufrimiento por el fallecimiento del cónyuge de la recurrente en circunstancias inesperadas, sino también el producido por el cambio de situación de hecho y derecho de la recurrente, debiendo enfrentar su vida y su carga familiar sola (viuda), estableciéndose un monto ascendente a TRESCIENTOS VEINTE MIL SOLES (s/.320, 000.00), el que deberá ser asumido por los demandados en forma solidaria de conformidad con lo establecido en el artículo 1983° del Código Civil. Monto indemnizatorio que comprende la intervención secuencial (concausa) de cuatro demandados (04 médicos) y del Hospital de Salud Il Pasco y que solo corresponde al daño moral de la recurrente (con exclusión de cualquier otro concepto no demandado).

Vigésimo Octavo: En cuanto a los **intereses legales** pretendidos en la demanda, estos deberán ser otorgados en la tasa del interés legal desde la fecha que se produjo el daño, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1985°, segundo párrafo, del Código Civil, esto es, desde el dieciocho de diciembre del dos mil ocho, fecha del fallecimiento o muerte del cónyuge de la demandante.

Vigésimo Noveno: **Hospital IV de EsSalud Huancayo y médicos Carlos Enrique La Hoz Vergara y Milton Antonio Tello Cruz.**

"El día cinco de diciembre del 2008 a horas 02:00 am. El paciente en mención ingresa por emergencia al Hospital EsSalud de Huancayo transferido del Hospital de Cerro de Pasco, en emergencia se diagnosticó al paciente lo siguiente: a) Abdomen agudo quirúrgico a.1.- Apendicitis aguda complicada y a.2.- Peritonitis; b) D/C neumopatía aguda, c).- Sepsis: foco abdominal, d).- D/C pancreatitis aguda y e).- Trastorno hidroeléctrico: acidosis metabólica. A las 11:30 am del mismo día (05 Dic. 2008) en el riesgo quirúrgico se consigna como diagnósticos Insuficiencia Respiratoria Aguda D/C SDRA en insuficiencia renal aguda prerenal. Como consecuencia de ello el paciente fue intervenido quirúrgicamente ese mismo día previa compensación hemodinámica por mi persona, encontrándose en los hallazgos operatorios: **a).**- apéndice necrosado en toda su extensión incluyendo la base, **b).**- plastrón apendicular y **c)** secreción purulenta libre en cavidad abdominal aproximadamente 500cc".

Trigésimo: Entonces, el paciente ingresó al Hospital de Huancayo ya con un cuadro de peritonitis necrosada, apendicitis perforada, infección abdominal y problemas de páncreas, respiratorios, renales, etc, por no haberse realizado una intervención oportuna en el Hospital de Pasco, es decir, en un estado crítico de improbable recuperación, pues con infección aguda en

toda la zona abdominal extendiéndose a sus demás órganos vitales, con una intervención quirúrgica o con un tratamiento agresivo de antibióticos (medios usados para salvar la vida del paciente), no garantizaban su mejoría, pues el estado del paciente era de "psepsis" (infección en la sangre), contraída por la perforación del apéndice ya necrosado, que conducía a fallas estructurales del paciente; por lo que, aún utilizando como "medio" de recuperación, la intervención quirúrgica, ésta ya era tardía, pues debió hacerse en el primer día de ingreso por emergencia al Hospital de Pasco, así como lo ha observado el médico legista en el certificado médico legal número 002343-RM, de fecha trece de octubre del dos mil nueve (fojas 107): "*El Hospital de Salud de Huancayo actuó de acuerdo con la gravedad del caso, en forma adecuada, a pesar que aquel era muy complicado, concluyendo con el deceso del paciente*". Medio probatorio que tiene plena validez, pues no ha sido objeto de cuestionamiento; por lo que, respecto a estos demandados no se encuentra responsabilidad civil en sus actuaciones.

Por las consideraciones expuestas; **FALLO:**

1. DECLARANDO FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS interpuesta por ELCL contra el Hospital II de la Red Asistencial EsSalud Pasco, contra los médicos Junior Henry Castillo Enriquez, Benito Elías Soto De La Cruz, Carlos Manuel Cornejo Jones y César Martín Napa Sánchez. En consecuencia, ORDENDO estos demandados CUMPLAN, en forma solidaria, CON PAGAR a la accionante, la suma de TRESCIENTOS VEINTE MIL SOLES (S/. 320, 000.00) por concepto de daños y perjuicios -daño moral- derivados de su Responsabilidad Extracontractual en la muerte de su cónyuge, LAZA; más el pago de intereses legales generados desde la fecha de su fallecimiento, dieciocho de diciembre del dos mil ocho. Con expresa condena de costos y costas del proceso. **E INFUNDADA** la demanda en el extremo referido al exceso del monto demandado.

2. DECLARANDO INFUNDADA LA DEMANDA interpuesta por ELCL contra el Hospital de Salud IV de Huancayo (Seguro Social de Salud – EsSalud RedAsistencial Junín Sede Hospital IV Huancayo) y contra los médicos Carlos Enrique La Hoz Vergara y Milton Antonio Tello Cruz. NOTIFÍQUESE. NOTIFÍQUESE.

20vo JUZGADO CIVIL

EXPEDIENTE : 09874-2006-0-1801-JR-CI-20
MATERIA : INDEMNIZACION
ESPECIALISTA : GIRALDO BRAVO PEDRO ROMAN
PERITO : VILELA MARTINEZ, ROSULA OLGA (PERITO)
DEMANDADO : SOCIEDAD FRANCESA DE BENEFICIENCIA ,
DEMANDANTE : NEGR

Resolución Nro. 84

Lima, veintiséis de marzo del dos mil diez.-

VISTOS: resulta de autos que mediante escrito de fojas ciento nueve al ciento veintiuno, Doña **NEGR** interpone demanda de **INDEMNIZACIÓN** por daños y perjuicios, contra **SOCIEDAD FRANCESA DE BENEFICENCIA** (Centro Hospitalario Maisón de Santé), para que le **indemnice** con una suma no menor de **Cincuenta Mil Dólares Americanos**, más el pago de costas y costos del proceso, por la falta de diligencia, deficiencia, defectuosa y tardía prestación de los servicios médico hospitalaria en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato **Madre Niño**, suscrito entre ambas partes con fecha cuatro de noviembre del 2003, atribuidos por culpa inexcusable de los profesionales de la salud bajo su dependencia (art. 1325° del Código civil) que trajo como consecuencia la irreparable pérdida de su hijo dentro del claustro materno, encontrándose bajo los cuidados y servicios que brinda la demandada. Expone como fundamentos de hecho que con fecha 04 de Noviembre del 2003, dado su estado de gestación y a los antecedentes de partos prematuros que tuvo con anterioridad, y que de ellos, su tercer parto se produjo estando bajo los servicios profesionales que brinda la demandada, por ello y con la clara seguridad que en dicho Centro Hospitalario recibiría una esmerada atención, suscribió un contrato denominado “ Contrato Madre Niño”, con la finalidad de obtener los servicios especializados médicos hospitalarios ofertados por el mismo, tal como se desprende de la Cláusula Primera y de acuerdo a las coberturas y descuentos que figuran en dicho Contrato y del Anexo I denominado “Coberturas y Descuentos Preferenciales” del Programa Madre Niño que forma parte integrante del contrato; agregando que con fecha **11 de Marzo del 2004**, cuando tenía aproximadamente 32 semanas de gestación, estando la actora en su domicilio se le presentó dolores de cabeza e hinchazón de manos y pies, inmediatamente por indicación del Dr. Guido Prado Cabrera, concurrió al Centro Hospitalario Maisón de Santé, siendo internada el mismo día, y dada de **alta el 13 del mismo mes**, diagnosticándosele una **Preclamia Leve**, retornando a su domicilio, significando ello un costo económico adicional; **posteriormente** el día **17 de Marzo del 2004**, al sentir dolores por contracciones y presentar sangrado vaginal, por indicación del Dr.

Guido Prado Cabrera, acudió inmediatamente de emergencia al Centro Hospitalario Maison de Sante, siendo atendida y examinada por la Dra. Sonia Galarreta Pando, quien la examinó introduciéndole el dedo a la vagina, ordenando le colocaran medicamentos para detener las contracciones y el sangrado, siendo internada, pues ya había empezado a dilatar, pero ocurre que al amanecer del día 18 del mes de Marzo, siendo aproximadamente las 08:00 horas, al despertar con fuertes dolores de cabeza, le comunicó inmediatamente a la obstetriz de turno, indicando y mostrándole que en la toalla higiénica había sangrado espeso con coágulos en forma de trocitos de hígado, recibiendo por respuesta que eso era normal, quedándose dormida al haber sido sedada; luego de un buen rato despertó con el mismo dolor de cabeza y náuseas, continuando el sangrado y con esporádicas contracciones en el vientre, y pese a la advertencia del estado, no veía ninguna actitud diligente por el personal médico del Centro Hospitalario, pese al conocimiento y antecedentes de haber tenido tres partos prematuros, limitándose a realizar un somero control, sin poner el debido interés en la vida del futuro bebé y de la actora; que ante los esporádicos controles que recibía y comunicándoles que seguía sangrando y el dolor de cabeza continuaba, recibiendo por respuesta que eso era normal por los medicamento que se le administraba; posteriormente a las diez y veinte de la noche del día 18 de Marzo, al ser examinada por la Obstetriz, se mostró preocupada, como si algo malo ocurriera, ya que al buscar los latidos del feto, estos no se escuchaban, dirigiéndose ésta a llamar al Médico de turno, Dr. Efraín Vidal Balabarca, presentándose luego de un buen rato, indicándole a la Obstetriz Betty García Solis siga buscando los latidos del feto, alejándose luego sin adoptar ninguna medida eficaz, evidenciándose que algo no estaba bien, pues la Obstetriz volvió a llamar al mismo doctor, pero que al buscar los latidos del feto no los encontró, pidiéndole que la opere, quien le dijo que el feto debe estar muerto, ordenando se me tome una ecografía, retirándose luego; que, horas mas tarde, con la llegada del Ecógrafo se confirmó la muerte de su hijo dentro de su vientre, estando en el interior del Centro Hospitalario y bajo el cuidado de quienes eran dependientes por culpa inexcusable de éstos, conducta atribuida a la prestación defectuosa, deficiente y tardía de los profesionales en la salud, con riesgo la vida de la demandante, posteriormente a la muerte del bebé, le indujeron el parto por más de ocho horas, luego de lo cual tuvieron que cortarla para extraer el feto de su vientre; que siendo las 02:55 de la mañana del día 21 del mismo mes, encontrándose en la etapa post operatoria, se le presentó un malestar físico, siendo comunicada a la Obstetriz de Turno, ésta a su vez le comunicó al Médico de turno, Dr. Lindo quien se negó a brindarle atención, conforme consta en la Hoja de Anotaciones de la

historia clínica; que la indemnización solicitada por daños y perjuicios, por el daño material y moral que le deberá resarcir la demandada, por culpa inexcusable, por falta de diligencia ordinaria en el cumplimiento de sus obligaciones, deberes y la aplicación defectuosa y tardía de los servicios y conocimientos de los profesionales de la salud, dependientes de su institución; y demás hechos vertidos en dichos. Admitida la demanda y corrido traslado de la demanda en la **Vía de Conocimiento** mediante resolución uno de fojas ciento veintidós, se apersona la demandada mediante escrito de fojas doscientos setenta y siete al doscientos noventa y nueve, contestando la demanda la contradice en todos sus extremos solicitando que la misma sea declarada infundada conforme a los argumentos que expone, la que mediante resolución dos de fojas trescientos se tiene por contestada la demanda; resolución contra la que la actora deduce su nulidad, tal como aparece de fojas 315, la que es declarada improcedente tal como aparece de la resolución nueve de fojas 361 y 362; por escrito de fojas trescientos veintisiete y siguientes, la demandante propone Tacha contra los testigos propuestos por la demandada y Oposición a que se tenga por cumplida la exhibición referidos a simples fotocopias de la Historia Clínica y del Manual para Atención de Gestantes del Instituto Madre Niño “Rosa Barcelli Fort”; a fojas 394 corre la resolución trece por la que se concede apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida contra la resolución nueve que declaró improcedente la nulidad deducida por la demandante; mediante Resolución de fojas 418 el Juzgado declara saneado el proceso, citándose a las partes la Audiencia de Conciliación, la que se llevó a cabo conforme al Acta de fojas 427 al 430 la Audiencia de Conciliación, con la asistencia de ambas partes, no lográndose la conciliación pese a haber sido exhortados por el Juzgado, fijándose los Puntos Controvertidos, se admitieron los medios probatorios respectivos ofrecidos por las partes, declarándose Fundada la Tacha interpuesta contra las Testimoniales e Improcedente la Oposición contra las instrumentales presentadas por la parte demandada, mediante resolución veinte emitido en dicho acto, la que es apelada tanto por la parte demandante como por la demandada; ordenando el Juzgado en dicha diligencia se curse Oficio a la REPEJ a fin que se nombre un Perito Gineco Obstetra e emita su Informe correspondiente, recayendo el nombramiento en la Dra. Rosula Olga Vilela Martínez; a fojas 443 corre la resolución veintitrés por la que se concede a la demandada apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida contra la resolución veinte; a fojas 455 se apersona la Perito designada quien acepta y Jura el cargo conferido; a fojas 486 corre el oficio remitido por la Cuadragésima Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima remitiendo copias certificadas de la denuncia N° 561-04, disponiéndose mediante resolución siete se

tenga presente su mérito al momento de sentenciar; a fojas 488 obra la resolución veintiocho por la que se rechaza la apelación formulada por la actora contra la resolución veinte; a fojas 492 a 496 aparece el Informe presentando por la Perito nombrada en autos, poniéndose en conocimiento de las partes, tal como aparece de la Resolución de fojas 497, la que es observada por la parte demandante mediante escrito de fojas 507 y siguientes; mediante resolución de fojas 551 el Juzgado tiene presente el Informe Pericial de Parte presentado por la actora, poniéndose en conocimiento de la demandada; mediante resolución de fojas 822 el Juzgado tiene presente el Informe Pericial presentado por la Perito Judicial, fijando fecha para la Audiencia de Pruebas, la que se llevó a fojas 830 al 832, con la asistencia de las partes y de la Perito nombrada por el Juzgado en los términos que constan en dicha acta, mediante escrito de fojas 851 al 857 la parte demandada amplía sus observaciones respecto al Informe Pericial, siendo absueltas por la Perito Judicial por escrito de fojas 876 al 877; a fojas 1165 al 1170 corre el acta de la audiencia de pruebas continuada en los términos que constan en dichos folios, y no habiendo más prueba pendiente de actuación los autos quedan expeditos para ser sentenciados; vencido el término de los alegatos, se procede a expedir la que corresponde; y **CONSIDERANDO: Primero:** que, a tenor de lo dispuesto por el artículo 196º del Código adjetivo, que constituye principio rector en materia procesal, las partes deben probar los hechos alegados, siendo que el Juez valora estos medios probatorios, y asume certeza, en base de ellos, de su decisión para resolver el conflicto en forma equitativa y justa; **Segundo:** que, la pretensión en el caso de autos, es una de indemnización por responsabilidad contractual, que se produjo, según la demandante, debido a la falta de diligencia, deficiencia, defectuosa y tardía prestación de los servicios médico hospitalario en el cumplimiento de las obligaciones de la demandada, derivadas del contrato **Madre Niño**, atribuido por culpa inexcusable de los profesionales de la salud bajo dependencia de la demandada, (art. 1325º del Código Civil) con la consecuencia de la pérdida de su hijo dentro del claustro materno, por lo que solicita ser indemnizada con la suma de Cincuenta Mil Dólares americanos, que comprende tanto el daño material como el daño moral; **Tercero:** que, siendo la presente causa una de responsabilidad contractual debe tenerse en consideración, en primer lugar, que el artículo 1361º del Código Civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, respondiendo a la voluntad común de las partes, conforme lo prescrito en sus términos, en tanto que el artículo 1321º del mismo Código, prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; **Cuarto:** que, en razón de ello la actividad

probatoria debe estar encaminada a determinar si hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la demandada, y si este incumplimiento generó el daño material y moral que refiere la demandante; **Quinto:** que, conforme al contrato que es materia de esta demanda, a fojas seis y siete, la Sociedad Francesa de Beneficencia se compromete a brindar servicios especializados médico hospitalarios a favor de las gestantes y de sus hijos recién nacidos fruto de la gestación que motiva la inscripción en el Programa Madre Niño, tal como está consignado en su cláusula primera, en tanto que en la cláusula tercera se señala que todos los servicios que figuran bajo el rubro de Descuentos Preferenciales que forman parte del Anexo I, así como las complicaciones durante la gestación, parto o post parto o las complicaciones del recién nacido, están sujetos únicamente a los descuentos que en dicho acápite se mencionan, de lo que se desprende que el contrato estaba referido a una atención integral tanto de la madre como del niño en gestación, atención que debía estar en consonancia con el Manual de Decisiones Salud de la mujer del Ministerio de la Salud y al Manual para Atención de Gestantes del Instituto Madre Niño “Rosa Barcelli de Fort”, exhibido por la propia demandada y que obra de fojas 1037 a 1162; **Sexto:** que, la actora señala que en la atención recibida por parte de la demandada, hubo falta de diligencia, deficiencia, y una defectuosa y tardía prestación de los servicios médico hospitalario en el cumplimiento de sus obligaciones lo que generó la muerte de su hijo dentro del claustro materno; siendo que la demandada por su lado argumenta que la prestación de servicios médicos es altamente compleja e involucra elementos como riesgo, complicaciones, impredecibilidad y estadística, por lo que nadie puede pretender que el hecho de ser internado en un hospital puede evitar la aparición de esos riesgos, lo que se puede hacer es tratar de controlar esos riesgos y buscar superarlos, se trata pues de una prestación que involucra una obligación de medios donde no puede asegurarse un resultado satisfactorio; **Sétimo:** que, efectivamente la obligación del médico no es de resultado puesto que no puede asegurar el éxito en su prestación, siendo solo de medio, lo que sin embargo implica que tiene el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia proporcionándole todos los cuidados y toda la pericia que tiene en el ejercicio de su profesión, por ello tomando en cuenta lo expuesto por ambas partes la controversia se centra en determinar si hubo negligencia en la actuación de los médicos de la demandada en la atención que se brindó a la actora; **Octavo:** que, en este punto es necesario tomar en consideración que la demandante ha señalado que tuvo anteriormente partos prematuros, habiendo sido atendida en su tercer parto por la demandada, razón por la que decidió tomar los servicios médicos ofertados por aquella

consignados en el Programa Madre Niño, siendo de que por su lado la emplazada reconoce que la actora tenía una “mala historia obstétrica”, tal como aparece en el punto 9 de sus fundamentos de hecho a fojas 282, lo que se condice con lo consignado en la Historia Clínica de la demandante, de fojas 896 a 1034, el diecisiete de marzo del 2004, al momento de internársele, se le diagnosticó como multigesta con 33 2/7 semanas, Preclamsia leve, amenaza de parto prematuro, HTT (hemorragia del tercer trimestre), DPP (desprendimiento prematuro de placenta), apareciendo como antecedente quirúrgico, una cesárea en 1989, por RPM (ruptura prematura de membrana), es decir que la demandada tenía conocimiento de las complicaciones que pudiera generar el embarazo de la actora, y por ende de la atención que debía brindarle era de sumo cuidado, puesto que incluso en el Manual del Instituto Madre Niño “Rosa Barcelli de Fort” ya referido, en la página doce, que corre a fojas 1056 vuelta, se consignan como factores de riesgo obstétrico, entre otros, el contar con una edad mayor de 35 años, una cesárea anterior y la amenaza de parto prematuro, siendo que cualquiera de ellos, por sí solos representa un alto riesgo obstétrico, factores que se encontraban presentes en la actora; **Noveno:** que, la demandada, aduce que la repentina e inesperada muerte fetal, evidenciada con la ausencia de los latidos fetales, se explica por el Desprendimiento Prematuro de Placenta (DPP), el que, desde el punto de vista médico, constituye un evento impredecible; mientras que por otro lado, la perito designada en autos en su Informe Pericial, a fojas 534 a 547, señala que esto no fue tan impredecible, que *“La muerte fetal ocurrió por sufrimiento fetal, hipoxia prolongada, no fue por DPP súbito”*; **Décimo:** que, aparece además consignado en la misma Historia Clínica, en lo que corresponde a la Evolución Clínica, a fojas 909, que a las 22.20 del día dieciocho de marzo del 2004, al examen de la obstetrix asistencial, Betty García Solís, se registra como FC 84 por minuto, LCF (latidos cardiacos fetales) 84 por minuto, tratando de encontrar al doctor Vidal y comunicando al Dr. de guardia, a las 22.35 el doctor Vidal evalúa y encuentra LCF 135 por minuto, siendo que a las 23.30 la misma obstetrix asistencial registra como no audibles LCF, apareciendo que posteriormente a las 02.00 del día diecinueve de marzo (fojas 910) el doctor Guido Prado Cabrera consigna que no se encuentran latidos fetales; en tanto que en lo que es Anotaciones de Obstetricas, a fojas 943, se consigna que a las 22.20 FC: 84 por minuto, comunicándose al equipo de guardia, consignándose después que a las 22.35 evalúa el doctor Vidal encontrando LF: 135 por minuto; posteriormente que a las 23.30 se realiza evaluación comunicándose al doctor de guardia, siendo que recién a las 00.30 el doctor Vidal indica Eco de emergencia, es decir una hora después, para recién a la 1.00 del día diecinueve se realice el

Eco; **Undécimo:** que, como ya se ha dicho la demandada conocía de los antecedentes obstétricos de la demandante, por lo que requería de una atención de cuidado, sobre todo si desde su primer ingreso, se diagnóstico que ingresa por presentar enfermedad hipertensión asociada al embarazo “EHE” (fojas 992, 1007), se encontró placenta desprendida (fojas 906); apareciendo de la misma Historia Clínica a fojas 902, que se le diagnosticó hemorragia del tercer trimestre y desprendimiento prematuro de placenta inicial, tal como también lo hace notar la perito designada en autos, y conforme al Manual del Instituto Madre Niño “Rosa Barcelli de Fort”, en el acápite referido al Desprendimiento Prematuro de Placenta, se señala que esta está asociada a factores de riesgo como hipertensión inducida por la gestación, traumatismo, cordón umbilical corto, entre otros factores, por ello se dice que la sospecha diagnóstica es importante para evitar la secuencia y evitar el daño materno fetal, uno de los signos y síntomas que se presenta con mayor frecuencia es el sangrado vaginal acompañado de dolor, y que este se evidencia por la contracción del músculo uterino, la valoración del tono uterino es importante para la sospecha diagnóstica: si al examen de la palpación del fondo uterino éste no se deprime con facilidad, permanece tónico (duro) y no tiene períodos de relajación: la sospecha de desprendimiento placentario es muy alta y se tiene que evaluar; **Duodécimo;** que, en este estado debe tenerse en consideración lo afirmado también por la perito designada en autos, en cuyo informe a fojas 818, y tal como aparece consignado en la misma Historia clínica, que al momento de observar que los latidos fetales en 84 por minuto, a las 22.35, que la obstetriz anota además presencia de contracciones uterinas, sangrado vaginal avisa al médico de guardia, siendo que aparece consignado que es el doctor Vidal quien encuentra los latidos fetales en 135 por minuto, sin que el médico efectivamente se haya identificado, sin dejar indicación alguna o tratamiento, siendo que posteriormente a las 23.30 la obstetriz anota latidos fetales ausentes; **Décimo Tercero:** que, tomando en cuenta nuevamente el Manual del Instituto Madre Niño “Rosa Barcelli de Fort”, en el apartado referido a “Ausencia de latidos fetales” a fojas 1119 vuelta, se señala en el punto A, que es “*necesario asegurarse de la ausencia de latidos fetales por la importancia que representa una muerte fetal. Valerse del doppler o ecografía. En caso contrario, auscultar minuciosamente los latidos. Solicitar evaluación médica si está disponible*”. En el punto B, se indica que se debe “*determinar el tiempo de ausencia de los latidos fetales. Si es menor de 5 minutos colocar a la paciente en decúbito lateral izquierdo y administrar oxígeno 4 lts. por minuto. Reevaluar la presencia o ausencia de latidos fetales. Si están presentes, actuar como Alteración de latidos fetales. Tener presente la posibilidad de una cesárea de*

urgencia que en algunos casos puede dar un chance de recuperarse a un recién nacido extraído con asfixia. Se debe de evaluar en forma rápida este procedimiento, por las implicancias de una operación en condiciones no usuales”. En el punto C “Se deben tener presentes las causas más comunes que pueden producir la muerte fetal. Los signos de alerta indican una posibilidad diagnóstica que se debe evaluar. Se debe dar prioridad al tratamiento del signo de alerta, ya que la que corre peligro ahora es la madre”; **Décimo Cuarto:** que, no obstante estas recomendaciones, se desprende de la misma historia clínica que el día dieciocho de marzo se estuvo evaluando a la actora por períodos de una hora como mínimo, siendo que la hora en que la obstetriz encontró los latidos fetales en 84 por minuto, fue a las 22.20 y la hora que el doctor Vidal los encontrara en 135 por minuto, fue a las 22.35, siendo evaluada nuevamente a las 23.30 donde ya no se encontraron latidos fetales; debiendo considerar que si ya hubo una señal de alarma y con los antecedentes de la actora y teniendo en cuenta el Manual ya tantas veces referido, debió haberse mantenido una vigilancia más constante, que hubiera permitido determinar el momento del cese de latidos fetales para proceder conforme al Manual y en todo caso aplicar la cesárea como última solución, todo lo cual no fue posible si se tiene en cuenta que una hora después que la obstetriz comunicara la ausencia de latidos fetales, a las 23.30, recién a las 00.30 el doctor Vidal ordenara Eco de emergencia, la que se hizo a las 01.30, es decir una hora después de ordenada y dos horas después de detectarse la ausencia de latidos fetales, con lo que se descarta la inmediatez que aduce la demandada, resultando ser por el contrario, una falta de diligencia, no obstante estar consignado como protocolo de actuación de su propia institución; **Décimo Quinto:** que, en su Informe Pericial la perito designada, señala que encuentra poca diligencia en cuanto a la demora en la evaluación de la paciente cuando se produce un sufrimiento fetal (bradicardia fetal = caída de latidos fetales a 84 cuando el rango normal es de 110 a 160, el 18/03 a las 22.20 la evaluación se produce 15 minutos después y no hay nota de evaluación del médico ante una situación tan crítica, minutos después se produciría la muerte del bebe; **Décimo Sexto:** que, es oportuno en este estado apreciar lo relativo a las observaciones formuladas por la demandada en el acto de la audiencia de pruebas, la primera referida a que el Instituto de Medicina Legal concluyó que la atención médico hospitalaria brindada por sus galenos fue idónea y que la muerte fetal intra útero fue un evento fortuito, rápido e inesperado no obstante el control obstétrico sin la presencia de signos de alarma lo que fue desencadenado por una preeclampsia que condujo al desprendimiento prematuro de placenta total con la consiguiente muerte fetal, aclarando que en los

diagnósticos clínicos tanto en la primera como en la segunda hospitalización fueron los correctos, a lo que respondió la perito que los diagnósticos fueron correctos pero no se hizo el tratamiento adecuado; **Décimo Sétimo:** que, efectivamente tal como ya se ha determinado la atención brindada a la demandante no fue el adecuado a su estado de riesgo obstétrico, lo que lamentablemente concluyó con la muerte fetal, por lo que esta observación debe ser desestimada; **Décimo Octavo:** que, como observación se solicita que explique la perito si el médico que atendió a la actora en razón del resultado del examen de ecodoppler que tuvo valores normales por ello se le dio de alta en su primera llegada a emergencia, a lo que la perito absolvió señalando que el ecodoppler no indica el alta, el examen de laboratorio completo indicaba proteinuria, sino otros signos, y el libro de obstetricia señala que el hallazgo de preeclampsia indica que hay un compromiso de órgano blanco, sin embargo no se tuvo en cuenta ello; **Décimo Noveno:** que, debe tenerse en cuenta que lo que es materia de proceso es la atención brindada a la demandante en conjunto y no solo en lo referente a su primer internamiento, por lo que el hecho que se le haya dado de alta en función al examen de ecodoppler en ese momento no configura, como hecho aislado, un indicio que el óbito fetal se debió a un hecho inesperado, por lo que esta observación también debe ser desestimada; **Vigésimo:** que, la tercera observación está referida a que el día dieciocho de marzo a las 22.20 los latidos habían descendido a 84 por minuto, y luego el doctor Efraín Vidal Balabarca a las 22.35, es decir quince minutos después encontró que los latidos cardiacos fetales se encontraban dentro del valor normal, 135 por minuto, a lo que absolviendo la perito señala que en su informe indica que el médico de turno anota 84 latidos por minuto y luego pasan a 135, siendo lo correcto hacer un monitoreo; **Vigésimo Primero:** que, efectivamente dada la diferencia entre las frecuencias de latidos cardiacos consignados, lo conveniente hubiera sido mantener una observación permanente y así evitar el desenlace fatal que se produjo, por lo que esta observación tampoco puede ser admitida; **Vigésimo Segundo:** que, la cuarta observación es para que precise la perito si hubo una atención especializada y continua, a lo que respondió que en la historia clínica no se precisa que hubo control especializado, pues el diagnóstico lo requería, la obstetriz puede atender partos normales, pero no partos de alto riesgo, no pudiendo practicar el monitoreo, por no haber indicación médica; **Vigésimo Tercero:** que, efectivamente se aprecia de la historia clínica que la actora estuvo sujeta a control de obstetricas, más no contó con evaluación continua de médicos conforme a su estado, siendo ello así esta observación también es desestimada; **Vigésimo Cuarto:** que, la quinta observación requiere que la perito precise si la muerte del feto

fue de manera rápida y a un hecho fortuito, por la preeclampsia, a lo que la perito señaló que la preeclampsia es una complicación del embarazo, que es efecto de la hipertensión arterial sobre órgano blanco, riñón, habiendo compromiso renal para la madre y el feto, no hubo control especializado, habiéndose hospitalizado a la actora diagnosticándosele preeclampsia más DPP al ingreso; **Vigésimo Quinto:** que, las conclusiones arribadas por la perito así como lo que se ha determinado del análisis de las pruebas se determina que la muerte fetal no fue un evento fortuito, y que pudo evitarse si se hubiera prestado una mayor atención a la paciente, por lo que esta observación no puede ser estimada; **Vigésimo Sexto:** que, la sexta observación requiere para que explique la perito si los medicamentos han sido suministrados adecuadamente; a lo que absolvió señalando que se le administró tocolíticos el que está contraindicado, por que ayuda a desprenderse rápidamente la placenta, dejándose de hacer vigilancia con el monitoreo fetal, habiéndosele aplicado desde que ingresó al Hospital en la segunda oportunidad; **Vigésimo Sétimo:** que, aparte de la medicación la falta de un control especializado es lo determinante en cuanto a la responsabilidad de los médicos, incidiendo la perito en ese detalle, por lo que la observación en ese sentido también debe desestimarse; **Vigésimo Octavo:** que, la sétima observación se refiere a que si la perito necesitaba de algún otro documento, manifestó que pudo haberlo pedido pero fue con la intención de comprender a sus colegas; incidiendo esta observación más en cuanto a la apreciación personal de la perito y no tiene como finalidad cuestionar el informe pericial, por lo que es desestimada; **Vigésimo Novena:** que, descartado el evento fortuito en el fallecimiento del feto, la acción antijurídica de la demandada se configura por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales con respecto a la demandante, caso en el cual el factor de atribución es la culpa, la cual como ya se ha analizado, es culpa leve, por cuanto no se ha actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar tal como está determinado en el artículo 1320° del Código Sustantivo; **Trigésimo:** que, en lo relativo a la relación de causalidad, la que debe entenderse como el nexo causal entre la acción antijurídica y los daños producidos, debe dejarse establecido que para que exista resarcimiento debe haberse producido daños, y así lo estipula el artículo 1321° del Código Civil, en su segundo párrafo, cuando dispone que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en **cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución**, siendo también el daño moral resarcible tal como lo estipula el artículo 1322° del mismo Código.

Siendo esto así si bien se ha determinado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la demandada es necesario determinar si este incumplimiento ha generado daños en la parte accionante; **Trigésimo Primero:** que, por concepto de daño debe entenderse como toda afectación a la esfera personal, tanto en el plano material como moral; en el plano material ello se refleja básicamente dentro de la esfera económica, la cual puede ser tanto el lucro cesante como el daño emergente, siendo el primero entendido como el impedimento del ingreso de una utilidad al patrimonio del actor, en tanto que el daño emergente resulta ser la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, siendo que la demandante ha señalado haber pagado la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y UN DOLARES AMERICANOS, por el contrato de atención médica, es decir por la atención médica recibida, lo cual resulta el pago por el servicio recibido y no un gasto como consecuencia del daño sufrido, por lo que este concepto no puede ser considerado; **Trigésimo Segundo:** que, respecto a la pretensión del pago de indemnización por concepto de daño moral, que la actora ha valorizado en la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE DOLARES AMERICANOS, debe considerarse que este daño está referido básicamente a la esfera afectiva o sentimental de una persona lo que le origina una perturbación, un sufrimiento no previsto, en este sentido resulta evidente que la acción de la demandada afectó un interés jurídico relevante, como lo es el sentimiento de madre de la actora, si se tiene en cuenta que decidió tener un hijo no obstante lo riesgoso que resultaba, teniendo en cuenta sus antecedentes y su edad, confiando en ser atendida adecuadamente por la demandada, la que goza de prestigio, pero que lamentablemente en este caso no prestó una debida atención, produciéndose una afectación emocional y un daño moral que debe merecer el monto indemnizatorio que se ajuste a un criterio razonable y equitativo, teniendo en consideración que el artículo 1985 del Código Sustantivo comprende al daño moral dentro de la indemnización que se derivan de la acción u omisión generadora del daño, determinando con ello el factor de atribución con el daño moral; **Trigésimo Tercero:** Que, en este orden de ideas es menester determinar el monto indemnizatorio por el daño moral ocasionado, precisándose que el monto dinerario que se señale no resarcirá el daño moral de una persona, teniendo en cuenta que se trata de un valor abstracto que se circunscribe al sentimiento personal que opera en la esfera de su intimidad; empero, dado los hechos resumidos no puede negarse que la consecuencia del fallecimiento de su hijo, a los más de ocho meses de gestación y dentro de su claustro materno, ha ocasionado a la actora una profunda e inigualable afectación en su sentimiento interno o moral y el de su familia, lo que conlleva se imponga una sanción pecuniaria a la demandada por tal

concepto, debiendo para ello el Juzgador hacer uso del prudente arbitrio del que se encuentra facultado por imperio de la ley, tal como aparece del artículo 1332° del Código Civil, considerando por ella la suma de VEINTICINCO MIL DOLARES AMERICANOS como ajustado al daño moral ocasionado; **Trigésimo Cuarto:** Que, las demás pruebas actuadas y no glosadas en nada enervan los fundamentos de la presente resolución; de conformidad con los artículos 1314, 1320, 1321 y 1322 del Código Civil: **FALLO:** declarando **FUNDADA en parte** la pretensión contenida en la demanda de fojas ciento nueve al ciento veintiuno, en el extremo que se solicita daño moral, en consecuencia **ORDENO** que **SOCIEDAD FRANCESA DE BENEFICENCIA (Centro Hospitalario Maisón de Santé)**, cumpla con pagar a la demandante **NEGR** , por concepto indemnizatorio por daño moral la suma de **VEINTICINCO MIL DOLARES AMERICANOS**; e, **INFUNDADA** en el extremo del daño patrimonial, con costas y costos.-

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CAS. N° 220-2013 LIMA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Responsabilidad por mala praxis.

No corresponde aplicar el artículo 1762 del Código Civil referido a la responsabilidad por prestación de servicios profesionales a cualquier actividad que realice un profesional sino que ésta sea de especial dificultad.

Lima, doce de noviembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número doscientos veinte – dos mil trece, en audiencia pública realizada en la fecha, y producida la votación correspondiente, expide la siguiente sentencia.

I. ASUNTO:

En el presente proceso de indemnización por daños y perjuicios, los demandados **Sociedad Francesa de Beneficencia y Jorge Chimoy Arteaga**, han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha veintidós de octubre de dos mil doce expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, obrante a fojas mil ciento setenta y seis que **confirmó** la sentencia número sesenta y cuatro que declaró Fundada en parte la demanda; la **revocó** en cuanto ordenó a los demandados el pago de indemnización por concepto de daño moral con la suma de siete mil nuevos soles, reformándola en ese extremo, ordenaron que los demandados indemnicen en forma solidaria la suma de veinte mil nuevos soles.

II. ANTECEDENTES:

1. DEMANDA:

Según se aprecia del escrito de fojas once, subsanado a fojas veinticuatro, FMGV interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios derivado de la negligencia médica incurrida por el médico Jorge Chimoy Arteaga producto de la atención brindada, la cual originó que la herida de su pierna derecha devenga en necrótica, por ello solicitó se le pague por concepto de daño emergente la suma de

quince mil nuevos soles, por concepto de lucro cesante la suma de diez mil nuevos soles, y por concepto de daño moral la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, haciendo un total de cien mil nuevos soles. La demandante argumenta como sustento de su demanda que con fecha cinco de diciembre de dos mil cuatro sufrió un accidente automovilístico, siendo atropellada por un ómnibus y como consecuencia de ello perdió cinco dientes, tuvo sangrado en la frente, se luxó el hombro izquierdo además de los fuertes golpes que recibió en la cabeza y rodilla, y por el SOAT con el que contaba el chofer el ómnibus fue trasladada a la Clínica Maison de Santé. En la Clínica fue atendida por el médico-traumatólogo Jorge Chimoy Arteaga a quien le indicó de los profundos dolores que sufría, ante lo cual dicho galeno pinchó la pierna de la demandante reiteradas veces indicando que mediante dicho procedimiento sacaba la sangre mala, luego la herida fue cubierta con una felula (entiéndase férula), permaneciendo internada durante nueve días en la mencionada Clínica, en los cuales nunca se le revisó las heridas limitándose a recetarle pantomicina. El día catorce de diciembre de dos mil cuatro se le dio de alta, y antes de retirarse solicitó se le revisara la pierna, dándose con la sorpresa que se había infectado. Posteriormente fue derivada a la Clínica Stella Maris donde se confirmó la mala praxis efectuada por el codemandado Chimoy. Afirma la demandante que todo ello ha provocado que no pueda realizar sus actividades con normalidad, pues a pesar de las terapias recibidas no ha podido caminar bien, ello aunado a que posterior a los implantes de piel realizados necesita una infiltración que el Seguro La Positiva no puede afrontar, tampoco los gastos derivados de consultas médicas al traumatólogo y dermatólogo, así como los medicamentos y cremas.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fojas ciento ochenta y tres la Sociedad Francesa de Beneficencia en litisconsorcio necesario con Jorge Chimoy Arteaga contestaron la demanda solicitando se declare infundada. Argumentaron que desde el ingreso de la demandante a la Clínica fue evaluada por el médico Chimoy Arteaga con la diligencia debida y siguiendo el protocolo de atención. Que respecto a los supuestos

pinchazos en el muslo que habría recibido la demandante precisan que según consta en la Historia Clínica lo que en realidad se realizó fue un procedimiento médico en la rodilla denominado punción que consiste en limpiar la herida para luego evacuar y drenar la sangre coagulada, protocolo que correspondía para el cuadro clínico que presentaba la paciente, luego de ello se le aplicó analgésicos, antiinflamatorios y antibióticos para luego cubrir la herida con una férula. Posteriormente la paciente Gonzales fue evaluada durante los días de su internamiento por diversos especialistas en neurología, cirugía odontológica, radiología, cirugía, neurocirugía, y al no encontrar déficit alguno se procedió a darle de alta. Respecto al argumento de la demandante que no se le realizó tratamiento alguno para el hombro, indicaron que el codemandado Chimoy prescribió el uso de un cabestrillo para el hombro. Refieren además los demandados que la paciente no acudió a su cita programada para la evaluación y observación de la herida sino hasta después de catorce días, encontrándose la herida escarificada cicatrizando en sus bordes, la cual fue limpiada, volviendo a programar nueva consulta, sin embargo la paciente no regresó mas a la Clínica. Respecto a la complicación surgida por el injerto de piel, los demandados argumentan que no es su responsabilidad pues éste se realizó en otro nosocomio. En relación a los daños y perjuicios, la demandante no ha cumplido con precisar cuáles serían los daños causados. Al tratarse la prestación de servicios médicos uno de medios y no de resultados por su especial complejidad, el nexo causal será destruido cuando el médico haya tenido una conducta diligente, lo cual ha ocurrido en el presente proceso.

3.PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Mediante audiencia de fecha once de julio de dos mil siete a fojas doscientos cincuenta y seis, se fijó como único punto controvertido determinar si el Centro Hospitalario Maison de Santé y el médico Jorge Chimoy Arteaga han causado daños y perjuicios a la demandante como consecuencia de una mala praxis médica en dicho centro hospitalario y por parte del médico demandado; asimismo de

establecerse la responsabilidad civil reclamada deberá fijarse el monto indemnizatorio correspondiente.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez mediante de la resolución número setenta y cuatro de fecha treinta y uno de enero de dos mil doce declaró **fundada en parte** la demanda, en consecuencia ordenó que los demandados, en forma solidaria, paguen a favor de la demandante la suma de siete mil y 00/100 Nuevos Soles por daño moral. Sustentó su decisión en los siguientes argumentos: **a)** Que la determinación del hecho dañoso debe efectuarse teniendo en cuenta el procedimiento médico llamado Protocolo, además de analizarse si procedía el estado de alta o la paciente debía continuar en el nosocomio. **b)** Se valora el Dictamen Pericial efectuado por tener como fi nalidad apreciar hechos controvertidos para los que se requiere conocimientos especiales de naturaleza científica u otra análoga. Siendo esto así, del dictamen pericial del médico Enrique Ordaya Luey, examen clínico, y exámenes auxiliares se determina que la paciente padece de condromalacia rotuliana y degeneración intrameniscal, enfermedades que pueden ser producto de un traumatismo derivado del accidente de tránsito sufrido. Se precisa además que en la historia clínica no obra el documento de alta de la paciente, como tampoco la descripción de la evolución del hematoma y las lesiones de las partes blandas de la paciente. Por otro lado, el tratamiento debió efectuarse con férula de yeso muslo medio que es un aparato de yeso abierto, lo cual es indicado para zonas de traumatismo que presentan heridas, a fin de que éstas sean evaluadas diariamente, lo que resulta contradictorio con el cambio de férula de yeso cerrado a abierto, en ese sentido el yeso cerrado no habría permitido hacer el seguimiento adecuado a las heridas. **c)** Del Dictamen Pericial realizado por la doctora Juana Rosa Díaz Arévalo, coincide que la herida necrótica se produjo al momento del accidente. Señala que inicialmente se inmovilizó a la paciente con una calza de yeso, sin embargo aunque se haya usado férula de yeso no se hubiera evitado la necrosis, en consecuencia ello no tuvo consecuencias irreversibles y adicionales a las heridas sufridas. **d)** Respecto a los problemas de movilidad y dolor a causa del traumatismo sufrido son ajenos a la conducta del

médico demandado o del protocolo médico, pues ello ocurrió a consecuencia directa del accidente vehicular sufrido, lo que si existe es un daño leve e innecesario por el uso de calza de yeso y dación de alta antes de tiempo, existiendo relación de causalidad entre la conducta negligente leve y el daño transitorio producido a la paciente, conducta que se encuentra incursa en el artículo 1320 del Código Civil. **e)** Existe una relación contractual entre los codemandados de empleador-trabajador, por lo que la responsabilidad es solidaria frente a la demandante. **f)** En cuanto a la indemnización por lucro cesante y daño emergente, estos no han sido suficientemente acreditados. **g)** Sin embargo, en cuanto al daño moral si se ha podido acreditar el sufrimiento innecesario causado en la paciente al no seguir rigurosamente el protocolo médico así como el alta antes de tiempo.

RECURSOS DE APELACIÓN:

Mediante escrito obrante a fojas mil sesenta y siete la **Sociedad Francesa de Beneficencia** interpuso recurso de apelación contra la precitada decisión en el extremo que declaró fundada la indemnización por daño moral, argumentando: que el Juzgado ha incurrido en una abierta violación al debido proceso y al derecho de defensa, pues el daño no ha sido acreditado con prueba alguna de carácter técnico, así como tampoco que haya existido sufrimiento de la paciente como consecuencia de la calza de yeso y de su alta de la Clínica. Señaló también que el Juzgado al contar con dos peritajes opuestos, debió llamar a un perito dirimente, y no inclinarse libremente por uno o por otro. Asimismo, mediante escrito obrante a fojas mil ochenta y cuatro, la demandante **Villarreal FMGV** interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, solicitando que la demanda sea declarada fundada en todos sus extremos, para lo cual argumentó que se infringe el derecho de defensa y el debido proceso, puesto que al declarar fundada en parte la demanda se vulneró su derecho a que se le repare el daño causado por la mala praxis del médico tratante, a través de una indemnización razonable y justa. Por otro lado, señaló que el Juez no ha tenido en cuenta que los daños ocasionados en su pierna se debieron al hecho de haberle puesto una calza de yeso (yeso cerrado), mas no una férula de

yeso muslo medio (yeso abierto) como correspondía para el tipo de lesión que presentaba la paciente, aunado a ello la alta anticipada.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Por sentencia de vista de fecha veintidós de octubre de dos mil doce, de fojas mil ciento setenta y seis, la Sala Superior confirmó la sentencia apelada en el extremo que declaró fundada en parte la demanda, y la revocó en cuanto ordenó indemnizar por concepto de daño moral con la suma de siete mil nuevos soles, reformándola en este extremo ordenó que los demandados indemnicen en forma solidaria a la demandante con la suma de veinte mil nuevos soles por concepto de daño moral; bajo los siguientes argumentos: **a)** Que, si bien el Juzgado ha resuelto el presente proceso como uno de responsabilidad contractual, siendo uno de responsabilidad extracontractual, hecho que originaría la nulidad de la sentencia por incongruencia extrapetita, ello ha quedado convalidado ya que los apelantes no han argumentado sus recursos en ese sentido. **b)** Se ha podido concluir a partir de las pericias realizadas durante el proceso que el médico demandado no usó el medio adecuado para tratar la lesión que tenía la paciente, esto es, la férula de yeso, sino que usó una calza de yeso y como consecuencia de no actuar con la diligencia media (diligencia del hombre y/o profesional promedio) se originó parte de los daños ocasionados a la demandante, por lo que se presume que actuó conculpa leve. **c)** También concluye que la alta anticipada de la paciente no fue una medida diligente ni oportuna por parte del médico. **d)** Asimismo, no considera pertinente aplicar el artículo 1762 del Código Civil, puesto que determinar si se le debe colocar una calza de yeso o una férula de yeso a un paciente con lesiones en la rodilla producto de un accidente de tránsito es algo que se presume los profesionales médicos especializados pueden determinar producto de su experiencia.

RECURSO DE CASACIÓN:

La Sociedad Francesa de Beneficencia y Jorge Chimoy Arteaga mediante escrito de fecha cuatro de diciembre de dos mil doce interponen recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha veintidós de octubre de dos mil doce. Este Supremo

Tribunal mediante resolución de fecha veintiséis de junio de dos mil trece, que consta a fojas sesenta y dos del cuaderno formado en esta sede, ha declarado procedente el referido recurso por las siguientes causales: **a) Infracción normativa de los artículos 1762 y 1981 del Código Civil**, alegan los recurrentes que las instancias de mérito han determinado que el médico Jorge Chimoy Arteaga incurrió en culpa leve al no utilizar el medio adecuado para el tratamiento de la lesión, por tanto no corresponde atribuirle responsabilidad por servicios profesionales, pues en ese supuesto respondería en caso de dolo o culpa inexcusable; agregan que al no ser responsable el médico Jorge Chimoy tampoco lo era la Sociedad Francesa de Beneficencia. **b) Infracción normativa de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política, 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil**, afirman los recurrentes que la Sala Superior no ha emitido pronunciamiento en decisión expresa, precisa y motivada respecto de todos y cada uno de los agravios que contiene su apelación respecto a que si se le colocó a la paciente una férula de yeso conforme obra en la Historia Clínica, tampoco se hizo mención respecto del reconocimiento de la paciente que sí se le colocó la mencionada férula, ni del argumento de que la paciente incumplió las indicaciones médicas.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

La materia jurídica en debate consiste en determinar si Sala Superior ha motivado debidamente la sentencia de fecha veintidós de octubre de dos mil doce, y si la conducta del médico Jorge Chimoy Arteaga frente a la paciente FMGV ha conllevado a responsabilidad por prestación de servicios de tipo profesional.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

Primero.- Que, habiéndose declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa material y procesal, en primer término debe dilucidarse la causal relativa a la infracción normativa procesal, de conformidad con el inciso 4 del artículo 388 del Código Procesal Civil –modificado por Ley N° 29364–, el cual establece que si el recurso de casación contuviera ambos pedidos (*anulatorio o*

revocatorio), deberá entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado, ello en atención a su efecto nulificante. **Segundo.**-Que, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha expresado en el fundamento jurídico 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0896-2009-PHC/TC1 *“En cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que es acorde con el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa” (Exp. N° 04729-2007-HC, fundamento 2)”. La exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales encuentra desarrollo legal en los artículos 122 inciso 3 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispositivos legales que aseguran la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias, estando obligados los jueces a enunciar las pruebas en que sostienen sus juicios y a valorar las mismas racionalmente, consistiendo la falta de motivación no sólo en la falta de exposición de la línea de razonamiento que conlleva al juzgador a decidir la controversia, sino también en la no ponderación de los elementos introducidos en el proceso de acuerdo con el sistema legal, es decir, no justificar suficientemente la parte resolutoria de la sentencia a fin de legitimarla. **Tercero.**- Que, en ese sentido, corresponde desarrollar los agravios expuestos por la recurrente en relación a la infracción normativa de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política, 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 122 inciso 3 del Código Procesal Civil: a) Respecto a que la Sala Superior ha omitido pronunciamiento alguno sobre lo*

señalado en la Historia Clínica en donde figura que sí se le colocó a la paciente una férula de yeso, es preciso señalar que la Sala Superior ha dado respuesta a dicha afirmación en el considerando quinto de la sentencia de vista, luego de valorar los medios probatorios aportados durante el proceso, entre ellos los dictámenes periciales, ha arribado a la conclusión que en la paciente se usó una calza de yeso, mas no así una férula de yeso teniendo en consideración que los dos peritos han estado de acuerdo en ese aspecto. b) Respecto a que la Sala Superior ha omitido pronunciarse sobre sus afirmaciones en relación a que no se le dio el alta anticipada a la paciente, y que además hubo incumplimiento de las indicaciones médicas por parte de ésta, es menester señalar que la Sala Superior también ha dado respuesta a éstas afirmaciones pues en el considerando sexto concluye que producto de que se le haya colocado una calza de yeso (yeso cerrado) aún presentando una herida no permitió que ésta cure y por lo tanto devenga en necrótica, consecuentemente lo más diligente hubiera sido que permanezca por mayor tiempo en el centro hospitalario para que se le dé seguimiento a la herida. Cabe mencionar que el artículo 197 del Código Procesal Civil regula la valoración de la prueba al señalar que *“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”*. En virtud del numeral glosado, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgado en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en *litis*, en vista de lo cual es de estimar que si de su análisis, no se infiere convicción alguna respecto de la realidad de todos los hechos afirmados de la parte recurrente, el Juez no está obligado a dar por cierto su contenido. c) Respecto a que la Sala Superior ha omitido desarrollar los motivos por los cuales revoca el monto indemnizatorio fijado por la primera instancia estableciendo un monto mayor es necesario señalar que la Sala revisora también ha dado respuesta a este extremo, debiéndose tener en cuenta que la Sala Superior actuó dentro de la facultad que le confiere el artículo 1332 del Código Civil,

por cuanto a su criterio dicho monto produce una satisfacción equivalente al desasosiego sufrido, criterio que corresponde al prudente arbitrio del juez. En ese sentido, no se advierte afectación de derecho alguno, en cualquiera de sus formas de expresión, pues como se ha señalado, las sentencias de mérito coinciden en que se debe indemnizar, encontrándose la discrepancia en el monto dinerario, que en ambos casos se ha señalado subjetivamente. Por lo tanto, al haberse comprobado que la Sala de mérito ha dado respuesta a todos los agravios expuestos por los recurrentes en su recurso de apelación, no se ha incurrido en vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en consecuencia la infracción procesal invocada es infundada. **Cuarto.-** Que, respecto a la infracción normativa de los artículos 17622 y 19813 del Código Civil, los recurrentes alegan que la Sala Superior no ha aplicado los supuestos de la responsabilidad por servicios profesionales, tratando el presente proceso como si se tratara de una prestación de servicios cualquiera, cuando corresponde considerarlo como un ejercicio profesional por el cual, en caso de haberse producido daños que ameriten ser sancionados, debe determinarse si se actuó con culpa inexcusable o dolo. **Quinto.-** Que, el supuesto de la norma contenida en el artículo 1762 del Código Civil exige que se trate de **problemas técnicos de especial dificultad**, supuesto que no se ha presentado en el caso de autos pues el tratamiento a una herida producto de un accidente automovilístico no reviste ninguna dificultad y por tanto debe presumirse que los médicos especializados tienen la suficiente experiencia para determinar cuándo procede el uso de uno u otro aparato (calza de yeso o férula), *“Así, se colige que, mientras más consolidadas y experimentadas se hallen las técnicas aplicables a un determinado tipo de prestación, más riguroso será el criterio de diligencia, lo cual genera una relación de correspondencia entre el escrupuloso respeto del “protocolo” y el éxito de la intervención médica. En cambio, en la medida en que haya incertidumbre sobre los métodos aplicables, o en que se trate de un problema que presente una particular dificultad técnica, la responsabilidad se limitará a los casos en que existe dolo o culpa inexcusable”*.⁴ Asimismo, al tratarse el servicio médico de una obligación de medios, la cual se entiende cumplida al realizar diligentemente los medios tendientes a que se produzca un resultado,

independientemente si se logra o no dicho resultado, resulta fundamental determinar si se usó o no el medio adecuado.. De lo expuesto anteriormente se arriba a la conclusión de que al emitirse la sentencia de mérito no se produce la infracción normativa de carácter material invocada pues en el caso concreto no se presenta el supuesto de “problema técnico de especial dificultad”, más bien se concluye que el médico no ha actuado con la diligencia media al no usar el medio adecuado para la curación de la herida que presentaba la paciente ocasionándole un daño que debe ser resarcido en forma solidaria por los codemandados conforme al artículo 1981 del Código Civil en virtud a la relación de dependencia empleador – trabajador. **Sexto.-** Que, la entidad impugnante sostiene que se ha aplicado indebidamente el artículo 1981 del Código Civil pues dicha norma es de aplicación para la institución de la responsabilidad civil extracontractual y no para la civil contractual, como resulta del presente caso. Sin embargo, la responsabilidad solidaria que le corresponde asumir a la entidad hospitalaria no se produce en estricto por el incumplimiento de un contrato, sino por el acto dañoso causado por el médico al no actuar con diligencia media quien mantiene una relación contractual con la mencionada entidad, en ese sentido la infracción normativa material en este extremo corresponde ser declarada infundada.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y en estricta aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **a) INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Francesa de Beneficencia y Jorge Chimoy Arteaga a fojas mil doscientos cincuenta y uno; en consecuencia: NO CASAR la resolución de vista de fojas mil ciento setenta y seis, su fecha veintidós de octubre de dos mil doce. **b) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario Oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; en los seguidos por FMGV con Jorge Chimoy Arteaga y otra, sobre indemnización por daños y perjuicios; y, los devolvieron. Intervino como ponente el Juez Supremo Señor Almenara Bryson.- SS.AL MENARA BRYSON, HUAMANÍ LLAMAS, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

<p>Sumilla: La naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios, por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían.</p>

Lima, trece de diciembre
de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número mil doscientos cincuenta y ocho – dos mil trece, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.-----

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:-----

Se trata de los recursos de casación interpuestos por Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Pablo Rivera Rivera, mediante escritos de fojas mil seiscientos y mil seiscientos cincuenta y ocho, respectivamente, contra la sentencia de vista de fojas mil quinientos cuarenta y dos, de fecha treinta de julio de dos mil doce, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que confirma la sentencia apelada de fojas mil doscientos treinta y ocho, de fecha veintiséis de agosto de dos mil once, en cuanto declara fundada en parte la demanda interpuesta solo respecto de Delia Vicenta Pumacayo Cruz, Pablo Rivera Rivera y el Hospital Sergio E. Bernales, y ordena que estos demandados paguen de forma solidaria a la demandante la suma de cincuenta mil nuevos soles (S/.50,000.00), más intereses legales, costas y costos; revocando la misma sentencia en el extremo que declara fundada en parte la demanda interpuesta contra Ángel Clemente Erazo Espinoza, Oscar Orlando Otoyá Petit y Pedro Wong Pujada, y reformándola declararon infundada la demanda en cuanto se refiere a aquellos emplazados.-----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:-----

Ambos recursos de casación fueron declarados procedentes mediante resoluciones de fecha veintitrés de julio de dos mil trece, por la causal de **infracción normativa** prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil, en

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

virtud de lo cual los recurrentes denuncian: **I) Recurso de casación interpuesto por Delia Vicenta Pumacayo Cruz: a) Se infringe lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, así como del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, en relación a su derecho de defensa y el derecho a probar**; toda vez que la Sala Superior, al expedir la recurrida, inobservó lo previsto por el inciso 6 del artículo 426 del Código Procesal Civil, pues en los fundamentos fácticos no se expresa con claridad cuáles son los hechos que se le atribuyen, ya que en los considerandos 5 y 6 solo se hace mención a que a las seis de la tarde la recurrente se entrevistó con la demandante, a quien increpó duramente, manifestándole que la paciente se encontraba en manos de los médicos los cuales sabían qué era lo que tenían que hacer y que la operación a la paciente estaría a su cargo, agregando que iban a hacer todo lo posible por salvarla en vista que el bebé se encontraba asfixiado, señalando que su hija se estaba muriendo y venía padeciendo de dolores de parto fuertes desde las dos y treinta de la madrugada y que recién a las seis de la tarde la iban a intervenir, informándole que a las siete de la noche la paciente había sido operada y que iban a tratar de salvarle la vida. En la sentencia se esgrimen argumentos para declarar fundada la demanda violándose el principio de congruencia en su modalidad positiva, al haberse tomado como fundamento otros hechos apreciados durante la evaluación del proceso *ad portas* de emitirse la sentencia apelada, lo que indudablemente afectó su derecho de defensa al no poder controvertir dichos argumentos con otras pruebas, circunstancia que fue puesta a conocimiento de la Sala Superior sin que haya sido materia de evaluación en la resolución de vista. Refiere que no se estableció el nexo causal entre el acto médico desplegado por la recurrente con el resultado de muerte que se cuestiona, siendo que la pretensión demandada se funda en el hecho de haber sido una de las cirujanas que intervino en la operación de la paciente, es decir, se le atribuye responsabilidad por el acto médico que realizó, sin haberse probado que sea por dicho acto que se produjo la muerte; **b) Se inaplican los artículos 1330, 1331 y 1762 del Código Civil**, pues los mismos establecen

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

necesaria y exclusivamente la presencia del dolo o culpa inexcusable que dé lugar a la indemnización por daños y perjuicios, así como que también corresponde a la parte demandante acreditar tales supuestos, lo que no ha ocurrido en el caso de autos por cuanto no existe medio probatorio alguno que demuestre negligencia por parte de la recurrente en su accionar como profesional médico, debiendo tenerse en cuenta que en toda obligación existe un resultado inclusive en las obligaciones médicas, lo que no debe llevar al equívoco de pensar que en esta clase de obligaciones el resultado debido sea asegurar la cura del paciente; y no obstante no haberse probado la negligencia en su accionar en la intervención quirúrgica que es materia del presente proceso, mal se le condena al pago de la suma dispuesta por la Sala Superior; y, **c) Se infringen los artículos 122 inciso 3, 196 y 197 del Código Procesal Civil**, pues la Sala Superior confirma la apelada que resolvió declarar fundada la demanda y ordena que se pague la suma de cincuenta mil nuevos soles (S/.50,000.00), sin tener en cuenta que no se ha hecho mención alguna a los fundamentos de derecho que sustentan dicha decisión, sin citar la norma o normas que se aplican para fundar tal decisión, no existiendo tampoco medio probatorio que la incrimine, existiendo una deficiente motivación en la sentencia recurrida.-----

II) Recurso de casación interpuesto por Pablo Rivera Rivera: a) **Existe interpretación errónea del artículo 1969 del Código Civil, pues la Sala Superior interpreta y encuadra los hechos dentro de la causalidad de la norma antes citada, no obstante que la conducta fue analizada en el Expediente Penal número 1640-2005 en el que se le absuelve de todos los cargos formulados en su contra y se declara el sobreseimiento del proceso, no resultando por lo tanto amparable que la Sala Superior haya consignado que es responsable al no haber dispuesto un monitoreo permanente de la paciente MAV ni derivar a la misma, no obstante haber advertido que se trataba de una paciente de alto riesgo, y que su conducta es negligente al haberla visto solo dos veces desde las ocho con veinte horas hasta las catorce horas. Lo cierto es que no se encontraba justificado el hecho de derivarla al ambiente de alto riesgo**

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

obstétrico por encontrarse en situación estable, pues su evolución era negativa, manteniéndola así por más de cinco horas, sin considerar que el Juez Penal verificó que la agraviada se encontraba clínicamente estable, más aun si en autos se ha acreditado que el quebrantamiento de la occisa se produjo, según la historia clínica, en horas posteriores a las que el recurrente laboró; **b) Se infringe lo normado en los artículos 1983 y 1985 del Código Civil**, pues la Sala Superior, en el trigésimo primer considerando, cita en relación a la responsabilidad solidaria la Casación número 4299-2006 - Arequipa, consignando que la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el artículo 1983 del Código Civil regula el supuesto de corresponsabilidad en la producción de un evento dañoso a cargo de varios actores, correspondiendo al Magistrado, según sea la gravedad de la falta, fijar la proporción de cada uno de los participantes y cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno la coparticipación se hará en partes iguales. Pero en ese mismo considerando, la Sala Superior establece que no es posible discriminar el grado de responsabilidad de los galenos Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Pablo Rivera Rivera en la producción del evento dañoso, por lo que señala un monto global por concepto de reparación civil para cada uno de ellos y del tercero civilmente responsable, infringiendo así lo dispuesto por el artículo 1983 del Código Civil pues a efectos de fijar la proporción debe tenerse en cuenta la gravedad de la falta, no habiéndose acreditado la misma como erróneamente se indica; y, **c) Excepcionalmente, se admite el recurso de casación por la infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado**, pues de los términos del recurso se desprende que no se habrían compulsado debidamente los medios de prueba a fin de determinar en la presente causa la responsabilidad del recurrente en su actuación como médico, por lo que corresponde a este Supremo Tribunal verificar en sentencia de fondo si dicha decisión se ha expedido conforme a lo actuado en el decurso del proceso y en cumplimiento del derecho.-----

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

CONSIDERANDO:-----

PRIMERO.- Conforme aparece de la revisión de actuados, LVY interpuso demanda contra el Hospital Sergio E. Bernales y los doctores Pedro Wong Pujada (Director del Hospital), Delia Vicenta Pumacayo Cruz, Ángel Clemente Erazo Espinoza, Pablo Rivera Rivera y Oscar Orlando Otoya Petit, para que en forma solidaria cumplan con pagarle la suma de ciento treinta mil dólares americanos (US\$130,000.00) o su equivalente en moneda nacional como indemnización por los daños y perjuicios (daño personal y moral, lucro cesante y daño emergente) ocasionados a consecuencia de la muerte de su menor hija MAV, de dieciséis años, y del bebé de ésta, de nueve meses de gestación. Sostiene que a primera hora del día ocho de julio de dos mil cuatro, su hija comenzó con las contracciones del parto, razón por la cual fue conducida al Hospital Sergio E. Bernales e ingresada por emergencia a las dos y treinta horas de la madrugada, siendo atendida a las tres de la mañana por el doctor Oscar Orlando Otoya Petit, médico de turno, quien diagnosticó síndrome febril de embarazo adolescente e infección al tracto urinario, pero sin ordenar ningún tipo de intervención, no obstante los padecimientos que sufría su hija, al ser una paciente de alto riesgo. A las cuatro de la mañana su hija se quejaba de quemazón al estómago y fuertes dolores de cabeza, además las contracciones eran más seguidas, lo que hizo de conocimiento al doctor Pablo Rivera Rivera, quien únicamente dispuso que se continúe con el tratamiento de aplicación de medicamentos y supervisión, los que no correspondían a la gravedad de la situación de la gestante, dejando transcurrir un tiempo valioso en detrimento de su vida. A las siete de la mañana le hicieron firmar un documento que autorizaba la hospitalización de la paciente, siendo que recién a las siete y media de la mañana su hija fue hospitalizada en el Pabellón número cuatro a cargo del Doctor Pablo Rivera Rivera, lugar al que prohibieron el ingreso de la actora y de su yerno, logrando recién ingresar a ver a la menor a las doce y media del medio día encontrándola en la misma situación, es decir, en total abandono, con fiebre y los labios morados, retorciéndose de dolor ante la indolencia de médicos y enfermeras, no obstante sus súplicas para que

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

practiquen la cesárea porque temía por la vida del bebé; sin embargo, el doctor Pablo Rivera Rivera se limitó a gritarle que los médicos sabían lo que hacían y que así eran los dolores de parto por lo que tenían que retirarse, lo que tuvo que hacer quedándose con su yerno en el pasillo. A las cinco de la tarde salió un médico de nombre Iván a preguntar por la familia de la paciente, manifestándoles que su estado era grave y preguntando por qué la habían descuidado tanto y no le practicaron la respectiva cesárea, y fue cuando la actora empezó a reclamar llorando lo que hicieron los médicos del turno de la mañana donde intervino la doctora Delia Vicenta Pumacayo Cruz, increpándoles duramente que se retiraran de allí, que ella iba a operar y que iba a hacer el intento de salvar la vida de la madre porque el bebé ya estaba muerto. Recién a las seis de la tarde se preocuparon en intervenir a su hija, es decir, cuando ya estaba morada y moribunda, siendo que a las siete de la noche los doctores Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Ángel Clemente Erazo Espinoza le solicitaron sangre porque la menor había sufrido una hemorragia luego de la cesárea, de la cual extrajeron al bebé que murió asfixiado. Finalmente, a las diez de la noche estos mismos doctores le comunicaron que su hija había muerto, que no pudieron hacer nada para salvarle la vida y que habían esperado mucho para hacer la cesárea. Su hija era una persona sana que venía haciéndose sus chequeos prenatales normalmente, siendo que tanto ella como su bebé murieron por el descuido, la negligencia y la indolencia de los médicos que no la atendieron oportunamente. No obstante haber solicitado por vía notarial al Director del citado Hospital, Pedro Wong Pujada, el nombre completo de las personas que atendieron a su hija, éste se ha negado a responderle, confabulándose y protegiendo a esos profesionales, siendo que como Director del Hospital también tiene responsabilidad sobre estos hechos, que es vicaria. Los médicos del Hospital por descuido y exceso de confianza no tomaron las medidas de seguridad necesarias en situaciones de alto riesgo para intervenir oportunamente y evitar así el desenlace fatal de su hija y su bebé.-----

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

SEGUNDO.- Ángel Clemente Erazo Espinoza contesta la demanda, señalando que su turno médico se inició a las ocho de la noche del día ocho de julio de dos mil cuatro y concluyó a las ocho de la mañana del día nueve de julio del mismo año, por lo que desconoce todo lo acontecido en torno al agravamiento de salud de la fallecida. Es falso que hubiera estado en el Hospital a las siete de la noche como sostiene la demandante, y mucho menos participó de la cesárea e intervención quirúrgica de la menor, tal como se verá en la Historia Clínica y en el parte policial elaborado a raíz de los hechos acontecidos. Lo cierto es que una vez que ingresó a su turno encontró a la paciente ya cesareada e indicó que se le administrara más sangre y solución salina, así como decidió practicarle una histerectomía para corregir el abundante sangrado del útero para efectos de salvar su vida, pero antes de ingresar a la sala de operaciones le sobrevinieron tres paros cardiorespiratorios y finalmente falleció; es decir nunca llegó a intervenir a la paciente quirúrgicamente ni menos estuvo a su cargo, siendo su última intervención en el post operatorio para intentar salvarle la vida.-----

TERCERO.- Por su parte el Procurador Público del Ministerio de Salud sostiene que los médicos han actuado de acuerdo a las reglas, técnicas y protocolos de su profesión, siendo de cargo de la demandante acreditar los hechos que manifiesta en su demanda.-----

CUARTO.- Al contestar la demanda, Delia Vicenta Pumacayo Cruz sostiene que se encontraba en el turno de ocho de la mañana a ocho de la noche, brindando atención tanto en emergencias como en el centro obstétrico, siendo que recién a las cuatro y cuarenta y cinco de la tarde se entera del caso de la paciente explicándole en todo momento a los familiares la gravedad de la situación, especialmente al esposo de ésta, quien le refirió que hacían como diez días que la paciente tenía fiebre y que su madre la curaba con orines porque no quería traerla al hospital. Se le explicó al esposo que la paciente presentaba sangrado por diferentes partes del cuerpo y que por ello necesitaban sangre de forma urgente; incluso a pesar de que su turno

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

terminaba a las ocho de la noche optó por quedarse a brindar atención a la menor.-----

QUINTO.- A su turno, Oscar Orlando Otoya Petit señala en su escrito de contestación que, tal como aparece de la Historia Clínica, la menor ingresó al hospital el día ocho de julio de dos mil cuatro a las tres y cuarenta y cinco de la mañana, momento en que se le diagnosticó: primigesta de treinta y siete semanas, no trabajo de parto, síndrome febril de origen urinario. Según el examen obstétrico no se presentaban contracciones y el latido del feto era normal, sin pérdida de líquido amniótico, siendo que en salvaguarda de la integridad de la paciente ordenó una serie de medidas como son: hospitalización, dieta completa, hidratación endovenosa con cloruro de sodio, control obstétrico estricto, control de funciones vitales, hematocritos, hemograma, glucosa, urocultivo y ecografía obstétrica, tal como fluye de la Historia Clínica, anotando a las cuatro y trece horas de la mañana que el trabajo de parto es ausente y la ecografía del bebé es normal; en estos casos lo primero que hay que hacer es combatir la fiebre y sus causas, pues no se puede intervenir en tal estado, siendo que según los exámenes previos la paciente presentaba infección urinaria. A las ocho de la mañana es evaluada nuevamente por la Licenciada Nilda Alaya Rodríguez, quien establece que no había pérdida de líquido ni sangrado vaginal y el latido del feto era normal. Agrega que su turno se inició a las ocho de la noche del día siete de julio de dos mil cuatro y terminó a las ocho de la mañana del jueves ocho de julio del mismo año, por lo que la menor apenas si permaneció bajo su cuidado durante cuatro horas y quince minutos, siendo que el fallecimiento de la menor se produjo a las diez y quince de la noche del día ocho de julio de dos mil cuatro. Por lo demás, el Certificado de Necropsia ha establecido como causa de la muerte: Encefalopatía aguda irreversible, resultando que la causa del fallecimiento no ha sido por motivos obstétricos.-----

SEXTO.- Al contestar la demanda Pedro Wong Pujada señala que no ha existido negligencia médica y en todo caso la responsabilidad de los médicos de emergencias debe ser esclarecida en su oportunidad. Sostiene que tanto la

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

policía como la fiscalía tienen bajo su competencia las investigaciones del caso tras la denuncia penal formulada contra los galenos en la Comisaría de Collique.-----

SÉTIMO.- Por su parte, al contestar la demanda, Pablo Rivera Rivera alega que tuvo el turno de ocho de la mañana a dos de la tarde del día ocho de julio de dos mil cuatro, y dentro de sus labores profesionales tenía que pasar visita médica a los pacientes hospitalizados en el servicio gineco-obstetra, que eran aproximadamente cuarenta, siendo que la menor fue evaluada por el suscrito a las ocho horas con veinte minutos de la mañana, practicándosele el urocultivo correspondiente y descartando una posible infección, sin que se presenten signos de sangrado vaginal ni pérdida de líquido amniótico, evidenciándose contracciones uterinas esporádicas que no ameritaban intervención quirúrgica. Por lo demás, una vez terminada su guardia, a las dos y diez de la tarde el equipo de guardia evaluó a la paciente, concluyendo que el binomio madre-feto se encontraba en estado óptimo, lo que fue confirmado con una ecografía obstétrica, todo lo cual lo libera de responsabilidad.-----

OCTAVO.- De fojas cuatrocientos veintidós a cuatrocientos sesenta y nueve se remiten copias certificadas de los principales actuados del proceso penal seguido contra Oscar Orlando Otoya Petit y Pablo Rivera Rivera por el delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud – Exposición de personas en peligro agravado y homicidio culposo, en agravio de MAV. Asimismo, a fojas setecientos noventa y nueve y vuelta obra la relación de médicos correspondiente a la guardia nocturna de día siete de julio de dos mil cuatro y de las guardias diurna y nocturna del día ocho de julio del mismo año. De otro lado, de fojas ochocientos veintitrés a ochocientos setenta y uno obran las copias certificadas de la Hoja de Epicrisis de la paciente MAV. De fojas novecientos ochenta y tres a mil veintisiete obran los exámenes e informes evacuados por el Instituto de Medicina Legal en torno al fallecimiento de la menor MAV y su hijo no nato.-----

NOVENO.- Al emitir sentencia de primera instancia, el Juez de la causa declara fundada en parte la demanda interpuesta y, en consecuencia ordena a todos

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

los demandados que paguen de forma solidaria a la demandante la suma de cincuenta mil nuevos soles (S/.50,000.00), más intereses legales, costas y costos, por cuanto: **i)** La menor MAV falleció el día ocho de julio de dos mil cuatro a las diez y quince de la noche, siendo la causa de su deceso encefalopatía aguda irreversible a consecuencia de un proceso de coagulación intravascular diseminada en gestante de alto riesgo, producto de un proceso infeccioso (infección del tracto uterino), conforme es de verse en la conclusión contenida en el Pronunciamiento Médico Legal número 188-2008-IML-DITANFOR de fecha treinta de julio de dos mil ocho, emitido por el Instituto de Medicina Legal, obrante a fojas mil veinticinco, concordante con el Certificado de Necropsia de fojas novecientos ochenta y siete. Asimismo en la Historia Clínica de la paciente aparece que ésta ingresó a las tres horas y cuarenta minutos de la tarde del día ocho de julio de dos mil cuatro por el servicio de emergencia obstétrica, siendo atendida por el médico Oscar Orlando Otoya Petit, quien diagnosticó: adolescente con treinta y siete semanas de gestación, primigesta con cuadro infeccioso, con fiebre alta proveniente de una infección urinaria; siendo éste un estado delicado y que por si solo implicaba un embarazo de alto riesgo, conforme así lo ha relatado y descrito el mismo galeno en su declaración instructiva, específicamente al responder la cuarta pregunta de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco y la tercera pregunta de fojas cuatrocientos cincuenta y seis, sin que ordenara su internamiento al área, zona o ambiente de alto riesgo obstétrico, sino solo en la sala de hospitalización general, esperando a que sea las siete de la mañana para hacerlo, siendo que tampoco la volvió a evaluar antes de terminar o culminar su turno o guardia, pese a haberla catalogado como paciente de alto riesgo, más aun si producto de ello se produjo la muerte de la menor y su óbito fetal de sexo femenino; por tanto, el nexa causal se encuentra presente en la conducta omisiva, al no haber dispuesto el internamiento de la paciente en un área o zona adecuada de alto riesgo obstétrico donde hubiera sido atendida, evaluada y controlada constantemente e incluso superar la infección urinaria que padecía, además de haber sido cesareada, por lo que este codemandado debe asumir

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

responsabilidad por las muertes de las personas mencionadas; ii) De otro lado, durante su hospitalización, la menor también fue atendida por el médico Pablo Rivera Rivera, quien también laboró en el nosocomio el día de los hechos, desde las ocho de la mañana hasta las dos de la tarde, pasando visita médica a la paciente a las ocho y veinte de la mañana, tal como lo relata al responder a la primera pregunta de la instructiva que obra a fojas cuatrocientos treinta y siete, disponiendo que se practique un examen de urocultivo, pese a que el mismo ya había sido ordenado por el médico Oscar Orlando Otoyá Petit, y que ya se encontraba diagnosticada como una gestante de alto riesgo, sin embargo tampoco dispuso su traslado a un ambiente adecuado (Alto Riesgo Obstétrico) siendo su conducta negligente al omitir dicha atención, a lo que se suma que tampoco evaluó nuevamente a la paciente antes de culminar su guardia, ni atendió la primera anotación de alarma realizada por la obstetra Nilda Alaya Rodríguez, quien manifestó que tuvo dificultad para escuchar los latidos del óbito fetal, lo cual fue detectado precisamente a las dos de la tarde, siendo que de haber trasladado a la paciente a una zona de alto riesgo, se hubiera evitado la muerte de la menor y su óbito fetal, asumiendo la culpa por la negligencia incurrida, por lo tanto, la demanda resulta amparable en este extremo; iii) En relación a la doctora Delia Vicenta Pumacayo Cruz, aquélla se desempeñó en el turno de ocho de la mañana a ocho de la noche, y según su propia afirmación contenida en el escrito de alegatos, recién se hizo cargo del piso donde se encontraba la paciente desde las dos de la tarde hasta las ocho de la noche, ordenando a las tres y media de la tarde el traslado de la menor al área de alto riesgo, lo que contradice su escrito de contestación en el que sostiene haberse enterado del caso recién a las cuatro y cuarenta y cinco de la tarde. Asimismo, al prestar su declaración, la codemandada señaló que luego de tomar conocimiento del estado de la paciente encargó su atención al médico residente Iván La Torre Carrión y después a la doctora Llanos (quien no figura en la relación de médicos de guardia), de lo que se concluye que la citada doctora coemplazada no evaluó ni atendió personalmente a su entonces paciente, a pesar de tener conocimiento de su agravado estado de salud,

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

sumado al tiempo que estuvo sin tener una adecuada atención. Según la declaración testimonial de la obstetra Maritza Martínez consignada en el Dictamen de Acusación Fiscal obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y dos, a las cuatro de la tarde la paciente se quejaba de dolor, siendo evaluada por la doctora Llanos quien dispuso que se preparara la Sala de operaciones, ya que no se escuchaban los latidos fetales, solicitándose la presencia de la doctora asistente que no era otra que la codemandada Delia Vicenta Pumacayo Cruz, lo que es corroborado por Pablo Rivera Rivera en su declaración de fojas cuatrocientos treinta y nueve, en la que refiere que la Jefa del equipo de guardia era la doctora Delia Vicenta Pumacayo Cruz, pero que no se encontraba, razón por la cual la paciente recién ingresó a la Sala de operaciones a las seis y cinco de la tarde para practicarle la cesárea por desprendimiento de placenta con óbito fetal, siendo que en su escrito de alegato la coemplazada señala que la demora en la intervención quirúrgica fue debido a que solo hubo un anesthesiólogo, quien se encontraba participando en otra cirugía, pero el documento que probaría esa afirmación se encuentra fechado en el año dos mil tres, cuando los hechos tuvieron lugar en el año dos mil cuatro, por lo que se trata de una declaración falsa, siendo que la demora incurrida implica un hecho jurídico determinante, el cual demuestra la culpa de dicha parte. La codemandada refiere que el caso se agravó y que incluso permaneció más allá de su turno que culminaba a las ocho de la noche, debido a que en la etapa post cesárea presentó abundante sangrado por el útero, lo cual confirma el codemandado Ángel Clemente Erazo Espinoza en su contestación de la demanda, en el sentido de que el estado de la paciente derivaba de actos realizados por terceras personas del turno anterior, de allí su mal estado generalizado, debiendo utilizar ventilación mecánica dado su pulso no perceptible, sangrado por canal vaginal, herida operatoria húmeda por sangrado, conforme aparece en la Historia Clínica, encontrándose presente el supuesto de antijuridicidad previsto en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, consistiendo la conducta omisiva de la imputada en el no haber actuado oportunamente a fin de evitar el evento dañoso, pues tenía conocimiento del

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

estado de la paciente y, sin embargo, la intervino cuatro horas después, lo que conllevó a su muerte; **iv)** En relación al médico Ángel Clemente Erazo Espinoza, su presencia como médico asistente fue desde las ocho de la noche del día ocho de julio de dos mil cuatro hasta las nueve de la mañana del día nueve de julio del mismo año, encontrando a la paciente en un mal estado generalizado, programando una intervención de emergencia para realizar una histerectomía (extracción del útero), pero antes de ingresar a Sala de operaciones le sobrevinieron a la paciente tres paros cardíacos, a las nueve y cuatro, nueve y media y nueve y cuarenta de la noche. Existe también conducta omisiva en el codemandado al no haber actuado oportunamente en la atención médica de la occisa, pues entre el momento en que tomó conocimiento de los hechos hasta que sobrevino el primer paro respiratorio ya había transcurrido más de una hora, siéndole por lo tanto atribuible la muerte de la paciente; **v)** Respecto del tercero civilmente responsable, Hospital Sergio E. Bernales, se tiene que los médicos responsables de la muerte de la menor forman parte de su plana médica, encontrándose subordinados a dicha institución de conformidad con lo previsto en el artículo 1981 del Código Civil, por lo que aquél debe asumir responsabilidad; **vi)** Finalmente, en cuanto a la responsabilidad del Director del Hospital, Pedro Wong Pujada, la misma debe desestimarse, por cuanto la solicitud por la cual la actora pretendía que éste facilitara o proporcionara los nombres de los médicos que atendieron e intervinieron a su menor hija, en nada implica su responsabilidad sobre los hechos materia de debate, pues ello no guarda relación con la muerte de la menor y su óbito fetal; **vii)** En cuanto al lucro cesante solicitado, la demandante no ha acreditado ni demostrado la existencia de estos conceptos, pues no prueba que haya dejado de percibir ingresos a consecuencia de la muerte de su hija; no ocurriendo lo mismo con los conceptos de daño emergente y daño moral, pues la actora acredita haber realizado ciertos gastos durante el internamiento de su hija, además que basta la sola muerte de la persona que integra una familia para que se produzca dolor y aflicción, tanto más si nos

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

encontramos ante el deceso de una hija - madre adolescente y su óbito fetal, cuyo deceso ha ocasionado sufrimiento a la madre, hoy demandante.-----

DÉCIMO.- Apelada que fuera esta decisión por todos los demandados, la Sala Superior emite sentencia de vista confirmando la sentencia apelada, solo en cuanto declara fundada la demanda interpuesta contra Delia Vicenta Pumacayo Cruz, Pablo Rivera Rivera y el Hospital Sergio E. Bernales y ordena que estos codemandados paguen en forma solidaria la suma de cincuenta mil nuevos soles (S/.50,000.00) más intereses legales, costas y costos; revocando la misma sentencia en cuanto declara fundada la demanda interpuesta contra Ángel Clemente Erazo Espinoza, Oscar Orlando Otoyá Petit y Pedro Wong Pujada, y reformándola declararon infundada la demanda interpuesta en este extremo, por cuanto: **i)** No es posible calificar como negligente la conducta del médico Ángel Clemente Erazo Espinoza, pues se encuentra acreditado que, una vez asumido el turno, inmediatamente dispuso una segunda operación al constatar el grave estado de salud de la paciente, hecho que comunicó a la madre de ésta, solicitando al Jefe de Guardia el visto bueno para la programación, así como a la Jefatura y Farmacia para que le provean con todo lo necesario, haciendo coordinaciones con el Laboratorio de emergencia para que le faciliten las unidades de sangre necesarias, actitudes que en absoluto pueden ser consideradas como contributivas al funesto resultado, no pudiéndosele exigir un buen resultado en tan poco tiempo debido al grave estado de salud de la paciente; por ello, no se evidencia la relación de causalidad adecuada entre la conducta de este galeno y el fallecimiento de la paciente, más aun si esta parte ingresó a laborar a las ocho de la noche del día ocho de julio de dos mil cuatro y el fallecimiento tuvo lugar a las diez y quince de la noche de ese día, existiendo un escaso período de tiempo para imputarle negligencia en su conducta; **ii)** En cuanto al Director del Hospital, Pedro Wong Pujada, no corresponde a éste decidir el nombramiento y selección de los médicos que laboran en el nosocomio, pues por tratarse de una entidad del Estado, ésta se rige por normas laborales expresas, y su deber de vigilancia tampoco alcanza al seguimiento personal de las labores profesionales o

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

tratamientos efectuados por los galenos al interior del Hospital bajo su dirección, por lo que no se dan los supuestos del artículo 1981 del Código Civil para imputarle responsabilidad; así como tampoco se acredita que dicho galeno inejecutara alguna obligación en su calidad de Director del Hospital, no existiendo relación causal entre su labor y el evento dañoso; **iii)** Con respecto a Delia Vicenta Pumacayo Cruz aquélla se encontraba desempeñando el papel de médico asistente en la guardia diurna, entre las ocho de la mañana y ocho de la noche del día ocho de julio de dos mil cuatro, por lo que tuvo bajo su cuidado a la paciente. Las acciones tomadas por aquélla fueron determinantes para la evolución negativa de la salud de la menor y su óbito fetal, pues durante el turno de dicha doctora se evaluó por primera vez a la paciente recién a las dos y diez de la tarde, momento en que se decidió pasarla a un ambiente de alto riesgo obstétrico, cuando esa decisión se debió tomar con anterioridad y no luego de seis horas. La codemandada consignó la comunicación de la gravedad del caso de la paciente a las cinco y treinta y cinco de la tarde, es decir más de tres horas después de que se la examinara por primera vez, a lo que se suma que a las seis de la tarde (según aparece del Pronunciamiento Médico Legal número 188-2008-IML/DITANFOR, a fojas mil veintisiete) se anotó en enfermería que la paciente presentaba sangrado bucal, siendo que la naturaleza de dicha sintomatología no podía pasar desapercibida para dicha doctora, quien se encontraba obligada a adoptar una conducta que acredite mayor cuidado en su ejercicio profesional, conllevando todo ello al estado de deterioro que fue recibido por el médico Ángel Clemente Erazo Espinoza, quien calificó la salud de la paciente como de gravedad extrema, requiriendo de una segunda intervención quirúrgica; encontrándose por tanto acreditada la relación de causalidad entre la conducta de la citada doctora, con el fallecimiento de la paciente y su óbito fetal, pues su actuar facilitó la ocurrencia de los hechos, debiendo por lo tanto reparar dicha galena económicamente el menoscabo y el dolor que produjera a la parte actora. En sus alegatos sostiene que el Hospital demandado carecía de los medios adecuados para realizar su labor, pero si esto fuera cierto debió realizar las gestiones para transferir a la paciente a un

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

área hospitalaria de mayor generación o derivarla a otro Hospital oportunamente, siendo que su pedido de transferencia a la Maternidad de Lima ya era tardío (fojas ochocientos cuarenta y dos), pero por el contrario dejó transcurrir las horas y dio la orden de intervención en el mismo Hospital que, afirma, carecía de los medios suficientes para atender en esta situación de gravedad, no pudiendo considerarse esta conducta idónea, sino por el contrario acredita la prestación defectuosa del servicio por culpa inexcusable, por lo que debe confirmarse en este extremo la venida en grado; **iv)** Respecto a Oscar Orlando Otoyá Petit, se advierte que laboró como médico asistente del servicio de emergencias desde las ocho de la noche del día siete de julio de dos mil cuatro hasta las ocho de la mañana del día ocho de julio del mismo año, siendo que mientras la paciente estuvo a su cuidado no presentó signos de sufrimiento fetal ni alteración de los latidos cardiacos fetales, recetando tratamiento con antibióticos y disponiendo su internamiento para un estudio concienzudo sobre el origen de la fiebre que presentaba, pues clínicamente no había razón alguna para intervenir a la paciente, siendo razonable dicha medida, pues de la lectura de la Historia Clínica (fojas ochocientos treinta) se consigna que la paciente no presentaba signos de parto sino solo fiebre, ordenándose por ello un urocultivo, no denotándose negligencia o colaboración en el resultado fatal; **v)** Con respecto a Pablo Rivera Rivera, dicho galeno se encontraba de guardia desde las ocho de la mañana del día ocho de julio de dos mil cuatro, siendo que luego de examinar a la paciente a las ocho y veinte de la mañana, anotó que se encontraba en inicio de trabajo de parto, con ciento cuarenta y dos latidos cardiacos fetales por minuto, según aparece en la Historia Clínica (fojas ochocientos treinta y uno), y al tratarse de un embarazo de alto riesgo, tanto por la edad de la madre como por la presencia de la fiebre, no dispuso derivar a la misma a una unidad especializada; advirtiéndose además que en la Historia Clínica no aparece la evolución de la sintomatología de la paciente, anotándose solo que aquella manifestaba tener dolor abdominal tipo cólico, no existiendo ninguna otra anotación que acredite que el médico auscultara nuevamente a la menor hasta el final de su guardia, que concluyó a las dos de

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

la tarde, no actuando conforme al cuadro que la paciente requería, resultando inaceptable dicho proceder, más aun si a las dos y diez de la tarde la paciente tuvo que ser derivada al ambiente de Alto Riesgo Obstétrico, pasando del inicio de trabajo de parto con ciento cuarenta y dos latidos cardiacos fetales a ciento treinta y tres latidos por minuto, diferencia que solo acredita ausencia de monitoreo fetal estricto que, al no haber sido dispuesto por dicho galeno, resulta ser determinante en el inicio del desbordamiento y descontrol en el avance de la complicación de la salud de MAV, concluyendo en el desenlace fatal de ella y su óbito fetal, al haber permitido el citado médico la pérdida de más de cinco horas de manejo y seguimiento determinantes en la evolución negativa de la salud de la paciente de alto riesgo con dolor abdominal y fiebre, existiendo por lo tanto relación causal entre el actuar del galeno y la producción del daño; **vi)** Respecto al Hospital Sergio E. Bernales, se acredita con el Acta de Defunción de fojas seiscientos ochenta y el Protocolo de Necropsia de fojas mil cinco, que el fallecimiento de MAV y su óbito fetal se produjo cuando recibía atención sanitaria en el citado nosocomio, a cargo de los médicos Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Pablo Rivera Rivera, quienes laboran para dicha entidad, siendo que aquél que en el ejercicio de una actividad propia de sus obligaciones, como parte de una relación laboral de subordinación, ocasione un daño a una tercera persona, será responsable solidariamente junto con la persona para la cual desempeña la referida labor, en aplicación de la norma del artículo 1981 del Código Civil, por lo que debe confirmarse la apelada en este extremo; **vii)** La Corte Suprema, en la Casación número 5182-06 - Cuzco ha precisado: “En materia de responsabilidad extracontractual, (...) el artículo 1985 del Código Civil acoge el sistema de reparación integral del daño, según el cual, al momento de fijar la indemnización, el Juzgador deberá comprender las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, para lo cual debe establecer la existencia de una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. Igualmente, deberá atender a que el monto que fije devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño (...)”, por lo que

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

resulta procedente establecer un monto único y global, no siendo indispensable en el presente proceso especificarse separadamente los montos asignados; **viii)** Finalmente, debe precisarse que, con relación a la responsabilidad solidaria, la Corte Suprema de Justicia de la República ha resuelto en la Casación número 4299-2006- Arequipa que: “El artículo 1983 del Código Civil regula el supuesto de la corresponsabilidad en la producción de un evento dañoso a cargo de varios actores, señalando que si son varios responsables, responderán solidariamente; (...) correspondiendo al Juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes; y cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, en cuyo caso la coparticipación se hará por partes iguales. (...) Que, la referida norma establece un supuesto de responsabilidad solidaria de varias partes que concurren en la producción de un daño, debiendo responder de manera solidaria frente a la víctima o agraviado, y en las relaciones internas según la gravedad de la falta (...); y habiéndose acreditado en autos que no es posible discriminar el grado de responsabilidad de Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Pablo Rivera Rivera en la producción del evento dañoso, no es posible diferenciarse el monto de la reparación civil para cada uno de ellos, por lo que se señala un monto global entre dichos galenos y el tercero civilmente responsable, debiendo confirmarse también este extremo de la recurrida;

DÉCIMO PRIMERO.- Existiendo denuncias por vicios *in iudicando* e *in procedendo*, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida.-----

DÉCIMO SEGUNDO.- Respecto a la primera infracción normativa de carácter procesal que se denuncia en el recurso de casación interpuesto por Delia Vicenta Pumacayo Cruz (punto I, acápite a), se alega la infracción del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, así como del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, en relación a su derecho de

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

defensa y el derecho a probar; toda vez que la Sala Superior, al expedir la recurrida, inobservó lo previsto por el inciso 6 del artículo 426 del Código Procesal Civil, pues en los fundamentos fácticos no se expresa con claridad cuáles son los hechos que se le atribuyen; además en la sentencia se toman como fundamento otros hechos apreciados durante la evaluación del proceso, *ad portas* de emitirse la sentencia apelada, lo que indudablemente afectó su derecho de defensa al no poder controvertir dichos argumentos con otras pruebas, circunstancia que fue puesta a conocimiento de la Sala Superior sin que haya sido materia de evaluación en la resolución de vista. Refiere que no se estableció el nexo causal entre el acto médico desplegado por la recurrente con el resultado de muerte que se cuestiona, siendo que la pretensión demandada se funda en el hecho de haber sido una de las doctoras que intervinieron en la cirugía de la paciente, es decir, se le atribuye responsabilidad por el acto médico que realizó, sin haberse probado que sea por dicho acto que se produjo la muerte.-----

DÉCIMO TERCERO.- Cabe acotar, en primer lugar que el artículo 426 del Código Procesal Civil, referido a la inadmisibilidad de la demanda, contiene solo cuatro incisos, y ninguno de ellos se refiere al deber de motivación que se alega en la denuncia procesal. Contrariamente a lo que indica la recurrente, el Colegiado Superior expone con claridad cuál es la conducta de la demandada que la hace pasible de asumir responsabilidad en el caso concreto, la misma que se enmarca dentro del supuesto de antijuridicidad previsto en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, tal como se desarrolla específicamente en los considerandos noveno a décimo sexto de su fallo, y no en los considerandos quinto y sexto como erróneamente señala. De otro lado, en cuanto a la presunta vulneración de su derecho de defensa, además de no indicarse cuáles serían las pruebas o los hechos nuevos respecto de los cuales no pudo ejercer tal derecho, tampoco se aprecia en el escrito de apelación obrante a fojas mil trescientos seis y siguientes, que se hubiera denunciado tal afectación a su derecho constitucional, denunciando únicamente defectos en la motivación relacionados con un diferente examen de los hechos y medios probatorios

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

actuados en autos. Asimismo, en cuanto al establecimiento del nexo causal, éste ha quedado expresamente establecido en la secuencia narrada en los considerandos noveno a décimo sexto de la sentencia de vista, pues no obstante ser la doctora asistente de guardia diurna cuya jornada iniciaba a las ocho de la mañana, evaluó a la paciente recién a las dos y diez de la tarde, disponiendo su pase al área de alto riesgo, consignando la comunicación a los parientes de la gravedad del caso a las cinco y treinta y cinco de la tarde, conllevando a la ausencia de un seguimiento médico efectivo y responsable que contribuyó a la generación del daño, no circunscribiéndose su responsabilidad únicamente a la intervención quirúrgica en la que participó como médico cirujano en la especialidad de gineco-obstetricia, como erróneamente pretende minimizar en casación, sino a su actuar conjunto durante todo el período en que dicha paciente estuvo a su cargo; razones por las cuales el primer extremo del recurso no merece ser amparado.-----

DÉCIMO CUARTO.- Igualmente, en el tercer extremo de su recurso (punto I, acápite c), la recurrente sostiene que se infringen los artículos 122 inciso 3, 196 y 197 del Código Procesal Civil, pues la Sala Superior confirma la apelada que resolvió declarar fundada la demanda sin hacer mención alguna a los fundamentos de derecho que sustentan dicha decisión, no existiendo tampoco medio probatorio que la incrimine, encontrándonos ante una motivación deficiente. Sin embargo, tal afirmación no resulta verdadera, pues el Colegiado Superior ha concluido con claridad, luego de realizar el análisis conjunto de los hechos expuestos y los medios probatorios aportados en autos, que la conducta de la demandada se enmarca dentro del supuesto de antijuridicidad previsto en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, analizando específicamente la conducta de esta doctora en los considerandos noveno a décimo sexto de su fallo. Los medios probatorios analizados para concluir en la responsabilidad de la mencionada codemandada fueron la Historia Clínica de la paciente de fojas ochocientos veintitrés y siguientes, la Relación de Médicos de Guardia de fojas setecientos noventa y nueve, la declaración del médico Ángel Clemente Erazo Espinoza y el Pronunciamiento Médico Legal número 188-

*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria*

**CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

2008-IML/DITANFOR emitido por el Instituto de Medicina Legal, entre otros, razón por la cual no se aprecia la falta de sustento fáctico en la decisión del *Ad quem*, no siendo labor de este Supremo Tribunal variar las conclusiones a que arriban las instancias de mérito producto de la valoración probatoria, por lo que este extremo del recurso también debe desestimarse.-----

DÉCIMO QUINTO.- En cuanto a la infracción normativa de carácter procesal admitida excepcionalmente en el recurso interpuesto por Pablo Rivera Rivera (punto II, acápite c), por la infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, se ha dejado establecido que la verificación de esta causal se hará con ocasión del pronunciamiento de fondo, en el que se establecerá si la sentencia recurrida se ha expedido conforme a lo actuado en el decurso del proceso y en cumplimiento del derecho. En tal sentido, el Colegiado Supremo se reserva el análisis de este extremo hasta el momento posterior a emitir sentencia pronunciándose sobre la infracción de las normas de derecho material, lo que hará a continuación.-----

DÉCIMO SEXTO.- Al sustentar la causal material que denuncia en el segundo extremo de los fundamentos de su recurso de casación (punto I, acápite b), la recurrente Delia Vicenta Pumacayo Cruz sostiene que se han inaplicado los artículos 1330, 1331 y 1762 del Código Civil, pues los mismos establecen necesaria y exclusivamente la presencia del dolo o culpa inexcusable que dé lugar a la indemnización por daños y perjuicios, así como también corresponde a la parte demandante acreditar tales supuestos, lo que no ha ocurrido en el caso de autos por cuanto no existe medio probatorio alguno que demuestre negligencia por parte de la recurrente en su accionar como profesional médico, debiendo tenerse en cuenta que en toda obligación existe un resultado, inclusive en las obligaciones médicas, lo que no debe llevar al equívoco de pensar que en esta clase de obligaciones el resultado debido sea asegurar la cura del paciente; y no obstante no haberse probado la negligencia en su accionar en la intervención quirúrgica que es materia del presente proceso, mal se le condena al pago de la suma dispuesta por la Sala Superior.-----

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

DÉCIMO SÉTIMO.- Resulta evidente que la denuncia así descrita alude necesariamente a la debida motivación de las resoluciones y, en especial, a la valoración de las pruebas que acreditarían la responsabilidad imputable a la recurrente. Cabe señalar, una vez más, que a la impugnante no se le imputa responsabilidad por la intervención quirúrgica a la que sometió a la menor gestante (cesárea), sino por la conducta negligente desplegada durante el período previo donde estuvo bajo su cuidado en calidad de médico asistente de guardia, en la que no se tomaron las acciones inmediatas que pudieron evitar la muerte del óbito fetal por asfixia y, luego, la muerte de la madre por excesiva pérdida de sangre. Los medios probatorios destinados a acreditar tal conducta, que contribuyó a la producción del daño (muerte de la madre y del óbito fetal), ya fueron detallados en el décimo cuarto considerando de la presente resolución, y el análisis de tales medios probatorios fue materia de oportuno pronunciamiento por el Juez de la causa y el Colegiado Superior tanto en el numeral **iii)** del noveno considerando como en el numeral **iii)** del décimo considerando, respectivamente; siendo la conducta omisiva de la recurrente— omisión de su deber de cuidado y falta de diligencia— lo que dio lugar a que su conducta culposa sea calificada como negligente. A la luz de estos fundamentos, no se advierte cómo es que la aplicación de las normas materiales denunciadas puedan variar sustancialmente el sentido de lo resuelto.-----

DÉCIMO OCTAVO.- Por lo demás, es necesario precisar a esta parte impugnante que la naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios (salvo casos muy excepcionales en donde, por ejemplo, un cirujano estético se compromete a un cierto resultado específico), por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían. Así lo ha establecido reiterada doctrina al señalar que: “(...) podemos afirmar que la obligación del médico es una sola, y es realizar su actividad de la mejor manera

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

posible, de acuerdo a los conocimientos adquiridos y actualizados y conforme a las técnicas y usos existentes aceptados por las autoridades médicas, con miras a que el resultado sea el que normal y ordinariamente debe producirse.” (TEJADA RUIZ, Claudia Patricia y SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad Civil y del Estado en la Prestación de Servicios Médico-Asistenciales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994; p. 146). Del mismo modo, se ha dicho que: “(...) el médico debe actuar con la prudencia y diligencia propias de su profesión y especialidad, esperándose de su intervención no el resultado de salud, pero sí una diligencia y avocación, acordes al estado del paciente, al desarrollo de la ciencia y a los medios con que cuenta en su tiempo y lugar, y una experiencia que le impida realizar intervenciones inconsultas o suministrar medicamentos que no guarden probada y estrecha relación con la afección del paciente.” (LOPEZ MEZA, Marcelo y TRIGO REPRESAS, Félix. Responsabilidad Civil de los Profesionales. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005; p. 443). Y siguiendo esta línea de pensamiento, en lo referente a la carga de la prueba, se sostiene que: “(...) la víctima tiene la carga de probar los hechos que sustenten su pretensión (...). Así deberá acreditar que el daño le fue inferido como consecuencia de la no ejecución o mala ejecución de la prestación profesional, en otros términos, carga con la prueba del incumplimiento del profesional (...)” (WOOLCOOT OYAGUE, Olenka. La Responsabilidad Civil de los Profesionales. Ara Editores, Lima, 2002; p. 512). Finalmente, el artículo 36 de la Ley General de Salud, Ley número 26842, ha dado por concluido –en nuestro país– todo cuestionamiento respecto de la naturaleza de las obligaciones médicas, al establecer que los profesionales, técnicos y auxiliares del campo médico y afines, “son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades”, circunscribiendo con ello su accionar únicamente a la responsabilidad por culpa y, con ello, a la diligencia en el ejercicio de su función, diligencia que evidentemente no se configuró en el caso concreto, según ha quedado ampliamente acreditado con las pruebas ofrecidas y actuadas en el proceso, razones por las cuales este

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

extremo del recurso no puede prosperar, deviniendo en infundado en su totalidad el medio impugnativo interpuesto por Delia Vicenta Pumacayo Cruz.

DÉCIMO NOVENO.- De otro lado, al sustentar la causal material que denuncia en el primer extremo de los fundamentos de su recurso de casación (punto **II**, acápite **a**), el recurrente Pablo Rivera Rivera refiere que se infringe lo normado en el artículo 1969 del Código Civil pues fue absuelto en el proceso penal seguido en su contra, al declararse el sobreseimiento de dicho proceso, agregando que no se encontraba justificado el hecho de derivar a la paciente al ambiente de alto riesgo obstétrico por encontrarse en situación estable, lo que fue verificado por el Juez Penal, más aun si en autos se ha acreditado que el quebrantamiento de la occisa se produjo, según la historia clínica, en horas posteriores a las que el recurrente laboró. Respecto de tales argumentos, que nuevamente inciden en la valoración de las pruebas obrantes en autos, específicamente en la sentencia dictada por el Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima Norte, su fecha uno de junio de dos mil doce, obrante a fojas mil quinientos treinta y cuatro, cabe tener en cuenta lo siguiente: **1)** Que dicho documento fue presentado el día doce de julio de dos mil doce, es decir, cuando ya había tenido lugar la vista de la causa, realizada el día dieciocho de junio del mismo año, según constancia que obra a fojas mil cuatrocientos noventa y ocho; **2)** Que no consta en el proceso que aquella sentencia hubiera quedado firme; **3)** Que no aparece que la madre de la occisa, hoy demandante, LVY hubiera participado en el citado proceso penal en calidad de parte civil, y menos aun como parte agraviada; **4)** Que el bien jurídico protegido en el proceso de indemnización por daños y perjuicios (esfera patrimonial y extrapatrimonial del individuo) es distinto al bien jurídico tutelado en el proceso penal por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud – Exposición de Persona al Peligro y Homicidio Culposo (la vida humana, el derecho a la vida y a la salud); por tanto, lo resuelto por el Juez del proceso penal de ninguna manera exime del debido pronunciamiento que está obligado a emitir el Juez Civil en tutela de los derechos que reclama la demandante. De otro lado, en cuanto a la afirmación en el sentido de que el quebrantamiento de la salud de la occisa se

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

produjo luego de que finalizara su turno y que por ello no le es imputable responsabilidad, es de advertirse que las instancias de mérito han analizado que la negligencia en el actuar del recurrente, que contribuyó a la ocurrencia del daño, consistió en la omisión de su deber de monitorear a la menor, catalogada como paciente de alto riesgo (debido a su edad y su avanzado estado de gestación), y al óbito fetal, pese a que el mismo galeno constató que ésta se encontraba en trabajo de parto desde las ocho y veinte de la mañana, no derivándola al área respectiva, descuidándola por completo durante las más de cinco horas posteriores que permaneció bajo su cuidado, de forma tal que a los diez minutos de concluir su turno (dos y diez de la tarde) y realizado el examen por la codemandada Delia Vicenta Pumacayo Cruz, se constató la gravedad de la situación de la paciente. En tal sentido, la imputación de culpa al impugnante al amparo del artículo 1969 del Código Civil se encuentra ampliamente acreditada, por tanto no se ha incurrido en infracción de la norma mencionada, debiendo desestimarse este extremo del recurso.-----

VIGÉSIMO.- Asimismo, al sustentar la causal material que denuncia en el segundo extremo de los fundamentos de su recurso de casación (punto **II**, acápite **b**), el recurrente Pablo Rivera Rivera refiere que se infringe lo normado en los artículos 1983 y 1985 del Código Civil, pues la Sala Superior, en el Trigésimo Primer considerando, cita en relación a la responsabilidad solidaria la Casación número 4299-2006 - Arequipa, consignando que la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que el artículo 1983 del Código Civil regula el supuesto de corresponsabilidad en la producción de un evento dañoso a cargo de varios actores, correspondiendo al juez, según sea la gravedad de la falta, fijar la proporción de cada uno de los participantes y cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno la coparticipación se hará en partes iguales; pero en ese mismo considerando, la Sala Superior establece que no es posible discriminar el grado de responsabilidad de los galenos Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Pablo Rivera Rivera en la producción del evento dañoso, por lo que señala un monto global por concepto de reparación civil para cada uno de ellos y del tercero civilmente

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

responsable, infringiendo lo dispuesto en la norma material, pues a efectos de fijar la proporción debe tenerse en cuenta la gravedad de la falta, no habiéndose acreditado la misma como erróneamente se indica.-----

VIGÉSIMO PRIMERO.- Es necesario anotar que el artículo 1983 del Código Civil regula el supuesto de responsabilidad solidaria en la producción del daño, así como las relaciones internas que se generan entre aquéllos llamados a asumir su reparación. En principio, cuando son varios los responsables del daño, éstos responderán solidariamente, es decir, si se llega a probar que fueron varios los sujetos que causaron la lesión, mediante diversos actos concurrentes, todos asumirán de manera conjunta su resarcimiento. Distintas son las relaciones internas de los responsables, que son posteriores al resarcimiento efectivo de la víctima; en tal caso, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al Juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes, y si no se puede discriminar aquello, la repartición se hará en partes iguales. Es en la esfera de la repetición del pago donde deben fijarse las proporciones por el juez del proceso respectivo, no antes (es decir, no en este proceso), de forma tal que el resarcimiento a la víctima de ninguna manera se verá afectado.-----

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el caso de autos, es correcto el fallo de la Sala Superior cuando se abstiene de discriminar responsabilidad de los copartícipes en la producción del daño, pues ello corresponde determinarse cuando, quien pagó, repita contra sus codeudores; razón por la cual se concluye que la norma contenida en el artículo 1983 del Código Civil ha sido correctamente interpretada; y con respecto al artículo 1985 del mismo cuerpo normativo, que se cita conjuntamente, se tiene que el mismo no aporta nada a la dilucidación de la solidaridad de los co responsables en la producción del daño, y menos aun a la distribución de las proporciones del aporte causal. En consecuencia, este extremo del recurso de casación también debe ser desestimado.-----

VIGÉSIMO TERCERO.- Finalmente, en el décimo quinto considerando de la presente resolución quedó establecido que la infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Carta Política del Estado debía verificarse con ocasión del

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1258-2013
LIMA NORTE
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

pronunciamiento de fondo, en el que se establecerá si la sentencia recurrida se ha expedido conforme a lo actuado en el decurso del proceso y en cumplimiento del derecho. Siendo así, este Supremo Tribunal deja establecido que la sentencia expedida por el Colegiado Superior, conforme a los fundamentos fácticos y jurídicos descritos a través de esta ejecutoria, ha sido expedida con arreglo a las normas procesales y materiales vigentes, valorando en forma conjunta y razonada los medios probatorios, expresando las valoraciones esenciales que sustentan la decisión, por lo que no hay lugar a casar la resolución recurrida, ya que se encuentra arreglada a ley.-----

Siendo esto así, al no verificarse ninguna de las causales denunciadas por los recurrentes, los recursos de casación interpuestos deben ser desestimados, debiendo procederse conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil; por cuyas razones, declararon: **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por Delia Vicenta Pumacayo Cruz y Pablo Rivera Rivera, mediante escritos de fojas mil seiscientos y mil seiscientos cincuenta y ocho, respectivamente; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil quinientos cuarenta y dos, de fecha treinta de julio de dos mil doce, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por LVY contra el Hospital Sergio E. Bernal y otros, sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.-
S.S.

TICONA POSTIGO

VALCÁRCEL SALDAÑA

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI

CALDERÓN PUERTAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

SUMILLA.- La culpa inexcusable es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio, no prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el daño a la víctima, por lo que se le atribuyen iguales consecuencias jurídicas a las de quien actúa con dolo.

Lima, ocho de setiembre de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista de la causa número cuatro mil ciento cuatro - dos mil quince, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. RECURSO DE CASACION:

Se trata de los recursos de casación interpuestos por la **Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada** (fojas 1516) y **Rosa Angélica Mesia Cuadros** (fojas 1583) contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número seis, de fecha cuatro de junio de dos mil quince (fojas 1451) expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmó la apelada contenida en la Resolución número setenta y nueve, de fecha siete de marzo de dos mil catorce (fojas 1311) en el extremo que declara infundada la demanda referida al daño a la persona; revocaron en el extremo que declara infundada la demanda por daño moral; reformándola en este extremo, la declararon fundada en parte, en consecuencia, ordenaron que los demandados Rosa Angélica Mesia Cuadros y Servicios y Asistencia Médica Sociedad Anónima Cerrada (la doctora y la Clínica respectivamente), en forma solidaria paguen a la demandante, por concepto de daño moral la suma ascendente a cien mil soles (S/.100,000.00), más intereses legales.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Esta Sala Suprema mediante resoluciones de fecha veintidós de noviembre de dos mil dieciséis declaró procedente los siguientes recursos de casación:

2.1. Rosa Angélica Mesia Cuadros (fojas 107 del cuadernillo de casación) ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal del artículo 197 del Código Procesal Civil**, alegando que la Sala Superior ha incumplido el Principio de Unidad del material probatorio, al no valorar debidamente todas las pruebas aportadas en el proceso, pues solo hace mención a tres pruebas consistentes en el Certificado Médico Legal del Instituto Médico Legal del Ministerio Público y a los Informes de la enfermera técnica y de la obstetriz que estuvieron presentes en el parto de la demandante, obviando la Historia Clínica del menor; y, **b) Infracción normativa procesal del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo VII del Título Preliminar, inciso 6 del artículo 50, inciso 4 del artículo 121 y artículo 122 del Código Procesal Civil**, alegando que la Sala Superior ha hecho una valoración parcial y sesgada de los medios probatorios, vulnerando el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, y sobre todo de la actividad probatoria.

2.2. Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada (fojas 110 del cuadernillo de casación) ha declarado procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal del artículo I del Título Preliminar y artículo 197 del Código Procesal Civil**, alegando que la Sala Superior no ha valorado las pericias médicas actuadas y ofrecidas de parte en el transcurso del proceso, que determinan que la muerte del menor se debió a la malformación congénita, valorando solamente el certificado médico legal. Refiere además que la Sala Superior no ha considerado el principio de unidad del material probatorio; **b) Infracción normativa procesal del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú**, alegando que no existe una adecuada motivación respecto a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Agrega que no existe relación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

de causalidad, configurándose la fractura del nexo causal, pues inclusive en caso de supuesta negligencia de la Doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros, ello no hubiera variado la realidad de la enfermedad del menor que se debió a factores genéticos; además que, la supuesta negligencia médica no está acreditada en modo alguno y con la certeza requerida, de acuerdo a la prueba documental y opinión especializada debidamente sustentada en la historia clínica y pericias practicadas que no han sido valoradas por la Sala, como el Oficio del Colegio Médico del Perú y, en cuanto a las sentencias del proceso penal, estas no pueden ser consideradas para resolver la causal por cuanto no quedaron firmes. Refiere además que, la Sala Superior no ha motivado bien el monto indemnizatorio; **c) Infracción normativa material del artículo 1315 del Código Civil**, alegando que la Sala Superior, a fin de imputar responsabilidad debe analizar si el hecho que causa la inejecución de la obligación se debió a dolo, culpa inexcusable o culpa leve, siendo que no corresponde indemnizar cuando el daño se debe a caso fortuito o fuerza mayor. En este caso hay caso fortuito debido a la malformación genética del menor antes de nacer; por lo que no existe relación de causalidad entre la actuación de la médico demandada en la atención del parto con el hecho del nacimiento de dicho menor en condiciones deficientes de salud que determinaron su posterior muerte; y, **d) Infracción normativa material del artículo 1762 del Código Civil**, alegando que la Sala Superior no concluye a título de qué se imputa la responsabilidad, además que no considera el marco normativo de la responsabilidad contractual, lo que se hace evidente al no haber aplicado el artículo denunciado.

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Del examen de los autos **RAVR** (fojas 21) interpone demanda sobre Indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil Contractual a fin que los demandados Servicios y Asistencia Médica Sociedad Anónima Cerrada, Clínica San Lucas y Rosa Angélica Mesia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Cuadros cumplan con pagar de manera solidaria la suma de seiscientos sesenta mil soles (S/.660,000.00). Como sustento fáctico de su demanda manifiesta que con fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, a horas 05:15 pm., ingresó a la Clínica San Lucas donde días antes ya había sido sometida a controles prenatales por la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros en razón a estar al término de su embarazo y programada para un parto normal, siendo atendida por la referida Gineco Obstetra quien previa inspección pélvica determina que tenía un centímetro (01 cm) de dilatación, indicándole que debía esperar e impartiendo órdenes a la Obstetrix Gertrudiz Ticahuanca Apaza, que encontrándose luego con dos centímetros (02 cm) de dilatación, solicitó la presencia del anestesiólogo Gonzales Portocarrero, quien por indicación de la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros le aplicaron anestesia epidural; posteriormente siendo las 20:45 horas, la referida doctora le practica una Amniotomía Ran (rotura superficial de membrana fetal), para estimular el inicio del parto, siendo que a las 22:00 horas, la obstetrix constató que se encontraba con dilatación completa de diez centímetros (10 cm.), pese a ello, no fue trasladada ala Sala de Partos a la espera de la doctora, quien a su regreso y al constatar que no le habían elaborado su Historia Clínica, hizo llamar al Médico de Turno de la Clínica para que proceda a la evaluación administrativa de su ingreso, lo cual fue innecesario e inexplicable pues hizo demorar su ingreso a la sala de partos. Señala que siendo las 22:55 horas, recién se hace presente el doctor Luis Miguel de la Torre Ugarte quien es esposo de la doctora y con quien trabaja en equipo en esta clase de atenciones, quien al observar una disminución de los latidos fetales recién es conducida a la Sala de Partos y a las 23:00 horas aproximadamente la doctora procede a la aplicación del Vaccum (campana extractora) para extraer al feto, pese a lo cual el menor nace con diagnóstico de natimuerto con índice APGAR (grado de estímulo al nacer), es decir por sufrimiento fetal grave al no haberse realizado oportunamente el trabajo de expulsión del feto, producto del cual su hijo nace cubierto de un líquido verde, denominado meconio, que son las heces que se acumulan en el intestino del feto, no presentando llanto, por lo que se procedió a efectuarle maniobras de resucitación con resultados negativos,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

situación que origina que se le entubara por indicaciones del médico pediatra Miguel de la Torre Ugarte produciéndose un paro cardiaco que origina que se le practique masajes directos al tórax, siendo desentubado para proceder a aplicarle fluidos químicos vía catéter umbilical, sin embargo, el cuerpo del recién nacido presentaba signos de flacidez, no reaccionando a estímulos, por lo que fue trasladado a la Sala de Cuidados Intensivos; que producto de las investigaciones médicas posteriores se acreditó que su hijo no nació natimuerto, pues nació con signos vitales; que al efectuarse luego una evaluación por parte de la Junta Médica de la Clínica a fin de determinar las atenciones asistenciales que le fueron proporcionadas al nacer, se determinó el siguiente diagnóstico: *“Parto vaginal con Vacum de salida, asfixia severa con paro cardio respiratorio, encefalopatía hipóxicaisquémica severa con ventilación mecánica asistida. Estado Grave”*, no pronunciándose sobre las razones por las cuales el menor nació con asfixia severa. Posteriormente su hijo fue sometido a distintas evaluaciones médicas, evolucionando lentamente, siendo alimentado por sonda para lo cual se le practicó una gastrostomía, habiendo sido dado de alta el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y nueve; que el uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve como consecuencia de un cuadro de descomposición en la salud del menor, fue ingresado de urgencia en el Hospital Edgardo Rebagliati donde se certificó su fallecimiento a raíz de un *“Shock séptico-Bronconeumonía - secuela de encefalopatía hipóxica isquémica-reflujo gastroesofásico”*; finalmente, la demandante refiere que la causa de fallecimiento de su menor hijo se debió a una negligente e inadecuada asistencia médica Gineco Obstétrica de la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros al no haber realizado oportunamente el trabajo de expulsión del feto cuando se encontraba con dilatación completa de diez centímetros (10 cm) a las 22:00 horas, siendo sometida inexplicablemente a un trámite administrativo para completar su historia clínica a cargo del Médico de turno, hasta la llegada del doctor Miguel de la Torre Ugarte, quien al solicitar la evaluación de los latidos fetales constata la existencia de una braquicardia en el feto, hecho que ocasionó la subsecuente hipoxia isquémica, diagnóstico que fue la causa del fallecimiento de su menor hijo como producto de una demora

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

inexplicable en el inicio de los trabajos de parto y de los responsables de su atención en la Clínica San Lucas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda mediante la Resolución número uno, de fecha ocho de mayo de dos mil ocho (fojas 47) y luego de haberse corrido traslado a las partes, **Servicios y Asistencia Médica Sociedad Anónima Cerrada** se apersona al proceso y mediante escrito de fojas 179, contesta la demanda argumentando lo siguiente: **i)** La demanda interpuesta por la accionante resulta ser un requerimiento fenecido, por cuanto en el proceso penal respectivo no se pudo determinar responsabilidad médica alguna de parte del personal asistencial de la Clínica San Lucas ni incluir a Servicios y Asistencia Médica como responsable solidario y que más bien el fallecimiento del menor fue debido a una malformación congénita, hecho que quedó acreditado a nivel del referido proceso penal; **ii)** La doctora Rosa Angélica Mesia Cuadro atendió por primera vez a la demandante el ocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, esto es, cuando la accionante se encontraba con diecisiete semanas y media (17 ½) de gestación; que el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, la demandante ingresa con un diagnóstico de primigesta de cuarenta semanas y media (40 ½) en trabajo de parto, ingresando por emergencia, a las 17:50 horas, con funciones vitales estables y con trabajo de parto espontáneo, realizándose en forma normal, conforme se evidencia del Partograma, llegando a dilatación de siete centímetros (7 cm), a las 20:00 horas, lo que origina que la doctora realice una ruptura artificial de membranas que estaban planas y con latidos fetales de 132 por minuto rítmicos y regulares, con contracciones uterinas de buena intensidad y duración, siendo que el trabajo de parto continuó progresando hasta las 22:30 horas en que se constata dilatación completa y latidos fetales de 132 por minuto con contracciones uterinas de buena intensidad y duración, siendo que en dicha circunstancia la doctora indica maniobras de expulsivo voluntarias, encontrándose presente el anestesiólogo, la Médico Residente y la Obstetrix; **iii)** Los latidos fetales del bebé permanecieron en 132 por minuto permaneciendo la paciente con diez centímetros (10 cm) de dilatación hasta 45 minutos después, luego de lo cual se observa un

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

sufrimiento agudo por lo que se procede al uso del Vacum para acortar el expulsivo en un solo intento, obteniéndose como producto un feto masculino sin signos de funciones vitales y con expulsión de meconio, por lo cual la doctora procede a cortar el cordón umbilical y entregarlo al pediatra quien procede a brindarle al menor las maniobras de resucitación por 12 minutos, previa intubación endotraqueal, respondiendo a las maniobras con aparición de signos vitales, por lo que es ingresado a la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica, agrega además que sí se le brindó a la demandante una atención adecuada, con profesionales médicos adecuados en el momento en que se le requirió siendo falso que el menor haya nacido vivo porque de acuerdo a la Historia Clínica el menor no presentaba llanto, por lo que se procedió a efectuar maniobras de resucitación con resultados negativos, finalmente refiere que el menor falleció como consecuencia de las malformaciones congénitas con las que nació, como es la malformación de Dandy-Walker, es decir, por situaciones no encontradas durante su nacimiento.

TERCERO.- Por su parte, la doctora **Rosa Angélica Mesia Cuadros** mediante escrito de fojas 332, contesta la demanda señalando lo siguiente: **i)** Atendió a la demandante en la Clínica San Lucas en virtud del programa de asistencia médica entre la Superintendencia Nacional de Aduanas con la Protectora Corredores de Seguros Sociedad Anónima, para que los trabajadores de Aduanas tuvieran acceso a atención médica en la Clínica donde se encontraba laborando como gineco obstetra; **ii)** Habiéndosele asignado la atención de la demandante, el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, la demandante ingresa a las 17:30 horas a la Clínica con síntomas de inicio de parto, constatando que tenía 01 centímetro de dilatación, con latidos fetales de 136-148 por minuto, por lo que el Anestesiólogo aplicó la analgesia epidural con su vigilancia médica; siendo que a las 21:00 horas constató 07 centímetros de dilatación y latidos fetales normales; produciéndose la dilatación desde las 17:30 horas hasta las 22:30 horas, es decir, 05 horas completas; habiendo durado el período de expulsión 45 minutos, desde las 22:30 horas hasta las 23:15 horas; **iii)** El menor falleció 06 meses después de su nacimiento, a causa de una malformación congénita

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

cerebral imprevisible que se encontraba ubicada a nivel de la fosa cerebral posterior anatómica, relacionada con el centro vital de la respiración que impidió la respiración espontánea del neonato al nacer, por lo que tras sufrir de complicaciones respiratorias congénitas falleció seis meses después, conclusiones a las que llegaron diversos especialistas; **iv)** En el proceso penal iniciado en su contra fue absuelta de los delitos de homicidio por negligencia médica y abandono de personas en peligro, habiendo actuado en todo momento con la diligencia debida, no habiendo la demandante ofrecido medios probatorios que acrediten la supuesta falta de diligencia médica, ya que la mencionada malformación congénita constituyó un caso fortuito que ocasionó la posterior muerte del neonato, siendo una causa no imputable a la demandada; **v)** De las sentencias emitidas en el proceso penal que se pronuncian sobre el fondo ha sido declarada absuelta en virtud de las pruebas que obran a su favor al haberse determinado que no existía una relación causal entre su actuar y la muerte del menor, máxime si nunca se efectuó una autopsia que determine sin lugar a dudas las causas del fallecimiento del neonato.

CUARTO.- Tramitado el proceso conforme a su naturaleza y luego de valoradas las pruebas presentadas por las partes, por sentencia de primera instancia contenida en la Resolución número setenta y nueve, de fecha siete de marzo de dos mil catorce (fojas 1311) se declara **infundada** la demanda. De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que el *a quo* ha establecido lo siguiente: **i)** Sobre la base del mérito de la Resonancia Magnética de fojas 117 y la opinión uniforme y sustentada de los Especialistas Médicos el Juez llega a la convicción que la causa por la cual el menor nació con graves dificultades de salud que posteriormente determinaron su muerte fue debido a una malformación congénita cerebral, ubicada a nivel de la fosa cerebral posterior anatómica, relacionada con el centro vital de la respiración, y no por la atención supuestamente deficiente que según la demandante tuvo la médico demandada y sus colaboradores durante el trabajo de parto, habiéndose generado en realidad dicha malformación por defectos genéticos y desarrollado el primer trimestre del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

embarazo, es decir, antes de la primera atención brindada por la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros en la Clínica San Lucas (actual Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada) recién en la semana diecisiete (17) de embarazo en que la demandada acudió, por lo que resultaba imposible que dicha profesional pueda haber cambiado dicha realidad de la malformación congénita, ajena a su voluntad, aun cuando la malformación hubiera sido detectada antes del parto, con el agregado que según los especialistas en la época de ocurrido los hechos(1998), ni las ecografías ni la resonancia tenían la misma resolución avanzada que se tiene ahora, además que no había otra forma de saber con anticipación al parto respecto de la malformación cerebral que ya tenía el feto; **ii)** Lo anterior determina que no existe relación de causalidad entre la actuación que tuvo la profesional médico Rosa Angélica Mesia Cuadros en la atención del parto del menor, con el hecho del nacimiento de dicho menor en condiciones deficientes de salud que posteriormente determinaron su muerte, por ser ello físicamente imposible, pues tal hecho se debió de acuerdo a las pruebas aportadas a un caso fortuito, predeterminado y ajeno a la voluntad de la demandada, configurándose; por tanto, la fractura causal a que se contrae el artículo 1972 del Código Civil; de otro lado el Juez establece que aun cuando exista alguna supuesta negligencia médica, ello no hubiera variado la realidad de la enfermedad del menor, consecuentemente tampoco se determina daño antijurídico pues el ordenamiento jurídico no puede reprobado ni sancionar por la ocurrencia de daños que no responden a la voluntad de la demandada; **iii)** Por lo demás el Juez considera que la supuesta negligencia de la demandada Rosa Angélica Mesia Cuadros en la manera como atendió el parto del referido menor, no está acreditado en modo alguno y con la certeza requerida, de acuerdo a prueba documental u opinión especializada debidamente sustentada, pues la Historia Clínica y pericias practicadas solo denotan regularidad y un trato acorde con la situación de emergencia suscitada el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho a partir de las 5.30 pm., y que si bien existieron graves problemas durante el parto, ello se debió a los problemas congénitos antes señalados y no de atención profesional, en ese sentido la médica demandada y su equipo aplicaron todos los medios posibles que razonablemente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

debía utilizarse de acuerdo a la situación suscitada pues la obligación de los médicos es de medios y no de resultados, en consecuencia, se determina que la médico codemandada actuó con la diligencia ordinaria que le era exigible, no acreditándose que hayan actuado con negligencia inexcusable ni dolo, no habiendo por lo demás la demandante aportado medios probatorios idóneos y certeros que desvirtúen lo antes señalado, no existiendo en consecuencia mala praxis médica, por cuya razón la pretensión indemnizatoria demandada se desestima; y, **iv)** Las sentencias expedidas en el proceso penal acompañado no pueden ser consideradas para resolver la causa al no encontrarse firmes y por cuanto además dicho proceso concluyó por prescripción y no por pronunciamiento de fondo.

QUINTO.- Apelada la sentencia de primera instancia, la **Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima**, mediante la Resolución número seis, de fecha cuatro de junio de dos mil quince (fojas 1451) confirma la sentencia apelada en el extremo que declara infundada la demanda en cuanto al daño a la persona, revocando en el extremo que declara infundada la demanda por daño moral y reformando dicho extremo declara fundada en parte, ordenando; en consecuencia, que los demandados paguen en forma solidaria por concepto de daño moral la suma de cien mil soles (S/.100,000.00), más intereses legales. La Sala Superior establece esencialmente lo siguiente: **i)** A partir de declaraciones de la Obstetriz y la Técnico en Enfermería quienes estuvieron en la Sala de Partos el día en que nació el menor, así como la declaración instructiva de la propia doctora demandada en el proceso penal y, del Certificado Médico Legal número 054336- PF-HC de fecha once de enero del año dos mil expedido por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, se determina la existencia de negligencia médica por parte de la médico tratante de la demandante, al resultar inconcebible que la doctora luego de que se le informara a las 22:00 horas que su paciente (la demandante), tenía dilatación completa de 10 centímetros, no haya ordenado en forma inmediata que ingrese a la Sala de Partos para darle la atención debida, conducta que se agrava por el hecho que a las 21:30 horas, es decir media hora

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

antes, el feto estaba haciendo sufrimiento fetal agudo, pues sus latidos fetales se encontraban entre 120 a 126 por minuto, según el Informe de la Obstetriz de fojas 61 a 62 del acompañado y el referido Certificado Médico Legal de fojas 387 a 391 del acompañado. A ello se debe agregar la demora en ser atendida la madre en la Sala de Partos (aproximadamente una hora entre la hora que alcanzó dilatación de 10 centímetros, 22:00 horas y, su ingreso a la Sala de Partos, 23:00 horas; tiempo al que debe añadir los 15 minutos que demoró la doctora en extraer al bebe con el Vacuum, en segundo intento), siendo dicha demora, según el Certificado Médico Legal la que originó que el bebe nazca impregnado de meconio, el mismo que se encontró en sus vías respiratorias, lo cual indica claramente que hubo sufrimiento fetal agudo hacía un buen tiempo atrás, antes de la expulsión y, posteriormente, al nacer, el mismo meconio, originó una asfixia severa, lo cual lo condujo a una encefalopatía hipóxica, dejándolo en coma al no llegar suficiente oxígeno al cerebro, en consecuencia, la muerte del menor se produjo, principalmente, porque el meconio que aspiró dentro del vientre materno, en principio, originó sufrimiento fetal agudo y, luego, asfixia severa, debido a que no llegaba oxígeno al cerebro, pues sus vías respiratorias estaban obstruidas por el meconio aspirado. Por otro lado, la Sala Superior estima que no existe certeza de que la malformación congénita fetal de tipo neurológico haya sido causa determinante de la muerte del menor, pues lo que sí es cierto es que el menor al nacer sus vías respiratorias estuvieron impregnados de meconio (primeras heces) y, luego, se puede concluir, por una relación de causalidad que este hecho originó su muerte; **ii)** En ese sentido, la Sala Superior concluye que existe responsabilidad civil contractual al concurrir los elementos de conducta antijurídica, daño, relación de causalidad y factor de atribución. En cuanto a la **conducta antijurídica** por parte de la doctora, esta se establece a partir de su conducta negligente de haber atendido a lademandante después de una hora de haber alcanzado los 10 centímetros de dilatación (dilatación completa), hecho que se desprende de los informes emitidos tanto por la Obstetriz (fojas 61 a 62 del acompañado), como la Enfermera Técnica (fojas 63 a 64 del acompañado), los cuales forman parte de la Historia Clínica (fojas 11 a 95 del acompañado), además, la dilatación completa se alcanzó a las 22:00

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

horas y, la orden para que la demandante pase de la Sala de Dilatación a la Sala de Partos se dio a las 23:00 horas habiendo el menor nacido a las 23:15 horas aproximadamente. En ese sentido la conducta de la doctora se agrava por el hecho que la demora en la atención de la demandante se debió a la espera de su esposo, quien es médico pediatra, a pesar que en la clínica a las 22:00 horas había un pediatra de turno que podía ingresar a la Sala de Partos, como lo señaló la Enfermera Técnica en su Informe (punto 3 del Informe, fojas 63 a 64). En cuanto al **daño**, esté se establece a partir del sufrimiento producido en la demandante por la pérdida de su menor hijo a los 05 meses de haber nacido, producto de que sus vías respiratorias estuvieron impregnadas de meconio, hecho que le ha originado un gran dolor, sufrimiento y, padecimiento, pues ha visto perderse la vida de su hijo prontamente. En relación a la **relación causal**, esta se llega a manifestar por el hecho de la existencia de una conducta típica en la doctora al atender a la demandante después de una 01 hora que la paciente alcanzó dilatación completa a las 22:00 horas, lo que originó que el feto absorviera meconio, hecho que originó problemas en su sistema respiratorio y luego produjo su fallecimiento a los 05 meses de haber nacido. Finalmente, en cuanto al **factor de atribución**, la Sala Superior determina que a la luz de demora injustificada de 01 hora, en la atención de la demandante en la Sala de Partos, la responsabilidad de la demandada es a título de culpa grave o inexcusable, al resultar inexplicable que una profesional especializada en la atención de partos como la doctora, demore la atención de una madre por el prurito de que ella atienda los partos solo con su esposo, sin tener en cuenta que en situaciones excepcionales, como el presente caso, debió atender con el Pediatra de turno, pues de por medio estaba la salud de un concebido que antes de las 22:00 horas, exactamente, a las 21:00 horas, ya estaba haciendo sufrimiento fetal, pues sus latidos se encontraban entre 120 a 126 por minuto.

SEXTO.- Habiéndose declarado procedente la denuncia casatoria por las causales de infracción normativa procesal y material, de primera intención, debe examinarse la causal *in procedendo*, pues de declararse fundado el recurso por dicha motivación, resultaría innecesario examinar la otra causal invocada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

SÉTIMO.- Existe afectación al debido proceso cuando se transgrede el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, hay inobservancia de la jurisdicción y de la competencia predeterminada por ley, se evidencia error o deficiencia en la apreciación y valoración de las pruebas, falta de logicidad y razonabilidad en la fundamentación de las sentencias y se limita la pluralidad de instancia; debiendo relievase que para que exista un pronunciamiento motivado, los jueces deben precisar los argumentos o razones suficientes en los que sustentan su decisión, así como la subsunción de los hechos determinados en la norma apropiada para la solución del conflicto intersubjetivo de intereses, lo que garantizará a los justiciables el respeto al derecho de defensa y, por ende, al debido proceso.

OCTAVO.- En cuanto a la denuncia por la causal de **infracción normativa procesal** de la demandada **Rosa Angélica Mesia Cuadros**, descrita en el **apartado a)**, en el sentido que la Sala Superior habría incumplido con el principio de valoración conjunta del material probatorio puesto que solamente habría valorado el Certificado Médico Legal del Ministerio Público, los Informes de la Enfermera Técnica y de la Obstetriz, obviando analizar la Historia Clínica del menor; debe señalarse que dicha afirmación carece de veracidad en tanto que conforme se aprecia de una lectura integral de la sentencia de vista aquí impugnada, el *ad quem* ha formado convicción razonable respecto de la controversia suscitada a partir del Certificado Médico Legal expedido por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público el cual se sustenta esencialmente en los informes emitidos por la Obstetriz Gertrudis Celia Ticahuanca Apaza y la Enfermera Técnica Nancy Judith Castillo Huamaní, quienes estuvieron en el momento del parto, testimonios que se encontraban formando parte de la Historia Clínica de la demandante.

NOVENO.- En el sentido precedentemente descrito, no se llega a verificar la infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil, si se tiene en cuenta que dicha normatividad dispone que los medios probatorios serán

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

valorados de manera conjunta por el Juez, utilizando su apreciación razonada, expresándose solo las valoraciones esenciales y determinantes que finalmente sustentaron su decisión; habiéndose establecido en la sentencia de vista impugnada que la conducta antijurídica de la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros resulta manifiesta a partir de la conducta negligente de la referida profesional médico al haber atendido a la accionante después de 01 hora de haber alcanzado la paciente una dilatación completa en grado 10 centímetros (ello por cuanto conforme quedó establecido en autos, la dilatación completa se alcanzó a las 22.00 horas y la orden para que la demandante pase de la Sala de Dilatación a la Sala de Partos se dio a las 23.00 horas, hecho que se llega a verificar, según lo antes señalado, a partir de la valoración de los citados Informes que forman parte de la Historia Clínica de la paciente, lo que sugiere, por consiguiente, que la accionante no recibió una atención oportuna y eficaz por parte de la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros que era su médico tratante, situación que trajo como resultado que el bebé naciera con el sistema respiratorio impregnado con meconio lo que desencadenó finalmente en la muerte del citado menor, situación que incluso contiene como agravante el hecho que la demora en atender a la demandante se debió a la espera del esposo de la citada profesional médico, no obstante que la Clínica disponía en ese momento de un pediatra de turno que se encontraba disponible para cubrir este tipo de eventos.

DÉCIMO.- Asimismo en cuanto al extremo de la denuncia por infracción normativa procesal descrita en el **apartado b)**, en el sentido que se habría efectuado una valoración parcial y sesgada del material probatorio en afectación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; cabe señalar sobre el particular que no se llega a desprender de manera clara dicha afectación, en tanto que el órgano jurisdiccional superior ha sustentado su decisión sobre la base de un análisis razonado y coherente del material probatorio aportado al proceso que ha servido finalmente de soporte fáctico para declarar fundada en parte la demanda incoada, por lo que la causal denunciada en este extremo debe igualmente ser desestimada por **infundada**.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

DÉCIMO PRIMERO.- Asimismo, en relación a la causal por **infracción normativa procesal** del artículo I del Título Preliminar y artículo 197 del Código Procesal Civil denunciado por la **Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada** en el **apartado a)**, se advierte que la recurrente sostiene una falta de valoración de las pericias médicas actuadas en el proceso que habrían determinado que la muerte del menor se debió a la malformación congénita; sobre dicha aseveración, cabe precisar, tal conforme lo ha señalado la sentencia de vista, no existe certeza de que dicha malformación congénita cerebral hubiese sido la causa determinante y precisa de la muerte del menor al no encontrarse por lo demás contrastado con otros medios de prueba, tanto más, cuando se encuentra comprobado de manera objetiva que al nacer el menor, sus vías respiratorias se encontraban infiltradas con meconio lo que finalmente desencadenó en la muerte del menor.

DÉCIMO SEGUNDO.- De otro lado analizando, la causal por **infracción normativa procesal** de la **Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada**, por afectación del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (**apartado b)**, se advierte que dicha causal *in procedendo*, debe ser desestimada por cuanto no se advierte la concurrencia de vicios insubsanables que afecten el debido proceso, en tanto la sentencia recurrida contiene una motivación coherente, precisa y sustentada en base a los hechos invocados y al material probatorio aportado y analizado en el proceso de manera conjunta, que ha servido finalmente de sustento para la emisión de la sentencia de vista aquí recurrida, en observancia a las garantías constitucionales contenidas en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, al haberse establecido la existencia concurrente de los elementos que conforman la responsabilidad civil demandada a título de culpa inexcusable debido a la existencia de una demora injustificada en la atención de la demandante en la Sala de Partos, por el simple hecho que la demandada debía esperar a su esposo con quien laboraba en las labores de atención de parto en la citada Clínica, cuando era evidente que existía un pediatra de turno en quien la doctora en todo caso podía apoyarse para este tipo de circunstancias y no

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

demorar en la atención de la paciente y del subsecuente parto como en efecto así sucedió, tanto más, cuando según el Certificado Médico Legal precitado, el concebido desde las 21.00 horas, se encontraba en un cuadro de sufrimiento fetal agudo lo que se agravó con la presencia de meconio en las vías respiratorias del recién nacido lo que condujo a una encefalopatía hipóxica (falta de oxígeno en el cerebro) y muerte posterior del recién nacido.

DÉCIMO TERCERO.- En relación a la causal por **infracción normativa material** del artículo 1315 del *código civil* descrita en el **apartado c)**, por la citada Clínica, se advierte que la recurrente sostiene que la Sala Superior debió analizar si el hecho causante de la inejecución de la obligación se debió a dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

DÉCIMO CUARTO.- Sobre dicho aserto, conviene precisar que el artículo 1319 del Código Civil regula la culpa inexcusable en los siguientes términos: *“incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”*. El tratadista Aníbal Torres Vásquez, citando a Santos Briz, sostiene que la culpa inexcusable es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio, no prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello obviamente el daño a la víctima, por lo que se le atribuyen iguales consecuencias jurídicas a las de quien actúa con dolo.

DÉCIMO QUINTO.- Del análisis de la sentencia de vista se advierte de manera cierta que la Sala Superior ha establecido la existencia de una culpa inexcusable en la doctora demandada (última parte del décimo considerando de la sentencia devista), en aplicación subyacente del artículo 1319 del Código Civil, en tanto que resultaba previsible que dicha profesional médica conociera que podría causar daño al no ser diligente en la atención médica oportuna y eficaz de la demandante como en efecto así sucedió y que finalmente originó que el menor naciera con el sistema respiratorio impregnado de meconio, hecho que desencadenó en la muerte posterior del menor por insuficiencia de oxígeno en el cerebro, situación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

que en este caso en particular se agrava por la demora en la atención de la paciente y del feto que desde las 21:00 horas venía haciendo sufrimiento fetal agudo al encontrarse los latidos fetales entre 120 a 126 por minuto. En el contexto precedentemente descrito, se llega a razonar la inexistencia de la infracción normativa denunciada, de lo que se desprende, en consecuencia, que la causal material en este extremo debe desestimarse por **infundada**.

DÉCIMO SEXTO.- Finalmente, la Clínica recurrente denuncia la **infracción normativa material** del artículo 1762 del Código Civil, descrita en el **apartado d)**, señalando que el *ad quem* no establece a título de que se le estaría imputando responsabilidad civil, además que no se habría aplicado la norma material al caso en concreto. Sobre dicha aseveración, conforme se advierte de autos, la Sala Superior ha establecido que en el caso de la Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada existe una responsabilidad solidaria con la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros a mérito de lo dispuesto en el artículo 1325 del Código Civil, de lo que se desprende en este caso en concreto que la Clínica debe responder solidariamente con la doctora Rosa Angélica Mesia Cuadros, por los hechos culposos en la ejecución de las obligaciones efectuadas por esta última.

DÉCIMO SÉTIMO.- Esta descripción por lo demás, coincide con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley General de Salud –Ley número 26842- la cual establece que los profesionales, técnicos y auxiliares de salud serán responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, con lo cual se consagra exclusivamente la responsabilidad por culpa para ellos. En esa misma línea, el artículo 48 de la acotada Ley de Salud establece que los establecimientos de salud (clínicas, hospitales, postas médicas etcétera) responderán solidariamente por los daños y perjuicios que causare el personal bajo su dependencia, entiéndase en supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 4104-2015

LIMA

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

DÉCIMO OCTAVO.- De lo precedentemente descrito, se concluye que la responsabilidad solidaria de la Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada se encuentra fáctica y jurídicamente establecida pues al ser los servicios que la Clínica brinda la de administración de salud y al ser el nexo entre los médicos y los pacientes, se razona que debe asumir parte de la responsabilidad en solidaridad con el personal profesional a su cargo, de lo que se razona entonces que los Centros de Salud responden también por los daños generados a pacientes por el personal que se desempeña en estos, al existir una relación de dependencia y en tanto se les haya encontrado responsabilidad, conforme se advierte de los presentes actuados; siendo esto así, la causal denunciada en este extremo deviene también en **desestimable**.

IV. DECISIÓN:

Por tales consideraciones y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil:

4.1. Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por la **Clínica Internacional Sociedad Anónima Cerrada** (fojas 1516) y **Rosa Angélica Mesia Cuadros** (fojas 1583); en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la Resolución número seis, de fecha cuatro de junio de dos mil quince (fojas 1451) expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

4.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos por RAVR y otro contra Rosa Angélica Mesia Cuadros y otra, sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; y *los devolvieron*. Integran esta Sala los Jueces Supremos Señores Calderón Puertas y Sánchez Melgarejo por licencia de los Jueces Supremos Señores Romero Díaz y De la Barra Barrera. Ponente Señor Torres Ventocilla, Juez Supremo.-

**S.S. MIRANDA MOLINA, CALDERÓN PUERTAS, SÁNCHEZ MELGAREJO,
CÉSPEDES CABALA, TORRES VENTOCILLA**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

Tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual se encuentran dentro de la Responsabilidad Civil, que se entiende por aquella institución creada con la finalidad de reparar o resarcir los daños causados a terceros. En efecto, la sanción jurídica de la conducta dañosa consiste en sujetar al autor a una responsabilidad que se traduce en una obligación de indemnizar; se crea esta institución cuando se viola el deber social y genérico de no dañar, dentro de la convivencia social, incluso aun cuando se trate de persona jurídica; siendo que los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de la responsabilidad civil cuyo núcleo gira en torno a la prevención del daño y reparación de la víctima.

Lima, veinticuatro de julio

de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número cuatro mil setecientos cuarenta y ocho - dos mil diecisiete, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación de fecha uno de setiembre de dos mil diecisiete, interpuesto a fojas mil seiscientos veintisiete, por **CYCM**, contra la sentencia de vista de fecha ocho de agosto de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil seiscientos doce, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que revocó la sentencia apelada, de fecha diez de enero de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y nueve, que declaró fundada la demanda,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

con lo demás que contiene, interpuesta por CYCM con WECC y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito de fecha siete de abril de dos mil cinco, obrante a fojas quince, CYCM, interpuso la presente demanda de indemnización por daños y perjuicios contra ESSALUD y otros, para que en forma solidaria le paguen la suma de S/ 250,000.00 (doscientos cincuenta soles), más intereses legales, costas y costos del proceso. Siendo que por daño físico a su menor hija, por la lesión severa sufrida, invalidez e inutilización del brazo, solicita la suma de S/ 150,000.00 (ciento cincuenta mil soles); por daño emergente la suma de S/ 50,000.00 (cincuenta mil soles), como consecuencia del daño físico a la persona, en el sentido que a medida que la menor va creciendo o se va desarrollando en su contextura física, va generando una atrofia muscular que le impide su buena formación; por lucro cesante la suma de S/ 50,000.00 (cincuentamil soles) que es consecuencia tanto del daño físico y del daño emergente, lo que llaman el porvenir de la persona, su desarrollo dentro de la sociedad, y al sufrir una invalidez parcial sus posibilidades de vida y éxito disminuyen; por daño moral la suma debe ser cuantificada teniendo en cuenta el menoscabo al quedar en forma parcial inválida. Como fundamentos de su demanda sostiene que:

- Como gestante fue atendida en el Hospital Naylamp de ESSALUD, según la historia clínica, detectándole en enero de dos mil dos que la recurrente sufría de hipertensión arterial presión alta, siendo transferida al Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo pues su gestación era riesgosa.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

- El veintiséis de marzo del dos mil dos, con síntomas de alumbramiento ingresó al hospital siendo atendida por el médico Camacho quien verificó que tenía presión alta y pus en la orina, disponiendo internarla y efectuarle un análisis el cual no se realizó.
- A las nueve y treinta de la mañana del veintisiete de marzo de dos mil dos, fue atendida por el médico demandado Jorge Enrique Limo Peredo quien sin dar importancia a su estado, ordenó que se le indujera a parto con aplicación de oxitocina.
- Siendo las diez y treinta de la mañana del mismo día, la atendió el médico Tenorio quien diagnosticó preclancia severa e hipertensión arterial crónica y mala historia obstétrica, prescribiendo se le efectúen exámenes que no se hicieron.
- Asimismo en la misma mañana la evaluó el médico Walter Cabanillas Cancino, quien se limitó a continuar lo prescrito por el demandado Jorge Enrique Limo Peredo colocando cincuenta gramos de Misoprostol en el saco vaginal para inducir al parto; cuando lo correcto hubiera sido hacerle una cesárea, considerando que su hija era una bebé macrosómica [4,850 grs.].
- En el momento del alumbramiento, su bebé sufrió un atrapamiento de hombro originándole parálisis de plexo braquial en el miembro superior derecho.
- La negligencia médica ha hecho que dicho miembro superior no se desarrolle como el brazo izquierdo, generándole lesión física y daño psicológico a la menor cuando tenga uso de razón; los médicos demandados fueron denunciados penalmente pero los absolvieron con una decisión judicial que no comparte y se aparta de la justicia.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

a) Mediante escrito de fecha veintisiete de mayo de dos mil cinco, obrante a fojas cuarenta y uno, Julio Silva Santisteban Ayala, contestó la demanda sosteniendo básicamente que el día veintisiete de marzo de dosmil dos, la demandante es atendida por la Obstetra Julia Elena Viza Talavera por indicación de los codemandados; siendo que durante el parto la paciente expulsa la cabeza del feto pero no puede extraerse por quedar atrapado los hombros al ser macrosómico, peligrando su vida antedicha emergencia es llamado por la obstetra y logra el nacimiento; asimismo indica que no tuvo participación ni conocimiento de los controles prenatales, tratamiento o evaluación y formulación del historial clínico, lo cual por ética profesional no se pronuncia; precisa que se le debió practicar una cesárea. Refiere que la recomendación de inducción de parto fue hecha por los médicos Jorge Enrique Limo Peredo y Walter Cabanillas Cancino, fue denunciado penalmente por el delito de lesiones culposas absolviéndosele en primera y segunda instancia. Reconviene para que se le indemnice con la suma de S/ 50,000.00 (cincuenta mil soles) por el daño emergente, pues los procesos penal y civil le originan gastos por honorarios de abogados, aranceles judiciales, asesoramiento; y por lucro cesante, pues los hechos imputados han sido publicados en medios escritos y televisivos teniendo ausencia de pacientes, así como días no laborados por injustas imputaciones por lo cual no percibió ingresos.

b) Mediante escrito de fecha treinta y uno de mayo de dos mil cinco, obrante a fojas setenta y seis, Julia Elena Viza Talavera, contestó la demanda señalando esencialmente que la orden o programación de un parto solo lo puede efectuar un médico y ella en su condición de obstetra actuó según lo establecido en el Manual de Normas y Procedimientos de Servicio de Obstetricia; indica que ella se ha ceñido a la atención y cumplimiento de un plan de trabajo pre establecido por los médicos Jorge Enrique Limo Peredo, Walter Cabanillas Cancino y Julio Silva Santisteban Ayala, no alcanzándole dicha responsabilidad; siendo que el veintisiete de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

marzo de dos mil dos, el médico Limo Peredo fue médico de visita, el médico Walter Cabanillas Cancino era médico de guardia en el turno día y el médico Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala era médico de guardia turno noche; por lo que, ella ingresó a laborar ese día a las diecinueve horas cumpliendo las disposiciones del médico Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, sin la existencia de dolo o culpa en el presente caso, tal como lo ha señalado el Noveno Juzgado Penal de Chiclayo en la denuncia sobre lesiones graves, decisión que tiene la calidad de cosa juzgada.

c) Mediante escrito de fecha uno de junio de dos mil cinco, obrante a fojas doscientos cincuenta, el Seguro Social de Salud - ESSALUD, contestó la demanda señalando que la demandante con sus medios probatorios no ha acreditado el objeto de su pretensión, al contrario no probó sufrir daño y que no existió de parte de los codemandados impericia, imprudencia o negligencia; prueba de ello lo constituyen los procesos penales; indica que, el accionar de los codemandados no puede calificarse como conducta culposa pues siempre adoptaron niveles de prevención suficiente y permitidas por ley; precisa que lo que pretende ser materia de este proceso ya fue objeto de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional en el Juzgado Penal, existiendo cosa juzgada, por lo que no se puede sancionar a una misma persona dos veces por un mismo hecho, transgrediendo el principio non bis in idem.

d) Mediante escrito de fecha ocho de setiembre de dos mil cinco, obrante a fojas trecientos setenta y uno, Jorge Enrique Limo Peredo, contestó la demanda señalando básicamente que la presión alta de la paciente fue controlada, y que al examinarla la encontró en condiciones para dar un parto normal, entonces no infringió el deber de prudencia o cuidado; asimismo indica que cada médico es independiente en su diagnóstico, y lo hecho por el médico Walter Cabanillas Cancino es confirmar las condiciones óptimas de la paciente aplicándole misoprostol; indica que, el dato de que su hija era macrosómica no se contó al momento de la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

inducción del parto, así se tiene de las ecografías; y si bien fue denunciado penalmente, la sentencia fue absolutoria habiendo adquirido la calidad de cosa juzgada; precisa que, la parálisis que sufrió la menor fue a causa de factores externos como la mala maniobra realizada al momento de la extracción del feto en el parto. Reconviene para que se le indemnice la suma de cien mil soles por daños y perjuicios porque lleva cuarenta años de servicio profesional; por el daño emergente, pues los procesos judiciales penal y civil le originan gastos por honorarios de abogados, aranceles judiciales, asesoramiento; por lucro cesante, dado que los hechos imputados han sido publicados en medios escritos y televisivos teniendo ausencia de pacientes, así como días no laborados por injustas imputaciones por lo cual no percibió ingresos; y daño moral afectándose su dignidad y prestigio.

3. Puntos Controvertidos

Mediante Audiencia de Conciliación de fecha dieciocho de agosto de dos mil seis, obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y dos, se procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si ha existido severa lesión física en la menor ALGC; y si ha sufrido daño emergente, daño moral y lucro cesante.
- Determinar si los codemandados Jorge Enrique Limo Peredo, Julio Silva Santisteban Ayala y Walter Cabanillas Cancino han actuado con negligencia médica, la actuación y participación de los codemandados durante toda la etapa de gestación y parto, que haya ocasionado los daños antes señalados.
- Determinar si la conducta de Julia Elena Viza Talavera tiene nexo causal con el daño producido a la menor ALGC.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

- Determinar si de haberse ordenado y practicado una cesárea y no una inducción al parto, no se hubiera producido la lesión del plexo braquial a la menor.
- Determinar si ESSALUD tiene responsabilidad solidaria por los daños causados.
- Determinar el monto de pago por concepto de indemnización a cada uno de los daños citados.

4. Sentencia de Primera Instancia

Tramitada la causa con arreglo a ley, la Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia de fecha diez de enero de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y nueve, declaró fundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios, sosteniendo:

- I. Señala que no existen elementos objetivos sobre cuya base imputar a los médicos Jorge Enrique Limo Peredo y Walter Cabanillas Cancino, una omisión temeraria que importe el incumplimiento de la diligencia debida, ya que actuaron confiados en los resultados de una ecografía tomada el mismo día del parto por un médico especialista, que por cierto no ha sido demandado en el presente proceso, que no proyectaba el nacimiento de una bebé macrosómica; y por el contrario, existiendo dentro de la Historia Clínica de la paciente el antecedente de un parto vaginal anterior de un bebé con peso semejante al proyectado en el nuevo parto, en consecuencia, resultaba razonable concluir que la paciente bien podía dar a luz mediante parto vaginal; circunstancia que no se ve enervada por el hecho de que la actora haya afirmado que se le debió practicar obligatoriamente una cesárea por haber padecido preclansia e hipertensión, ya que como se ha señalado, la propia "Guía

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

enfermedades de este tipo, sino tan solo cuando están sumadas a contraindicaciones, las mismas que no obran en su Historia Clínica, ni mucho menos han sido probadas por la actora, como corresponde a la carga de la prueba.

- II. En cuanto a la responsabilidad del médico Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala y la obstetriz Julia Elena Viza Talavera que atendieron a la actora durante el parto, se tiene que de acuerdo a la historia clínica de la demandante, se trataba de un parto distócicovaginal, siendo que de acuerdo al Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia, del año dos mil uno, vigente al momento del parto de la actora, constituye norma de procedimiento, que la atención de dichos partos se efectúe por especialista. Teniendo en cuenta ello, y del contraste con la historia clínica de la paciente correspondiente al día y hora del parto, la siguiente anotación “Producido el desprendimiento de cabeza, se produce retención de hombros +/- 30 segundos se comunica al médico Silva, quien procede a realizar extracción (...)”, así ello se desprende que pese a la obligatoria presencia del médico especialista de turno para la atención del parto, éste no se encontró desde su inicio, y sólo recién, cuando se produce la retención de hombros, acude al llamado de la obstetriz el médico de turno Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala. Lo expresado determina una actuación antijurídica por parte de ambos profesionales de la salud, pues ésta, desde el ámbito de la responsabilidad contractual que nos convoca, opera por infracción de lo dispuesto en una norma técnico-administrativa (Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia), que les impone una determinada actuación que éstos no han observado, y que importa una omisión temeraria a los deberes de diligencia debida exigibles, meritas las circunstancias, tanto por parte de la obstetriz Julia Viza Talavera que atendió el parto sin intervención del médico especialista, desconociendo el propio Manual de Normas y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

ésta ha aportado al proceso, así como por parte del médico Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, quien conociendo en su condición de médico dicho manual, no se encontró presente desde el inicio del parto, acudiendo al mismo, recién al suscitarse la retención de hombros.

- III. Precisa que sobre lo expresado por la obstetriz Julia Elena Viza Talavera como argumentos de defensa, ésta se ha circunscrito a señalar que en su condición no podía cambiar de plan de trabajo ya asignado, esto es, de parto vaginal a uno por cesárea, sin embargo, la responsabilidad que se identifica en la citada, lo es respecto al hecho de haber iniciado el parto sin la presencia del médico especialista, como dicta el Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia, aspecto sobre el cual, la aludida no ha dejado constancia en la historia clínica, de las razones o motivos que la hubieran obligado a atender a la actora sin la presencia del médico especialista. De otro lado, respecto a los argumentos de defensa del médico codemandado Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, éste ha alegado que no ha tenido ninguna participación ni conocimiento de los controles prenatales, tratamiento y/o evaluación, así como en la formulación de la historia clínica de la demandante; siendo que lo expresado no enerva el hecho de que en su condición de médico especialista de turno, no se haya encontrado presente desde el inicio del parto de la actora cuando así lo exige el Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia, entendiéndose que como parte de su actuación diligente, le resulta exigible estar al tanto a las atenciones médicas que debe cumplir, además que frente a la referencia anotada en la historia clínica de que llegó ante la emergencia de la retención de hombros, no existe anotación complementaria de las razones que hayan justificado su intervención luego del inicio del parto, como lo hubiera sido el hecho de haber estado atendiendo a otra paciente, pues nada de ello se ha dejado constancia en la historia clínica.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

- IV. Refiere que, sin perjuicio de las actuaciones negligentes identificadas en los considerandos anteriores, respecto al médico Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, es preciso hacer notar que ésta no sólo se circunscribe a que no se hizo presente desde el inicio en el parto, sino que además la técnica empleada para la extracción del bebé, no fue la más adecuada, ya que de acuerdo al informe de auditoría, la juzgadora valora como medio probatorio de oficio con arreglo a la facultad prevista en el artículo 194 del Código Civil, se ha señalado en el numeral J, “No se evidencia registro de que el Ginecólogo Obstetra halla intentado fracturar deliberadamente una o ambas clavículas, con la finalidad de facilitar la expulsión de producto evitando lesión del plexo braquial”. Y es que en efecto, de la historia clínica, obra que la técnica empleada por el médico de turno Silva Santisteban Ayala fue la de Woods invertida, sin que se haya anotado el empleo de la técnica considerada más idónea, según el informe de auditoría, de una intencional “fractura de clavícula” para favorecer la expulsión en el parto sin el riesgo de lesión sobre el plexo braquial, lo cual produce convencimiento en la juzgadora, como técnica más adecuada, al importar una fractura superable, dada la recomendación de su práctica, mientras que en el caso de la técnica aplicada de Woods, se ha producido la lesión del plexo braquial derecho de la menor, lo cual en forma evidente, hace notar que sobre este riesgo que implicaba la técnica empleada (Woods), el galeno debió preferir la que no conllevaba riesgo permanente a la salud de la menor (fractura intencional de clavícula).
- V. A partir de lo expuesto, y apareciendo de autos que la menor ALGC, hija de la actora, fue diagnosticada desde su nacimiento el veintisiete de marzo del dos mil dos con “distocia de hombro”, y que a lo largo de los años sigue padeciendo tal afección conforme al informe médico de Essalud, informe del Instituto Especializado de Salud del Niño, y el certificado médico; entonces se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

tiene de ello que se ha producido daño a la menor consistente en una lesión de plexo braquial derecho que importa retardo a su desarrollo psicomotriz (folio tres) y que es consecuencia directa de la práctica médica negligente atribuible a Julia Elena Viza Talavera y Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, por lo cual existe nexo causal entre el daño y la conducta antijurídica identificada en autos, que determina tanto un daño físico en su brazo derecho y de evidente connotación moral en la menor al verse disminuida en las funciones motrices de su brazo derecho, sin que se haya probado los conceptos que por daño emergente y lucro cesante demanda la actora al tratarse de categorías de daño patrimonial que han debido acreditarse con el correspondiente caudal probatorio, lo que no ha sucedido en el caso de autos, en donde existen boletas de gastos de los tratamientos que sigue la menor para la recuperación de su brazo derecho, u otros (daño emergente), nique por ello, se haya configurado una ganancia dejada de percibir a consecuencia del daño (lucro cesante). En ese sentido, siendo que cuando el resarcimiento del daño, no pudiera ser probado, en su montopreciso, deberá fijarlo el Juez, con arreglo al artículo 1332 del Código Civil; en consecuencia, la suscrita con valoración equitativa fija la cuantificación del daño en el monto solicitado de doscientos cincuenta mil Soles (S/ 250,000.00), bajo la consideración del daño físico que por negligencia médica, ha tenido que soportar la menor desde su nacimiento, y el daño moral que por ello le ha sido causado, habiendo debido venir al mundo en un estado óptimo de salud física en cuanto a sus extremidades superiores se refiere.

- VI. Es preciso indicar respecto a las alegaciones de los codemandados Julio Silva Santisteban Ayala y Julia Viza Talavera, en el sentido que no tienen responsabilidad por haber sido absueltos en el proceso penal que se siguió en su contra [2002-2477], que la responsabilidad penalse refiere a la violación de bienes jurídicos tutelados por la ley penal, siendo la misma ley penal la que determina la conducta generadora de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

responsabilidad penal y sus respectiva sanción, lo que es competencia de los Jueces Penales; mientras que en el caso de autos, lo que se demanda no es la responsabilidad penal de los codemandados en función a la comisión de un delito, sino su responsabilidad civil de estos codemandados, cuyo marco normativo referente es muy distinto al penal, además de tenerse presente que estos cuestionamientos ya fueron resueltos con motivo de la excepción de cosa juzgada que fuera deducida por Jorge Enrique Limo Peredo, declarada infundada y confirmada por Sala como fluye a folios ciento treinta y seis del Cuaderno N° 01196-2005-1. De otro lado, en relación al litisconsorte pasivo necesario Pedro Tenorio Santamaría, no existiendo elementos en base a los cuales imputarle responsabilidad, al haberse limitado su actuación a su condición de médico residente, que no determinó el plan de trabajo de parto ni intervino en el acto mismo de parto, corresponde declarar infundada la demanda de autos respecto de éste.

- VII.** Que en relación a la codemandada ESSALUD, se establece que el deudor para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos. Así, habiendo tenido la actora la condición de asegurada de ESSALUD, por cuya causa fue atendida en el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, corresponde que la codemandada ESSALUD, responda solidariamente por los actos culposos atribuidos a los codemandados Silva Santisteban Ayala y Viza Talavera, en quienes se ha encontrado responsabilidad, por tratarse de terceros a su cargo con evidente vínculo laboral para con ella, pues de otro modo, no habrían intervenido asistiendo el parto de la actora en las instalaciones del hospital referido.
- VIII.** Que los codemandados Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala y Jorge Enrique Limo Peredo reconviene para que se le indemnice por daño emergente que contempla los gastos del proceso y lucro cesante porque las imputaciones fueron publicadas en medios escritos,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

determinando ausencia de pacientes, agregando el reconviniente Limo Peredo, el resarcimiento de un daño moral por afectación a su dignidad y prestigio. Sin embargo, conviene recordar que a tenor de lo previsto en el artículo 1971 del Código Civil, no hay responsabilidad en ejercicio regular de un derecho, lo cual configura el marco de actuación de la actora, dado que su reclamo se justifica en la lesión del plexo braquial de su menor hija a su nacimiento, acreditada con su historia clínica, cuestiones que la habilitan a demandar el reconocimiento de sus derechos, habiendo circunscrito su actuación a su derecho a la tutela procesal efectiva, al margen o no del amparo de su pretensiones, debiéndose por ello declarar infundada las reconveniones de Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala y Jorge Enrique Limo Peredo, ya que no hay lugar a resarcir por ejercicio regular de un derecho.

5. Recursos de Apelación

- Mediante escrito de fecha diez de febrero de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil quinientos dos, ESSALUD interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que el accionar de los demandados no puede calificarse como conducta culposa, pues siempre adoptaron niveles de prevención suficientes y permitidos por la ley, ya fue objeto de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional en el Juzgado Penal.

- Mediante escrito de fecha veintidós de febrero de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil quinientos veintiuno, la demandante CYCM apeló la sentencia sosteniendo básicamente que se declare fundada la demanda también contra los demandados Jorge Enrique Limo Peredo, Walter Cabanillas Cancino y Pedro Tenorio Santamaría, debido a que la sentencia se ha basado en una valoración errónea de los hechos y la historia clínica, que demuestran el acto negligente de los demandados.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

- Mediante escrito de fecha veintidós de febrero de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil quinientos veintinueve, Julia Elena Viza Talavera, también interpone recurso de apelación contra la referida sentencia, alegando que el juzgado de origen ha basado su decisión en una auditoría médica que no fue ofrecido como medio probatorio extemporáneo ni fue actuada, ni tampoco admitida como medio probatorio de oficio; por otro lado, no se ha tenido en cuenta que en su condición de obstetrix no ha tenido el control de la paciente ni del instrumental, sino que quienes han tenido el control han sido los galenos, y en el expediente número 2022-2477 ya se ha establecido que no existe responsabilidad por mala praxis médica.

6. Sentencia de Vista

Elevados los autos a la Sala Superior, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia de vista del ocho de agosto de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil seiscientos doce, revocó la sentencia apelada, reformándola la declaró infundada. Siendo sus fundamentos más trascendentes los siguientes:

- Señala que tal como lo ha desarrollado la sentencia apelada, no existe controversia en cuanto a los hechos que han generado la imputación de responsabilidad civil, y es así que en la recurrida se reconoce que el resultado de la ecografía consigna como proyección del peso del feto un rango de cuatro kilos y ciento cuarenta y siete gramos a tres kilos y novecientos cincuenta y cinco gramos, sin que se lo haya vinculado a una macrosomía del bebé por nacer, y como antecedente existía también el parto anterior de la demandante en el que el bebé pesaba tres kilos novecientos veinte gramos; por lo que los médicos concluyeron que la actora se encontraba en condiciones para un parto vaginal.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

- Por otro lado, la demandante no ha acreditado que anteriormente haya tenido problemas en un parto en el que su hijo nació muerto, no habiendo la actora cuestionado los argumentos asumidos por el Juzgado de origen para concluir porque en la historia clínica no se diagnosticó preeclampsia ni se advirtió complicación alguna.

- Sin embargo, a criterio de este Colegiado Superior, el Juzgado de origen no ha realizado una adecuada valoración de los medios probatorios incorporados al proceso, particularmente de lo que resulta de los expedientes acompañados, que corresponden a procesos penales en los que los médicos intervinientes fueron absueltos de la imputación que se les hacía por el delito de lesiones culposas, lo que amerita una revisión delo resuelto en dichos procesos penales.

- Señala que con relación a la antijuridicidad de la conducta imputada a los demandados se permite apreciar que en la vía penal, en los dos expedientes acompañados, ya existe un pronunciamiento definitivo nosólo respecto a que los ahora demandados no incurrieron en el delito de lesiones culposas graves, sino que además, se señaló que su conducta no correspondía a una actuación negligente o a una mala praxis médica, sino que actuaron en forma correcta y el resultado se debió a aspectos relacionados con el factor de riesgo que se puede producir dentro de esa actividad y que los profesionales que intervinieron trataron de evitar en favor de la recién nacida.

- La sentencia apelada, al atribuir responsabilidad civil a la obstetriz que intervino en el parto, así como al médico especialista de turno el día de los hechos, no ha tomado en cuenta lo resuelto en la vía penal que no puede ser desconocido por la justicia civil, pues aceptar que en la vía penal se establezca que la actuación de los profesionales médico fue la adecuada, y en la vía civil se alegue que incurrieron en negligencia sería generar inseguridad y falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, por lo que habiéndose establecido ya que la actuación de los demandados fue

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

la adecuada en el momento en que se presentó la complicación, no tienen responsabilidad civil al igual que su empleadora.

- Cabe destacar que en el recurso de apelación presentado por la demandante se cuestiona el hecho de que se haya declarado infundada la demanda respecto de los médicos Jorge Enrique Limo Peredo, Walter Cabanillas Cancino y Pedro Tenorio Santamaría, sin embargo, no se indica expresamente cuál es la responsabilidad que cada uno de ellos tendría y cuáles son los medios probatorios que demostrarían su responsabilidad, teniéndose en cuenta que la actora no cuestiona el razonamiento expresado en la sentencia respecto a que la ecografía y los antecedentes de la demandante no permitía proyectar que se presentaría una complicación en el parto, y se limita a realizar apreciaciones genéricas y a incidir respecto del daño que se habría causado a su menor hija, sin embargo estando ante una conducta que no es antijurídica sino acorde a lo esperado de los profesionales demandados carece de objeto analizar si ha existido un daño que deba ser reparado.

- En consecuencia, habiéndose establecido en la vía penal de manera definitiva que los demandados actuaron observando el deber de cuidado en la intervención que realizaron como profesionales, no estando acreditado que hayan incurrido en mala praxis médica, debe revocarse la sentencia apelada y declararse infundada la demanda; siendo pertinente señalar en relación al vicio que la demandada Julia Elena Viza Talavera atribuye a la sentencia por haber valorado una auditoría médica que no había sido admitida, que si bien la misma no había sido incorporada como medio probatorio, sin embargo la misma hace referencia a un aspecto de carácter informativo y genérico que ya había sido materia de análisis en las sentencias penales a las que se ha hecho referencia, por lo que la irregularidad denunciada no tiene la trascendencia necesaria para asumir posición por la nulidad de la apelada.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

**III. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ
PROCEDENTE EL RECURSO CASATORIO:**

Esta Suprema Sala mediante resolución de fecha veinte de noviembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuarenta y uno del cuadernillo de casación, declaró **PROCEDENTE** el recurso casatorio interpuesto por **CYCM**, por las siguientes infracciones normativas:

I.- Infracción normativa de los artículos: 1969, 1670 (debiendo entenderse como 1970 del Código Civil), 1981 del Código Civil y, 15, 29 y 36 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud. Alega que la Sala Civil se limitó a invocar el artículo 1969 del Código Civil, sin hacer ningún análisis jurídico de los hechos demandados ni de la responsabilidad civil subjetiva con la objetiva y dejó de aplicar el artículo 1970 del Código Civil, que contiene la responsabilidad objetiva, que se deriva del empleo de una cosa riesgosa o de una actividad peligrosa, en cuyo caso no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, lo que incide directamente sobre la decisión negativa de la sentencia impugnada; señala que la Sala Civil, con argumentos ambiguos y tendientes a eximir de responsabilidad a los demandados, privilegió y resaltó la absolución de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud que laboran al servicio de Essalud y que fueron quienes atendieron el embarazo y parto de la recurrente (expedientes penales N° 2477-2002 y N°317-2003), sin tener en cuenta que la absolución de la acusación penal, no exonera de la responsabilidad civil a los demandados, pues se hace abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor aplicando el artículo 1970 del Código Civil (sobre responsabilidad por riesgo, invoca la Casación N° 2597-2005).

Acota que, el Juez de primera instancia en la sentencia sí realizó una apreciación y valoración de los medios probatorios incorporados y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

actuados en el proceso con abundantes fundamentos. Siendo que la Sala Civil no tuvo en cuenta los artículos 15, 29 y 36 de la Ley General de Salud N° 26842, pues en el artículo 36 reconoce la responsabilidad subjetiva de los profesionales de la salud demandados, quienes son responsables por los daños y perjuicios que ocasionaron a la recurrente paciente por el ejercicio negligente e imprudente de sus actividades, conforme se verifica de la historia clínica pese a que está desordenada, lo que acredita que no cumple con las formalidades establecidas en el artículo 29, que dispone: *el acto medio debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado*, contener las circunstancias, modo y forma de control del embarazo y parto de la recurrente, especialmente el control del desarrollo de su hija que tenía en el vientre y que realmente era macrosómica, lo cual objetivamente no aparece, porque del mismo documento se puede ver que no hubo el conocimiento informado que establece el artículo 15 de la Ley N° 26842, lo que demuestra que los profesionales de la salud y Essalud - entidad empleadora obraron con evidente negligencia, por lo que no pueden ser eximidos de responsabilidad civil.

Aduce que la Sala Civil no tuvo en cuenta el peritaje realizado a la historia clínica, que estableció la responsabilidad por la mala praxis médica que causó el daño efectivo, manifiesto e irreversible consistente en la parálisis plexo braquial a su menor hija, que debe ser indemnizada por las lesiones graves, pues los demandados autores del daño están sujetos a la responsabilidad, que se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a la recurrente y su hija. Expresa que, la Sala Civil, no ha tomado en cuenta que Essalud como entidad empleadora no puede ser liberada por la responsabilidad vicaria, pues tenía bajo sus órdenes a los demandados y el daño se produjo en ejercicio del cargo o cumplimiento del servicio respectivo,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

siendo responsable por los daños causados por los dependientes, es decir, tanto los autores directos como el indirecto son responsables solidarios civilmente frente a los daños causados a la recurrente.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

Consiste en determinar si durante la atención realizada por los profesionales médicos a la demandante en la etapa de su embarazo y posterior alumbramiento, ha existido daño pasible de indemnizar.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero: Debe señalarse, que el recurso de casación de conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia. Este recurso tiene una función nomofiláctica o de defensa de la ley, pues fiscaliza al fiscalizador, porque ejerce una función de control jerárquico y jurídico sobre la función y actuación de los Jueces inferiores, esto se manifiesta en el examen de la sentencia a las cuales tiene posibilidad de anular, lo que se trata de tener es un cuidado de la aplicación y la defensa de la ley; asimismo también tiene una función dikelógica o la justicia del caso concreto, es decir que busca la obtención de la justicia en el caso concreto dándole la protección al litigante.

Segundo: Se ha denunciado en casación la infracción normativa de los artículos 1969, 1970 y 1981 del Código Civil. Al respecto debe de mencionarse que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual se encuentran dentro de la responsabilidad civil, que tiene como fin reparar o resarcir los daños causados a terceros. En efecto, la sanción jurídica de la conducta dañosa consiste en sujetar al autor a una responsabilidad que se traduce en una obligación de indemnizar¹; se

¹ De Angel Yaguez, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Universidad Deusto-Civitas 1993, p. 13.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

crea esta institución cuando se viola el deber social y genérico de no dañar, dentro de la convivencia social, incluso aun cuando se trate de persona jurídica; siendo que los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de la responsabilidad civil cuyo núcleo gira en torno a la prevención del daño y reparación de la víctima². Debe tenerse en cuenta que en los términos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, que como se ha expresado, tienen como finalidad resarcir todo perjuicio injustamente sufrido, comparten los mismos elementos como son antijuricidad, relación causal, factor de atribución y daño.

Tercero: La responsabilidad extracontractual se origina como consecuencia del deber genérico de no causar daño a otro, en tanto que, la responsabilidad contractual se origina como consecuencia del incumplimiento de una obligación; si bien en la primera la víctima sólo debe probar el daño y el responsable, la falta de dolo o culpa conforme lo señala el artículo 1969 del Código Civil, en la segunda sólo se presume la culpa leve, por lo que la víctima debe probar el dolo, la culpa y el daño (artículo 1321 del Código acotado), entre otras; en tal sentido como se puede ver la finalidad de ambas responsabilidades es resarcir el daño sufrido.

Cuarto: En el caso de autos, debe manifestarse preliminarmente, de que el A quo en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, calificó la demanda como una de responsabilidad civil contractual, circunstancia que no ha sido cuestionado por la parte demandante, y que sólo fue cuestionado por el demandado Limo Peredo, cuando interpuso la excepción de prescripción extintiva de la acción y la de cosa juzgada, que fueran desestimadas mediante resolución número

² Cuadernos Jurisprudenciales, la Responsabilidad Civil Extracontractual. Casación N° 1312-96, Año 2, Número 13, Julio 2002, pág. 21.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

cinco de fecha diez de marzo de dos mil seis (fojas ochenta y nueve), confirmada a fojas ciento treinta y seis del cuaderno de excepciones; en tal sentido este Supremo Tribunal debe de señalar, en primer término que la Sala de mérito aplicó las normas de la responsabilidad civil extracontractual cuando este tema había quedado zanjado conforme se ha expuesto como uno de responsabilidad contractual; siendo que al momento de formular su recurso de casación, la recurrente se ha basado en normas que corresponden a la responsabilidad civil extracontractual como lo son los artículos 1969 y siguientes del Código Civil; sin embargo, teniendo en cuenta como se ha señalado en los considerandos precedentes, que la responsabilidad civil (dentro de los cuales se encuentra la contractual y extracontractual) es un todo que busca resarcir el daño ocasionado, resulta perfectamente atendible los argumentos de su recurso, máxime, si estos guardan relación con lo que se ha sostenido de manera uniforme a través de todo el proceso, no modificando la cuestión fáctica establecida, como lo prohíbe el Principio de Congruencia, ni modificando los hechos expuestos por las partes, ni se ha agregado hechos adicionales a los controvertidos; siendo esto así, se debe privilegiar los fines del proceso señalados en el artículo III del Título Preliminar y resolver la causa conforme a derecho y justicia.

Quinto: En tal sentido, este Colegiado Supremo, se centrará en el análisis de los elementos de la responsabilidad civil como un todo verificando si existió o no conducta antijurídica, si la conducta antijurídica desplegada causó o no daño alguno a la actora, si existe o no relación de causalidad entre la conducta plasmada y el daño que se alega se sufrió, así como determinar si concurren los factores de atribución.

Sexto: Teniendo, en cuenta lo expuesto precedentemente, y atendiendo a lo que es materia de casación, debe señalarse:

1. Que la Sala de mérito, ha sostenido en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de la recurrida lo siguiente: “Lo señalado

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

anteriormente con relación a la antijuricidad de la conducta imputada a los demandados permite apreciar que en la vía penal, en los dos expedientes acompañados, ya existe un pronunciamiento definitivo no sólo respecto a que los ahora demandados no incurrieron en el delito de lesiones culposas graves, sino que además, se señaló que su conducta no correspondía a una actuación negligente o a una mala praxis médica, sino que actuaron en forma correcta y el resultado se debió a aspectos relacionados con el factor de riesgo que se puede producir dentro de esa actividad y que los profesionales que intervinieron trataron de evitar en favor de la recién nacida (...) la sentencia apelada, al atribuir responsabilidad civil a la obstetriz que intervino en el parto, así como al médico especialista de turno el día de los hechos, no ha tomado en cuenta lo resuelto en la vía penal que no puede ser desconocida por la justicia civil (...)" (sic).

2. Este Supremo Tribunal no comparte dicho criterio, pues lo que se busca en un proceso penal es que se sancione al infractor de la ley penal por la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible el cual es considerado como delito, mientras que en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta pues lo que se busca es que se determine quién asume el daño ocasionado, que se encuentran reguladas por reglas del ordenamiento civil.

3. Así esta Corte Suprema, en la Casación N° 4638-0 6-LIMA, del dieciocho de julio de dos mil siete, ha sostenido en el tercer considerado de su sentencia lo siguiente: *“Que, este Supremo Tribunal a través de reiteradas ejecutorias como las recaídas en las Casaciones tres mil setecientos dieciséis - dos mil uno (Ica), quinientos setenta - dos mil tres (Junín), dos mil cuatrocientos veinte - dos mil cuatro (Lima), entre otras, ha establecido con claridad que el agraviado constituido en parte civil en la vía penal puede demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios en la vía civil, pues mientras que en el proceso penal se busca la sanción al*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

infractor de la ley penal ante la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible, en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta, pues se busca determinar quién debe asumir el daño ocasionado producto de determinada situación jurídica, siendo que el cobro de la reparación civil determinada en la vía penal no excluye el cobro de los daños y perjuicios en la vía civil; por ello, es erróneo afirmar, como lo hace la Sala Superior, que la sola constitución en parte civil del ahora demandante en el proceso penal que motiva la presente demanda indemnizatoria, pueda ser suficiente para impedir que reclame un resarcimiento adecuado en la vía civil, circunstancia que, por cierto, no limita que el Juzgador valore los hechos y las pruebas de forma razonada para efectos de establecer si corresponde al agraviado el otorgamiento de la indemnización que reclama, pero sí impide que éste emita una decisión inhibitoria, sustrayéndose de su deber de administrar justicia, por el sólo hecho de que el demandante se hubiera constituido en parte civil en un proceso penal” (sic).

4. Además los hechos ocurridos datan del veintiséis de marzo de dos mil dos, cuando se encontraba vigente el artículo 54 del Código de Procedimiento Penales, que no impedía de acudir a la vía civil luego de constituirse en parte civil en la vía penal; lo cual fue regulado después en el artículo 106 del Código Procesal Penal, vigente desde el veintinueve de julio de dos mil cuatro, el cual no resulta aplicable por el principio de temporalidad de la norma.

5. Asimismo, con relación a este punto se dedujo la excepción de cosa juzgada la cual fue resuelta en doble instancia desestimándola; en tal sentido lo argumentado por el *Ad quem* carece de base real, razón por la cual la sentencia de vista debe ser declarada nula.

Sétimo: En cambio, el A quo para declarar fundada la demanda, ha sostenido en el considerando sétimo de la apelada lo siguiente: “(...) *que de acuerdo a la Historia Clínica de la actora, a folios noventa y nueve, se*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

trata de un parto distócico vaginal, siendo que de acuerdo al Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia, del año dos mil uno, vigente al momento del parto de la actora, a folios sesenta y uno, constituye norma de procedimiento, que la atención de dichos partos se efectúe por especialista. Teniendo en cuenta ello, y del contraste con la Historia Clínica de la paciente correspondiente al día y hora del parto, consta a folios ciento dieciocho, la siguiente anotación “producido el desprendimiento de cabeza, se produce retención de hombros +/- 30segundos se comunica al Dr. Silva, quien procede a realizar la extracción (...)”, por lo que se desprende de ello que pese a la obligatoria presencia del médico especialista de turno para la atención del parto de la actora, éste no se encontró desde su inicio, y solo recién, cuando se produce la retención de hombros, acude al llamado de la obstetrix el médico de turno Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala. Lo expresado determina una actuación antijurídica por parte de ambos profesionales de la salud, pues ésta, desde el ámbito de la responsabilidad contractual que nos convoca, opera por infracción de lo dispuesto en una norma técnico-administrativa (Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia), que les impone una determinada actuación que éstos no han observado, y que importa una omisión temeraria a los deberes de diligencia debida exigibles, merituadas las circunstancias, tanto por parte de la obstetrix Julia Viza Talavera que atendió el parto sin intervención del médico especialista, desconociendo el propio Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de Obstetricia que ésta ha aportado al proceso, así como por parte del médico Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, quien conociendo en su condición de médico dicho Manual, no se encontró presente desde el inicio del parto, acudiendo al mismo, recién al suscitarse la retención de hombros” (sic); y sostiene en el considerando noveno de la misma resolución: “(...) respecto al doctor Julio Alejandro Silva Santisteban Ayala, es preciso hacer notar que éste no solo secircunscribe a que no se hizo presente desde el inicio en el parto, sino

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

además a que la técnica empleada para la extracción del bebé, no fue la más adecuada, ya que de acuerdo al informe de Auditoría de folios seiscientos setenta a seiscientos ochenta y uno, (...) se ha señalado en el numeral J, (...) no se evidencia registro de que el Ginecólogo Obstetra haya intentado fracturar deliberadamente una o ambas clavículas, con la finalidad de facilitar la expulsión de producto evitando lesión del plexo braquial”. Y es que en efecto, de la Historia Clínica, a folios ciento catorce vuelta, obra que la técnica empleada por el médico de turno Silva Santisteban Ayala fue la de Woods invertida, sin que se haya anotado el empleo de la técnica considerada más idónea, según el informe de Auditoría, de una intencional “fractura de clavícula” para favorecer la expulsión en el parto sin el riesgo de lesión sobre el plexo braquial, lo cual produce convencimiento en la Juzgadora, como técnica más adecuada, al importar una fractura superable, dada la recomendación de su práctica, mientras que en el caso de la técnica aplicada de Woods, se ha producido la lesión del plexo braquial derecho de la menor, lo cual en forma evidente, hace notar que sobre este riesgo que implicaba la técnica aplicada Woods, se ha producido la lesión del plexo braquial derecho de la menor, lo que en forma evidente, hace notar que sobre este riesgo que implicaba la técnica empleada (Woods), el galeno debió preferir la que no conllevaba riesgo permanente a la salud de la menor (fractura intencional de la clavícula) (...)” (sic); decisión que es compartida por esta SalaSuprema.

Octavo: En efecto, son hechos que están acreditados, la lesión que tiene la hija de la demandante, denominada parálisis plexo braquial en la extremidad superior derecha, ocurrida durante su parto, y que son responsables según refiere los médicos que la trataron.

Noveno: Debe entenderse como parálisis del plexo braquial como la “lesión en los nervios periféricos del plexo braquial (C5, C6, C7, C8 y T1), que afecta a la extremidad superior y sobreviene por un traumatismo producido en el mecanismo del parto. De otro modo, se puede definir

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

como la pérdida de movilidad y/o sensibilidad en el miembro superior (brazo, antebrazo o mano) causada por una lesión de los nervios del plexo braquial en el momento del parto”³. Un trastorno o lesión en el plexobraquial significa limitar o anular dichas funciones, determinando flacidez, inmovilidad (o escasa) y arreflexia (sin reflejos) de la extremidad superior, que en el caso de autos corresponde al brazo derecho de la hija de la demandante, conllevando a una atrofia de los músculos del brazo; siendo que lo que ocasionó esa condición fue el entrapamiento de los hombros del feto en el conducto vaginal denominado distocia de hombros, que es definida cuando se produce el parto de la cabeza fetal y hay resistencia para la salida de los hombros fetales, esto se origina cuando el diámetro biacromial del feto es excesivo para el estrecho superior pelviano; siendo que de acuerdo al Informe de Auditoría Médica de fojas seiscientos setenta, pudo ser superado con la fractura de las clavículas y no con un tiro de la extremidad superior derecha del feto, que originó dicha lesión, observándose un manejo errado y un proceder de impericia y poco conocimiento de las técnicas médicas más adecuadas en estos casos de bebés macrosómicos (como el de la hija de la demandante); en tal sentido se puede verificar, tal como lo ha determinado el A quo, que se han dado todos los elementos que configuran la responsabilidad civil, dado que el daño está relacionado con la lesión plexo braquial producido a la bebé, es el resultado de las conductas antijurídicas de los codemandados (tal como se ha mencionado precedentemente) exteriorizándose con ello la relación de causalidad, cuyo factor de atribución radica en el haber procedido con culpa y negligencia sin cumplir con los procedimientos y deberes a los que por su profesión están obligados a conocer y cumplir en el acto médico (culpa inexcusable); lo que se agrava cuando al momento del parto no estaba presente el médico especialista, lo cual no fue tomado en cuenta por la obstetra presente en ese momento, incumpliendo ésta con el deber señalado en el Manual de Normas y Procedimientos del Servicio de

³ https://es.wikipedia.org/wiki/Par%C3%A1lisis_braquial_obst%C3%A9trica

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

Obstetricia. En tal sentido la infracción normativa denunciada de los artículos 1969 y 1070 del Código Civil, que se encuentra en similar desarrollo, como se ha expresado anteriormente, en el artículo 1321 del Código acotado, debe ser estimada.

Décimo: Con relación a la responsabilidad de ESSALUD, la Juez de la causa, ha señalado en el considerando décimo tercero lo siguiente: “(...) *habiendo tenido la actora la condición de asegurada de ESSALUD, por cuya causa fue atendida en el Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo, corresponde que la codemandada ESSALUD, responda solidariamente por los actos culposos atribuidos a los codemandados Silva Santisteban Ayala y Viza Talavera, en quienes se ha encontrado responsabilidad, por tratarse de terceros a su cargo con evidente vínculo laboral para con ella, pues de otro modo, no habrían intervenido asistiendo el parto de la actora en las instalaciones del Hospital Almanzor*” (sic). En efecto, en el caso de autos, no se trata de la relación entre el médico y el paciente sino de aquella existente entre el médico y la institución de salud y ésta última con el paciente; siendo que los profesionales a los cuales se le ha encontrado responsabilidad prestan servicios bajo las órdenes de ESSALUD, por lo que tiene el deber de procurar y garantizar un servicio médico eficiente en el cuidado de la salud de sus asegurados; funciones que se realizaron en el cumplimiento del servicio respectivo para el cual fueron contratados, siendo así el autor directo como el indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria. En tal sentido si bien se denuncia la infracción normativa del artículo 1981 del Código Civil, que señala que: “*aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo*”; esta norma guarda similitud con lo señalado en el artículo 1325 del Código acotado, que sostiene: “*el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos culposos de éstos*”; la cual debe ser estimada.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

Décimo Primero: Con relación a la infracción normativa de los artículos 15 y 29 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, modificado por la Ley N° 29414, no resultan trascendentes para resolver la materia controvertida, siendo que si resulta trascendente la aplicación del artículo 36 de la mencionada Ley que señala que *“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”*; que es lo que se ha determinado en el caso de autos.

Décimo Segundo: Este Supremo Tribunal debe de reiterar, que la responsabilidad civil en principio es la determinación del daño, siendo que *“en los sistemas de responsabilidad civil lo fundamental es pues la reparación de los daños causados a las víctimas, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual”*⁴, teniendo en cuenta esto, es un hecho innegable que los daños ocasionados a la hija de la demandante, van a repercutir en su desarrollo tanto físico como moral, daño que se ha convertido en irreparable, no pudiéndose igualar el menoscabo a un interés patrimonial con la protección de la salud e integridad física de la persona humana, que como se ha expresado, se trata de una menor en proceso de crecimiento que indudablemente traerán secuelas en el resto de su vida; siendo que al expedirse la presente sentencia se ha privilegiado la resolución del caso en concreto con criterios de justicia.

VI. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, de conformidad con el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fecha uno de setiembre de dos mil diecisiete, interpuesto a fojas mil seiscientos veintisiete, por **CYCM**, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de fecha ocho de agosto de dosmil diecisiete, obrante a fojas mil seiscientos doce, y **actuando en sede**

⁴ Elementos de la Responsabilidad Civil, Lizardo Taboada Córdova, Capítulo IV, p. 61.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN N°4748 - 2017
LAMBAYEQUE
Indemnización por Daños y Perjuicios**

de instancia CONFIRMARON la sentencia de primera instancia, de fecha diez de enero de dos mil diecisiete, obrante a fojas mil cuatrocientos sesenta y nueve, que declaró fundada la demanda, con todo lo demás que contiene y es materia del recurso; **MANDARON** publicar la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad; en los seguidos con WECC y otros, sobre indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron. Por licencia del señor Juez Supremo Távora Córdova integra este Supremo Tribunal el señor Juez Supremo De La Barra Barrera. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.**

SS.

HURTADO REYES

HUAMANÍ LLAMAS

SALAZAR LIZÁRRAGA

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

Jrs/Csa

**PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL
SANTAPRIMERA 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 :KGAC.
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 KGAC 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 Iribarren 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. Iribarren, 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 KGAC, 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 Iribarren 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 Iribarren 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 nexa 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 nexa 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 cistorraffas 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 Constitucional¹ 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 KGAC, 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 inexecución 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 KGAC 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 Iribarren 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. Iribarren, 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 CPC⁵, 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 extracontractual⁶

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 Civil⁷ 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 culpa⁸.

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 Civil⁹, 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 riesgosos¹⁰.

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 creados¹¹.

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 postasmédicas. 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 Pericial¹², 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 anterior¹³, 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 KGAC [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. Iribarren autorizó a la médico residente Yenny Gutiérrez a que atendiera el parto (...) [ver folios 906], Y en el apartado conclusiones señalaron: (...) La paciente KGAC 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 Iribarren 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. Iribarren hubiera hecho el corte desde el principio, se hubiera evitado el presente proceso* [ver folios 1028].

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 óptimo, para el tratamiento del paciente puede ser el causante de eventos adversos¹⁴, 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 ya 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 mismo¹⁵. 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-cardiopatas.html>.

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

Sobre los agravios de la demandante KGAC.-

19.- Por otro lado, la demandante KGAC, 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 Iribarren 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 Gutierrezes 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 cistorraffias 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 Iribarren 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 KGAC el 21 de diciembre del 2008a horas 11: 20 am, **a través del servicio de emergencia**, la gestante 40 fa¹⁶ 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 mismo 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 diagnóstica 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 más 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 médico 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 acompañado¹⁸ 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 solicitud (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 víctima¹⁹. 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 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 guardiadiurna, 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 folios 1028]. 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, **episiotomías²⁰ y episiorrafias²¹**, 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 Iribarren 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 óptimo, 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 Tribunal²² (...) *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 algoal 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, el artículo 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 espiritual²³, 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 sufruto, 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 KGAC 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 Iribarren 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.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO
SALA CIVIL

EXPEDIENTE : 00464-2012-CI.
DEMANDANTE : ZAC
DEMANDADO : RAMOS TENORIO MARIA ELENA Y OTROS.
MATERIA : INDEMNIZACIÓN.

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 60

Ayacucho, 09 de setiembre de 2016.-

VISTOS; en Audiencia Pública, oído el informe oral, el expediente del rubro seguido por ZAC contra Maria Elena Ramos Tenorio, Marilú Francisca Obando Corzo y el Hospital Regional de Ayacucho; y, **CONSIDERANDO**, lo siguiente:

I.- PRETENSIÓN DE LA DEMANDA:

ZAC, mediante escrito de fojas 91 – 114, subsanada a folios 119 – 125, interpone demanda sobre indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, contra Marilú Francisca Obando Corzo, María Elena Ramos Tenorio y el Director Ejecutivo del Hospital Regional de Ayacucho, pretendiendo que en forma solidaria abonen a favor suyo y la de su menor hija fallecida, la suma de S/. 350,000.00 soles; además de la condena expresa de costos y costas procesales.

II.- MATERIA DEL RECURSO.

Viene en grado de apelación la sentencia (resolución número 36), del 07 de octubre de 2014, obrante a folios 826 – 861, mediante la cual se declaró Fundada en parte la demanda sobre Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual interpuesta por ZAC; en consecuencia, ordena cumplan los demandados María Elena Ramos Tenorio y el Hospital Regional de Ayacucho, con abonar en forma solidaria por concepto de Indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, la suma de S/. 150,000.00 soles, disgregado de la siguiente manera: daño moral (S/. 50,000.00) y daño a la persona – Proyecto de Vida– (S/. 100,000.00) soles; e Infundada la demanda respecto a Marilú

Francisca Obando Corzo, más los intereses legales que se generen hasta el momento de su pago; con lo demás que contiene.

III.- ARGUMENTOS DEL RECURSO

3.1. La demandante ZAC, mediante escrito que obra a folios 873 – 884, sustenta su recurso impugnatorio, básicamente en los siguientes argumentos:

- Que, lejos de contar con una adecuada atención médica en dicho centro de salud los demandados procedieron con una clara negligencia de sus funciones y evidente voluntad de causar daño a su persona al practicarle la maniobra de Kristeller, la misma que no se debió aplicar por estar vetada dentro del marco legal y en el ejercicio regular de una función médica. La misma que a consecuencia de ella, le extirparon el útero, le perforaron la vejiga y hasta la fecha desconoce la causa de la muerte de su hija recién nacida.
- Que, la médico Obando, luego de recibir su servicio el 15 de diciembre de 2010, a horas 06:30 am, en su condición de jefe del departamento de Ginecología; sin embargo, posteriormente se habría ausentado hasta las 04:00 am del día 15 de diciembre de 2010, sin efectuar el seguimiento, monitoreo y control del personal de salud a su cargo, menos de los pacientes que recepcionó al momento de cambio de guardia.
- Que, la demandada María Elena Tenorio Ramos, en su condición de Obstetriz y demás trabajadores asistenciales se encontraban en dicho servicio bajo el mando de la jefa del departamento de Ginecología y seguimiento del diagnóstico de trabajo de parto de todas las internadas en dicho servicio. Lo cual, la demandada Obando, en su condición de Jefa del departamento, no procedió conforme a sus obligaciones y para salvar su responsabilidad refiere que su subordinada obstetriz no le habría comunicado del estado delicado de su persona.
- Que, no existe coherencia y lógica al excluir de responsabilidad a la médico Obando, toda vez que el A quo no efectuó el análisis de si la demandada Obando se encontraba al momento que su personal (obstetriz Tenorio) venía efectuando dicha maniobra vetada y prohibida, porqué no impidió que se efectúe la misma, porqué no consignó en la documentación correspondiente de dicho acto, porqué no cumplió con sus obligaciones de Jefe de departamento de Ginecología. Asimismo, no se tuvo en cuenta la manifestación de la obstetriz y de su persona.

- Que, no se tuvo en cuenta que a su persona ni a sus familiares se les informó los motivos del porqué se le habría exigido que pujara más allá de lo debido, menos el porqué no ingresó inmediatamente a la sala de operaciones para la cesárea, así como los motivos por las que se le extirpó su útero y el motivo por el cual se le perforó la vejiga.
- Que, el daño moral debe calcularse en la suma de S/. 150,000.00, teniendo en cuenta las acciones negligentes de los demandados y su proceder abusivo que le impide la reproducción de su prole y desarrollarse como madre, así como las acciones negligentes por las cuales su hija ha fallecido y que los mismos se encuentran debidamente acreditados, con el sufrimiento, pena y angustia que su persona y su familia vienen soportando desde la fecha de los hechos y que actualmente es una mujer joven con una frustración de por vida.
- Que, respecto al daño a la persona (proyecto de vida), está referido a la vida de su hija recién nacida y a la falta de respeto de la dignidad de su persona, así como se ha vulnerado su derecho personal de desarrollar una vida tranquila y cómoda, entre otros argumentos.

3.2. El Procurador Público Regional de Ayacucho a cargo de la Defensa de los Derechos e Intereses del Estado, José Luis Alarcón Gómez, mediante escrito de folios 928 – 941, sustenta su recurso impugnatorio, básicamente en los siguientes argumentos:

- Que, la resolución recurrida fue emitida como consecuencia de una errada e inadecuada interpretación de los hechos y sin ningún fundamento fáctico ni jurídico válido, solo atendiendo a razones subjetivas, ilegales y no previstas en las normas vigentes; al mismo tiempo, conteniendo una deficiente motivación y una equivocada aplicación e interpretación de las normas sustantivas y procesales e incurriendo en crasos vicios y errores de hecho y de derecho.
- Que, se ha incurrido en crasos errores de hecho y de derecho, causando agravios y perjuicios a la entidad demandada, ya que injusta e ilegalmente y luego de una interpretación equivocada se expresa que prácticamente las normas del Código Civil del Perú que regulan las responsabilidades civiles extracontractuales deben aplicarse en el presente caso, lo cual es una aberración jurídica desde que en autos no se ha cumplido con la aplicación de las normas vigentes al caso concreto, además no se ha tenido en cuenta que la actora no ha observado ni ha

cumplido con los presupuestos y/o exigencias con las que debe contar la responsabilidad extracontractual para su trámite y/o procedencia, esto son: el comportamiento (acción u omisión), que se produzca un daño patrimonial o moral; que exista un nexo y/o relación de causalidad y la imputabilidad de la conducta (caso fortuito).

- Que, el personal de salud realizó todos los procedimientos administrativos en la atención de salud de la demandante y que ésta fue atendida de la mejor forma posible, por tanto, no existe ninguna negligencia, impericia ni menos dolo y/o culpa y tampoco pretendieron ocasionarle daños a la actora y a su menor hija, porque al contrario de sus afirmaciones, la actora fue intervenida normalmente con todos los criterios clínicos y/o médicos necesarios regulares, usuales y legales dentro del marco jurídico de ese entonces, no existiendo dolo ni culpa en el Personal Asistencial que atendió a la demandante, entre otros argumentos.

3.3. El representante legal del Hospital Regional de Ayacucho, William Francisco Espino Vergara, mediante escrito de folios 946 – 948, sustenta su recurso impugnatorio, básicamente en los siguientes argumentos:

- Que, no se ha tomado en cuenta lo establecido por la Ley General de Salud, cuando en su artículo 36° señala que los profesionales, técnicos y auxiliares son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente en el ejercicio negligente, imprudente o imperito de sus actividades, es decir, si bien en los establecimientos de salud existen errores en el ejercicio de la medicina, tanto de profesionales, técnicos, así como de auxiliares; sin embargo, dichas responsabilidades por daños y perjuicios, son exclusivamente imputables a los servidores que intervienen en la atención del paciente, no pudiendo extenderse las responsabilidades al Hospital Regional de Ayacucho.

3.4. La demandada María Elena Ramos Tenorio, mediante escrito de folios 1034 – 1041, se adhiere a la apelación interpuesta por el Procurador Público Regional de Ayacucho, sustentando dicho recurso, básicamente en los siguientes argumentos:

- Que, el A quo no ha tomado en cuenta el valor probatorio de la Historia Clínica, pese a que conforme a lo previsto en el artículo 29° de la Ley N° 26842, modificado por la Ley N° 30024, en su primera disposición final, concordante con el artículo 92° del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del

- Perú, se tiene que dicha forma de documentos tienen toda su validez legal por tratarse de un instrumento público en el que se registra de forma veraz y completa todas las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud que se ha diagnosticado, y como tal no sólo tiene validez legal sino también contiene toda la historia del tratamiento de determinado paciente.
- Que, su codemandada, al momento de los hechos, venía a ser jefa e inmediata superior de la recurrente en los servicios de hospitalización del departamento de Gineco Obstetricia del Hospital Regional de Ayacucho; por lo que en virtud del artículo 1981° del Código Civil, aquel que tiene subordinados responde por los daños causados en el cumplimiento de determinadas funciones.
 - Que, su codemandada fue quien ha realizado las maniobras vedadas de Kristeller en el abdomen de la paciente demandante, en el afán de lograr la expulsión del feto, causando lesiones no solo en el feto, sino también lesiones y petequias en el abdomen y útero de la referida paciente. Por lo que se encuentra acreditado que las lesiones que presenta la paciente, así como el fallecimiento de su menor hija se han producido por la actividad negligente de la codemandada Obando Corzo al momento de practicar la operación de cesárea y las subsiguientes intervenciones quirúrgicas que ha realizado, entre otros argumentos.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 Que, “el recurso de apelación es un remedio procesal que tiene por objeto el control de la función judicial y se funda en una aspiración de mejor justicia, remedio por el cual se faculta al litigante agraviado por una sentencia o auto, a requerir un nuevo pronunciamiento del Tribunal jerárquicamente Superior para que, con el material reunido en primera instancia y, el que restringidamente se aporte en la alzada, examine en todo o en parte la decisión impugnada como erróneamente, por falsa apreciación de los hechos o equivocada aplicación o interpretación del derecho, la reforme o revoque en la medida de lo solicitado”¹ – tal y conforme lo dispone el artículo 364° del Código Procesal Civil; precisando que si bien la extensión de poderes de la instancia de alzada está delimitada por los agravios que afectan al

¹ COSTA AGUSTIN citado por TAWIL Guido Santiago. Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia. Buenos aires. Ed. Depalma. 1990. Pag. 40.

impugnante, no es menos cierto que además se debe advertir si se ha realizado el debido proceso entre otros.

- 4.2** De la causa que nos convoca, se tiene que ZAC, pretende se disponga que Marilú Francisca Obando Corzo, María Elena Ramos Tenorio y el Director Ejecutivo del Hospital Regional de Ayacucho, en forma solidaria, abonena favor suyo y la de su menor hija fallecida, la suma de S/. 350,000.00 soles; además de la condena expresa de costos y costas procesales, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual. Para tal efecto, alega que en su condición de madre gestante, con fecha 15 de diciembre de 2010, fue internada en los ambientes del Hospital Regional de Ayacucho, en el departamento de Gineco Obstetricia, como consecuencia de los dolores de parto que sufriera por encontrarse con 09 meses de gestación. Siendo así, con fecha 16 de diciembre de 2010, aproximadamente a las 02:00 a.m. ingresó a la sala de parto, donde la hoy demandada, médico ginecóloga, Marilú Francisca Obando Corzo, le hiciera pujar a fin de que naciera su menor hija, quien al ver que los esfuerzos eran insulsos persistía con una actitud despectiva, caso contrario, la iba a cortar “de aquí hasta allá” (refiriéndose a la operación de cesárea). En tal sentido, con evidente negligencia, imprudencia, el mismo día 16 de diciembre de 2010, al perder mucha sangre, tuvo que ser intervenida, para luego enterarse de que se le había practicado dos operaciones y como resultado, se le extirpó el útero y se perforó su vejiga, no pudiendo retener su orina ni sus heces. Asimismo, con fecha 23 de diciembre de 2010, se enteró del fallecimiento de su recién nacida, quien en vida fuera Maybit Maryori Ramos Ayala, sin que se efectuó la necropsia de ley.
- 4.3** Al respecto, debemos señalar que para que exista responsabilidad civil se requiere la concurrencia de cuatro requisitos: *la antijuricidad del hecho imputado*, es decir, la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica que impone el deber de actuar de tal manera que no se cause daño a los demás; *la existencia del daño*, que puede consistir en un Daño Emergente, Lucro Cesante y Daño Moral; *la relación de causalidad entre el hecho y el daño*, es decir, debe existir una relación de causalidad adecuada que permita atribuir el resultado; y los *factores de atribución* que pueden ser subjetivos como el dolo o la culpa u objetos como en el caso de la responsabilidad objetiva².

² Casación N° 2449-2015-Callao.

- 4.4** En efecto, la responsabilidad extracontractual, implica la necesidad de definir el daño, en ese sentido, se define el daño jurídicamente indemnizable como “toda lesión a un interés jurídicamente protegido”, así el daño en términos generales se entiende como el perjuicio derivado de una lesión causada al todo derecho subjetivo en el sentido de interés jurídicamente protegido de la persona en su vida de relación. El daño se divide en dos categorías: a) patrimonial, que comprende el daño emergente que viene a ser la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y, el lucro cesante que se traduce en la ganancia dejada de percibir a consecuencia del daño; y b) extrapatrimonial, que conforme establece el Código Civil se refiere al daño moral y al daño a la persona. A su vez el artículo 1985° del Código citado dispone que el daño derivado de una responsabilidad extracontractual debe ser reparado en forma integral.
- 4.5** Ahora bien, antes de entrar a evaluar la sentencia motivo de la alzada, debemos señalar que en virtud del aforismo jurídico *tantum apellatum quantum devolutum* derivado del principio de congruencia que orienta la actuación constitucional del Poder Judicial que implica que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso, éste colegiado no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente.
- 4.6** Siendo así, *respecto a la apelación de la demandada María Elena Ramos Tenorio*, debemos señalar que –conforme a concluido el A quo y como se detallará a continuación– de autos ha quedado acreditado la responsabilidad civil de la recurrente en mención (atendiendo a la negligencia en su actuación), con respecto a los daños y perjuicios irrogados a la actora ZAC y su hija recién nacida, quien en vida fue, Maybit Maryori Ramos Ayala. En efecto, como premisa indiscutible, debemos señalar que la recurrente María Elena Ramos Tenorio, el día de los hechos se desempeñó como Obstetrix de turno del Hospital Regional de Ayacucho. En tal sentido, a folios 184 – 186, obra la Resolución Directoral N° 281-2009-GR-AYAC/DRSA/HRA-URH, del 10 de agosto de 2009, mediante la cual se

aprobó el Manual de Procedimientos Documentados del Personal Obstetrix (tra), precisándose que entre las funciones de la obstetrix en el internamiento de paciente en trabajo de parto (como el caso de la actora), se tiene: ***Evaluación de la paciente y confirmación del diagnóstico***, *evaluación de la paciente mediante control de funciones vitales, examen físico y examen obstétrico (monitoreo de frecuencia cardíaca fetal, monitoreo de movimientos fetales , tacto vaginal, etc); Detección de signos de alarma*, *Detecta en forma precoz los signos de alarma y comunica al médico de guardia si se presenta algún signo de alarma*. Ahora bien, teniendo en cuenta tales funciones, a folios 201 – 202, obra el “resumen de Historia Clínica”, donde se concluye –respecto a los eventos acontecidos el 15 y 16 de diciembre de 2010– que: “***1. El monitoreo del trabajo de parto fue inadecuado, no diagnosticándose el trabajo de parto disfuncional y no comunicándose a médico de guardia para su evaluación. 2. La indicación de cesárea se realiza en forma tardía cuando el feto ya presentaba signos de sufrimiento fetal y la paciente se encuentra agotada; 3. La cesárea se realiza en los tiempos adecuados y se produce una complicación (desgarro de ángulo) muy frecuente cuando el feto se encuentra en expulsivo; 4. El recién nacido nace con signos de asfixia severa con recuperación lenta; 5. La atonía uterina se produce como consecuencia del trabajo de parto prolongado y al no responder al tratamiento médico está indicado ocasionado por la presión que ejerce la cabeza sobre la vejiga, causando necrosis isquemia de la pared vaginal anterior y de la vejiga***” (la cursiva es nuestra).

- 4.7 En efecto, de lo señalado precedentemente, se evidencia que la recurrente María Elena Ramos Tenorio, en su condición de Obstetrix de turno en el día de los hechos, no cumplió a cabalidad con sus deberes, esto es, que actuó en negligencia, toda vez que las posteriores complicaciones tanto en la salud de la actora como en la de su menor hija, fueron motivados *por el excesivo tiempo en el trabajo de parto*, teniendo en cuenta que la actora permanecía en dicho estado desde las 06: 30 a.m. del 15 de diciembre de 2010, hasta las 4:20 a.m. del día siguiente (16 de diciembre de 2010). Dicha conclusión, se encuentra respaldada –además de lo señalado en el considerando precedente– en el Certificado Médico Legal N° 005564-RM, del 04 de febrero de 2012, practicado a la actora ZAC (folios 135 – 137), donde se concluye que *la comunicación del trabajo de parto al médico de guardia debió ser más oportuna*; asimismo, concluye en que *la Atonía Uterina se debió al trabajo de parto prolongado, agotando al músculo uterino; la Fístula*

Vesico Vaginal puede estar en relación con un trabajo de parto prolongado, en dicho caso, los pacientes experimentan salida de la orina en el lapso de 24 a 48 horas; y, que la Histerectomía post Atonía Uterina salvaguardó la vida de la paciente. De ahí que el actuar negligente de la obstetrix María Elena Ramos Tenorio, se encuentre acreditado plenamente.

- 4.8** Ahora bien, teniendo en cuenta que la recurrente María Elena Ramos Tenorio arguye que la médico Marilú Francisco Obando Corzo, tuvo también responsabilidad por ser su superior (Jefe del Departamento de Ginecología), debemos proceder a evaluar el grado de la misma atendiendo a su proceder en el día de los hechos. En tal sentido, del resumen de la Historia Clínica de folios (201 – 202), se advierte que la médico de guardia, Maruilú Francisco Obando Corzo, fue **informada** de la situación, a las **03:55 a.m. del 16 de diciembre de 2010** (pese a que la actora ingresó a horas 6:30 a.m. del día anterior –15 de diciembre de 2010– con trabajo de parto), quien realiza la maniobra de Kristeler; sin embargo, al no producirse el parto, **decide** pasar a Sala de operaciones para realizar **cesárea de emergencia**. Operación que se realizó a horas 04:20 a.m. del 16 de diciembre de 2010, conforme se tiene de la instrumental de folios 43, dejándose constancia que se procedió *sin previo aviso y con expulsivo prolongado* (trabajo de parto). Dicha operación, fue realizada con éxito, pues la menor Maybet Maryori Ramos Ayala nació con vida (con maniobras de reanimación y sufrimiento fetal), siendo derivada al área correspondiente, conforme se tiene del reporte operatorio de folios 66.
- 4.9** En tal sentido, con respecto a las posteriores operaciones, debemos señalar: *i. Respecto a la –segunda– operación por Histerectomía (extirpación del útero)*, que ésta se produjo post cesárea, por advertirse *Atonía Uterina* (término obstétrico que se refiere a la pérdida del tono de la musculatura del útero que tiene como consecuencia un retraso en la involución del útero. Es decir, el útero no "reacciona" con contracciones después de que el bebé haya nacido y la placenta se haya expulsado) y *signos de hipovolemia* (disminución del volumen total de la sangre que circula por el cuerpo), conforme se tiene del resumen de Historia Clínica. Dicha Atonía Uterina, tuvo como causa **el trabajo prolongado de parto, agotando al músculo del útero y que la Histerectomía salvó la vida de la paciente** (conforme así se ha concluido en el Certificado Médico Legal N° 005564-RM, del 04 de febrero de 2012, de folios 135 – 137), toda vez que se corría el riesgo de la muerte por hemorragia, pues el útero no reacción voluntariamente para hacer cesar

el sangrado normal de todo parto. De ahí que el actuar de la médico Marilú Francisca Obando Corzo, haya sido oportuno y nada negligente, con la finalidad de salvaguardar la vida de la actora, en las circunstancias antes descritas, conforme se tiene del reporte operatorio de folios 45. Y, *ii. Respecto a la –tercera– operación por fistula vesico vaginal* (pérdida de orina por lesión en la vejiga), debemos señalar que dicha eventualidad deviene en una **complicación del trabajo de parto prolongado**, conforme así se ha precisado en las conclusiones del resumen de la Historia Clínica de folios 201 – 202. En efecto, dicha eventualidad tiene como causa principal adquirida la complicación de una cirugía ginecológica como la Histerectomía; por lo que su aparición no puede ser atribuida a la médico Obando, toda vez que la Histerectomía practicada fue motivada por la Atonía Uterina como consecuencia del trabajo prolongado de parto. De ahí que el proceder de la médico Marilú Francisca Obando Corzo, haya sido adecuada y, por ende, sin responsabilidad alguna respecto a los eventos dañosos alegados por la actora.

4.10 Por otro lado, *respecto a la apelación del Procurador Público Regional de Ayacucho y del representante legal del Hospital Regional de Ayacucho*, debemos señalar que éstas resultan genéricas y carentes de agravios ajenos a los evaluados en los considerandos precedentes. Por lo que no amerita mayor pronunciamiento al respecto.

4.11 Finalmente, *respecto a la apelación de la actora ZAC*, debemos señalar que también se subsumen en el análisis efectuado en los considerandos precedentes. Sin embargo, debemos evaluar dos extremos alegados: *i. Respecto a que le realizaron la maniobra de Kristeler; ii. Que ni ella ni sus familiares fueron notificados y/o avisados de las operaciones realizadas, así como desconoce –a la fecha– la causa de la muerte de su menor hija; y; iii. Aumento de los montos asignados por concepto de daño moral y daño a la persona (daño al proyecto de vida)*. En tal sentido, respecto a la primera, debemos señalar que si bien del resumen de la Historia Clínica de folios 201 – 202, se advierte que la médico Marilú Francisca Obando Corzo habría efectuado tal maniobra; sin embargo, como se concluye en la misma instrumental, en el Certificado Médico Legal N° 005564- RM, del 04 de febrero de 2012 (folios 135 – 137) y los fundamentos detallados precedentemente, dicha maniobra no fue la causa de los eventos alegados como dañosos, sino, lo fue el prolongado trabajo de parto, atribuible a la demandada María Elena Ramos Tenorio. Ahora bien, respecto al segundo agravio, debemos

señalar la falsedad de tal afirmación, toda vez que a folios 180 – 181 obran las respectivas comunicaciones de las operaciones, así como los consentimientos del conviviente de la actora, Edwin Ramos con DNI N° 45257685; así como a folios 70, obra el certificado de defunción de la recién nacida Maybet Maryori Ramos Ayala, donde se consigna como causa de fallecimiento: Depresión Neonatal Severo, motivado –como ya señaló– por el sufrimiento fetal agudo motivo del prolongado trabajo de parto.

4.12 Respecto al aumento del monto asignado por el A quo por el daño moral y a la persona (daño al proyecto de vida), debemos señalar que el daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el deber de resarcir (artículo 1969° del Código Civil) solamente se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, el *daño moral*, contemplado en el artículo 1984° del Código Civil, supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas que se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico de la víctima y sus familiares. Siendo así, estando a lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta evidente el daño ocasionado a la actora ZAC, traducido en la extirpación del útero, la lesión en la vejiga y el fallecimiento de su menor hija Maybet Maryori Ramos Ayala; por lo que deben ser indemnizados considerando su magnitud y el menoscabo sufrido. De ahí que sea preciso señalar que la actora: *i.* No podrá concebir en el futuro, conforme se tiene del Certificado Médico de folios 62, toda vez que se le extirpó el útero en su integridad; aspecto éste que denota un grave e irreversible sufrimiento y dolor emocional que –lógicamente– la afecta psicológicamente a ella como víctima directa, así como a los familiares que la rodean. Por lo que su fijación en la suma de S/. 50,000.00 soles no resulta proporcional a la magnitud del daño irrogado, debiendo aumentarse proporcionalmente; *ii.* Se ve afectada por la lesión de su vejiga que –evidentemente– le traerá consigo daños emocionales al no poder retener – voluntariamente– sus necesidades fisiológicas; y, *iii.* Asume y deberá asumir emocionalmente la pérdida de su única hija Maybet Maryori Ramos Ayala, cuyo deceso fue motivado por la negligencia injustificada en el proceder de la obstetrix del Hospital Regional de Ayacucho. En consecuencia, teniendo especial consideración al primer y tercer punto, éste colegiado, en virtud de lo dispuesto en

el artículo 1984° del Código Civil, concluye en que se debe aumentar el monto asignado por el A quo con respecto al daño moral; por lo que, teniendo en cuenta la gravedad e irreversibilidad del daño irrogado a la actora y que se detalló precedentemente, se debe asignar la suma de S/. 100,000.00.

4.13 Ahora bien, respecto al *daño a la persona (daño al proyecto de vida)*, motivado por la frustración del proyecto de vida, esto es, el truncamiento de la realización de una persona, el destino de cada ser humano. En tal sentido, en el caso de autos, dicho daño se encuentra materializado en la frustración de la actora ZAC, de poder ser madre, tanto al habérsela extirpado el útero, así como al haber asumido el fallecimiento de su única menor hija Maybet Maryori Ramos Ayala. Daño que al tornarse irreversible, debe ponderarse gradualmente, toda vez que la frustración de una “vida nueva”, así como la de generar una “vida”, merecen especial protección, teniendo en cuenta que el numeral 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, ha señalado que *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”* (la cursiva es nuestra). En consecuencia, éste colegiado estima que el monto asignado por el A quo no resulta proporcional a los hechos acontecidos y al daño expuesto precedentemente; por lo que debe incrementarse en la suma total de S/. 150,000.00. Precisiéndose que el abono de la suma íntegra tanto por daño moral como a la persona (daño al proyecto de vida), deben ser asumidos solidariamente por la demandada María Elena Ramos Tenorio y el Hospital Regional de Ayacucho, en virtud de lo dispuesto por el artículo 48° de la Ley General de Salud.

V.- DECISION:

Por las consideraciones expuestas; **CONFIRMARON en parte** la sentencia apelada (resolución número 36), del 07 de octubre de 2014, mediante la cual se declaró Fundada en parte la demanda sobre Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual interpuesta por ZAC; en consecuencia, e Infundada la demanda respecto a Marilú Francisca Obando Corzo, más los intereses legales que se generen hasta el momento de su pago. Y, **REVOCARON** en el extremo que ordenó cumplan los demandados María Elena Ramos Tenorio y el Hospital Regional de Ayacucho, con abonar en forma solidaria por concepto de Indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad

extracontractual, la suma de S/. 150,000.00 soles, disgregado de la siguiente manera: daño moral (S/. 50,000.00) y daño a la persona – Proyecto de Vida– (S/. 100,000.00) soles; así, **REFORMÁNDOLA** dispusieron que los demandados María Elena Ramos Tenorio y el Hospital Regional de Ayacucho, cumplan con abonar en forma solidaria por concepto de Indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, la suma de S/. 250,000.00 soles, disgregado de la siguiente manera: daño moral (S/. 100,000.00) y daño a la persona –Proyecto de Vida– (S/. 150,000.00) soles. Sin costos ni costas. Con conocimiento de las partes. Y los devolvieron.-

S.S.

PRADO PRADO.-

BECERRA SUÁREZ.-

MURILLO VALDIVIA.-

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA CIVIL**

Exp. Nro. 07234-2008-0 (Segundo Juzgado Civil de Trujillo)

DEMANDANTE : LSNLGB
DEMANDADO : ISIDRO SÁNCHEZ DÍAZ
MATERIAS : INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO: SESENTA Y CUATRO.-

En la ciudad de Trujillo, a los ocho días del mes de junio del año dos mil veintidós, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad integrada por los magistrados: Doctora **HILDA CHÁVEZ GARCÍA**, Jueza Superior Titular en calidad de Presidenta; Doctor **DAVID FLORIÁN VIGO**, Juez Superior Titular Ponente; Doctor **JOHAN QUESNAY CASUSOL** Juez Superior Provisional quien actúa por impedimento de la Doctora LILLY LLAP UNCHON DE LORA, actuando como Secretaria la Doctora Yolanda VereauEspejo, producida la votación, según constancia que antecede, emiten la siguiente resolución.

I. MATERIA DEL RECURSO.-

Se trata del recurso de apelación interpuesto por **ISIDRO SÁNCHEZ DIAZ** contra la sentencia contenida en la resolución número **CINCUENTA Y UNO**, de fecha treinta y uno de enero del dos mil dieciocho, obrante de folios mil setenta y ocho a mil noventa y seis, que resuelve:

*"Declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** formulada por **LSNLGB** contra **ISIDRO SÁNCHEZ DIAZ**. En consecuencia se dispone que el demandado cancele a favor de la actora la suma de **S/.150,000.00 soles por daño moral**; la suma de **S/. 10,000.00 soles por lucro cesante** y la suma de **S/.10,970.74 soles por daño emergente**".*

II. ANTECEDENTES.-

2.1. Mediante escrito de folios cincuenta y dos a sesenta y uno, **LSNLGB** interpuso demanda de **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** contra **ISIDRO SÁNCHEZ DÍAZ**, a fin de que se le indemnice por responsabilidad civil extra contractual por la suma no menor a S/.250,000.00 soles, siendo S/.80,000.00 soles por

daño material y S/.170,000.00 por daño moral ocasionado y sus consecuencias.

2.2. Por resolución número **UNO**, de fecha diecisiete de noviembre del dos mil ocho, obrante de folios sesenta y dos a sesenta y tres, se **ADMITIÓ** a trámite la demanda y se efectuó su traslado a la parte demandada por el plazo de treinta días, a fin de que la absuelva, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde.

2.3. Mediante escrito de folios ciento cuarenta y dos a ciento sesenta, **ISIDRO SÁNCHEZ DÍAZ** contestó la demanda, peticionando que sea declarada infundada.

2.4. Por resolución número **DOS**, de fecha catorce de enero del dos mil nueve, obrante de folios ciento sesenta y uno a ciento sesenta y dos, se **TUVO** por contestada la demanda y se declaró la **EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL VÁLIDA** y por ende **SANEADO** el proceso.

2.5. Por resolución número **CINCO**, de fecha cinco de agosto del dos mil nueve, obrante de folios doscientos treinta y nueve a doscientos cuarenta y uno, se **FIJARON LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**, se **ADMITIERON** los medios probatorios y se señaló fecha para la audiencia de pruebas.

2.6. El once de noviembre del dos mil nueve, tal como se advierte del acta de folio doscientos cincuenta y siete, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la misma que continuó el veintidós de agosto del dos mil once, tal como se advierte del acta de folios quinientos veintiocho a quinientos treinta y siete.

2.7. Por la sentencia contenida en la resolución número **VEINTE**, de fecha veintitrés de marzo del dos mil doce, obrante de folios seiscientos ocho a seiscientos veintiuno, se declaró **FUNDADA EN PARTE** la demanda; sin embargo, al ser apelada, mediante la sentencia de vista contenida en la resolución número **VEINTICINCO**, de fecha cuatro de junio del dos mil doce, obrante de folios setecientos treinta y tres a setecientos cuarenta y ocho, fue declarada **NULA**, disponiéndose su renovación.

2.8. Así, por la sentencia contenida en la resolución número **VEINTISIETE**, de fecha veintiséis de octubre del dos mil doce, obrante de folios setecientos cincuenta y siete a setecientos sesenta y nueve, fue declarada **INFUNDADA** la demanda; decisión judicial que fue **CONFIRMADA** mediante la sentencia de vista contenida en la resolución número **TREINTA Y UNO**, de fecha trece de marzo del dos mil trece, obrante de folios ochocientos dos a ochocientos veintiséis. No obstante, por la Casación Nro. 3616-2013-La Libertad, de fecha siete de noviembre del dos mil catorce, obrante de folios ochocientos cuarenta y uno a ochocientos cincuenta y dos, se casó la sentencia de vista y por ende fue declarada nula; asimismo, se declaró insubsistente la sentencia de primera instancia, disponiéndose su renovación.

2.9. Por la sentencia contenida en la resolución número **CINCUENTA Y UNO**, de fecha treinta y uno de enero del dos mil dieciocho, obrante de folios mil setenta y ocho a mil noventa y seis, se declaró **FUNDADA EN PARTE** la demanda; no obstante, por la sentencia de vista contenida en la resolución número **CINCUENTA Y SEIS**, de fecha treinta y uno de mayo del dos mil dieciocho, obrante de folios mil ciento cincuenta y seis a mil ciento noventa y cuatro, se **REVOCÓ** la apelada y reformándola se declaró infundada la demanda.

2.10. Finalmente, por la Casación Nro. 2664-2019-La Libertad, de fecha dieciséis de diciembre del dos mil veintiuno, obrante de folios mil doscientos veintidós a mil doscientos treinta y seis, se declaró fundado el recurso de casación y por ende **NULA** la sentencia de vista, disponiéndose que renovemos el acto procesal declarado nulo. De este modo, en cumplimiento de estemandato, corresponde que emitamos pronunciamiento sobre el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primer grado contenido en la resolución número cincuenta y uno, siendo que los fundamentos impugnatorios formulados serán resumidos en el ítem siguiente.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

El demandado **ISIDRO SÁNCHEZ DIAZ**, por escrito de folios mil ciento uno a mil ciento veintiocho, impugnó la sentencia antes referida, siendo sus fundamentos esenciales los siguientes:

- a)** *"El análisis aparente del caso es realizado por la Juez a partir del punto 10 de la sentencia. En este punto, empieza analizando parcialmente las pruebas y concluye que ellas demuestran que hubo desgarro perineal de cuarto grado. Es decir, parte de premisas falsas para luego obviamente arribar a una conclusión*

falsa. Dice que en el Certificado Médico Legal Nro. 4152-G, emitido por el Institución de Medicina Legal La Libertad "(...), se concluyó que del examen efectuado a la paciente (demandante) se advierte que existe desgarro perineal que comunica la cavidad vaginal con la cavidad ano recta de la hoy demandante, cuya extensión compromete el esfínter anal externo, el canal y el esfínter anal interno hasta dos centímetros del recto. Es decir, que el médico legista José Quispe Ricci, al momento de examinar a la paciente, diagnosticó desgarro perinealde cuarto grado". Es decir, la Juez desde aquí ya hace una apreciación parcializada e insuficiente de las pruebas, toda vez que no ha tenido en cuenta que los autores de este Certificado Médico han declarado en el proceso penal que en realidad no han examinado a la paciente y que no están seguros de sus afirmaciones, perdiendo así todo valor probatorio; la Juez debió valorar las declaraciones de estos médicos en su conjunto y no sólo el certificado".

b) "En los considerandos 11 y 12, la Jueza hace una narración del contenido del Certificado Médico 4893-RM, así como de la historia clínica de la demandante, obrante a fs. 45, del expediente penal 3346-2008-15. Y en base a los contenidos de estos dos documentos concluye que existió el desgarro perineal de cuarto grado. Es otro craso error a la que arriba por no valorar las pruebas en su conjunto. En dicho certificado se recogen las declaraciones de los médicos Orlando Salazar Cruzado, Paz Solidoro, Angulo Rodríguez y Vera Quipuzco. Al respecto, la Juez no ha tenido en cuenta que estos médicos nunca realizaron una sola prueba técnica que demuestre la existencia del tal desgarro perineal, ni siquiera hicieron el tacto rectal; no aparece por ninguna parte, sus afirmaciones son meras suposiciones y la Jueza las asume como verdaderas. Tanto es así que, porejemplo, el médico Angulo Rodríguez, irresponsablemente dice "probablemente" el desgarro se habría producido al momento del parto, es decir, sólo es una probabilidad, no está seguro. Por su lado, el médico Alberto Vera Quipuzco, igualmente parte del equipo que decidió hacer la colostomía, dijo que "la paciente presentaba un desgarro perineal de cuarto grado con probable compromiso de esfínteres", nuevamente este médico no está seguro de su afirmación porque no comprobó el supuesto desgarro. Pero, más importante aún es cuando este mismo médico dijo que "no puede establecer con precisión las causas por las que se habría producido el desgarro en la agraviada, pero pudo haberse debido a una fuerza y que la episiotomía no tenía relación el desgarro". Contundente esta declaración, no precisó las causas del desgarro. Pero dice que el desgarro no tenía relación alguna con la episiotomía. Entonces, aunque hubiera existido desgarro, no hay responsabilidad de mi defendido. Una vez más la Juez incurre en parcialidad, le da plena credibilidad a las "probabilidades", y no valora de manera conjunta toda la declaración de estos médicos, estas últimas prestadas en sede penal y recogidas en la sentencia que obra en autos, fojas 427 a 452".

c) "Como para reforzar sus débiles argumentos, la Jueza, en el décimo cuarto considerando dice que el desgarramiento perineal de cuarto grado queda acreditado también con el informe del médico Borda Mederos, obrante de folios 1029 a 1031. Nuevamente incurre en error porque sólo ha valorado esta afirmación del indicado médico, y no ha tenido en cuenta que el mismo médico fue quien ordenó la realización de una Resonancia Magnética y una Sigmoidoscopia, con las que quedó contundentemente demostrado que nunca ha existido el tal desgarramiento perineal de cuarto grado en la demandante. La Jueza cierra los ojos ante una evidente realidad y deja de valorar estas pruebas, sin duda las más importantes de autos. Tal es así que las referidas resonancias de modo contundente dicen: "La porción distal del sigmoides y del recto muestran paredes conservadas, así como los planos grasos subyacentes. Las estructuras vasculares de ambas fosas son de apariencia normal, no observándose linfadenomegalias dependientes de las cadenas ilíacas (...)". Y concluye: "La resonancia magnética de la pelvis muestra las características normales de los órganos pélvicos (...)". En la ampliación dice: (...) se aprecia solución de continuidad en el esfínter anal, en el radio de las 11, con extensión al canal vaginal. El resto del canal vaginal y del recto conservan la integridad de sus paredes". Estas pruebas obran entre fs. 453 y 454 de autos, pero lamentablemente no han sido valoradas por la juez al momento de dictar sentencia, sólo se hace referencia a una afirmación ilógica del Médico Borda en relación a estas pruebas, pero ella no las analiza, obviamente porque no le conviene a los intereses de la actora. En sintonía con la resonancia magnética también está la sigmoidoscopia que también se practicó la misma actora y que también ocultó el resultado. Esta prueba le hicieron en el Hospital Guillermo Almenara y dice lo siguiente: "Inspección: orificio anal normal (...)". "Tacto rectal: esfínter anal normotónico. (...). No comunicación hacia la vagina". "Conclusión:(...) Mucosa rectal indemne, no fístulas. No se observa contraindicación para realizar reanastomosis colónica". Esta prueba obra a fs. 456 de autos, es una prueba técnica, científica pero la Jueza también cerró los ojos ante ella".

d) "El Juez Especializado Penal considera de modo contundente que no existe prueba alguna que lleve a concluir que efectivamente ha ocurrido en la agraviada un desgarramiento perineal de cuarto grado. Al respecto, pido verificar el tenor de la sentencia penal, específicamente los folios de 436 a 439 y 449 a 452. La Jueza civil, en estos autos, al dictar sentencia sólo dice que discrepa del Juez Penal; la diferencia es que el Juez Penal sustenta su decisión con una valoración conjunta de los medios probatorios, la jueza Civil solo aparenta sustentar".

e) "(...) en la historia clínica que obra entre fs. 283 a 333 de estos autos, se constata que se trató de un atención totalmente cotidiana y normal, no se presentó ningún síntoma que manifieste un desgarramiento de cuarto grado en la paciente Niño Ladrón de Guevara, no hubo dolor más allá de lo normal, no hubo sangrado profuso, no se presentó incontinencia fecal que es lo propio en caso de

desgarro perineal de cuarto grado; todo lo contrario, la paciente dijo que durante siete u ocho días había estado estreñida, lo que significa que los esfínteres sí estaban funcionando, que no hubo el tal desgarro perineal de cuarto grado, no hay otra explicación, así lo explican los especialistas. Además, en la historia clínica del 27.02.2008, no consta la razón médica por la que los médicos cirujanos (Angulo Rodríguez y Paz Solidoro) decidieron hacerla la colostomía, no consta quele hayan hecho una prueba para determinar que se trataba de un desgarro perineal de cuarto grado y en base a ello decidir por la colostomía. Como no consta nada, los médicos cirujanos trabajaron en base a su imaginación y le hicieron una colostomía innecesaria, tal como han referido los médicos Triveño Rodríguez, Alarcón Gutiérrez y Requena Fuentes”.

f) *“La Juez le da plena credibilidad a la declaración de la demandante y a la declaración de la hermana de la demandante. Declaraciones tan absurdas como que le habrían zurcido la región anal, declaración que no ha sido corroborada con ninguna prueba objetiva, pero la Jueza le da credibilidad con evidente parcialidad. Luego hace referencia a una declaración del demandado, a dos declaraciones del médico Angulo Rodríguez y a la historia clínica del 27.02.2008. Es decir, la Juez llega a la convicción de que existe responsabilidad de mi defendido con tan solo las declaraciones de la demandante, de la hermana de la demandante, supuestamente con la del demandado, la de un solo médico y la historia clínica hecha por el mismo médico Ángulo Rodríguez. Nada más insuficiente y parcializada”.*

g) *“Nuevamente se incurre en grave error en el décimo séptimo considerando, cuando cita la declaración del demandado, quien respondiendo a la pregunta del fiscal dio algunas explicaciones, y según la Juez con dicha declaración “evidencia que el desgarro se produjo durante el parto”. Como en toda la sentencia la Juez ha buscado la sin razón para responsabilidad a mi defendido, en esta Acta (fojas 164 del cuaderno de debates) mi patrocinado ha respondido una serie de preguntas, entre ellas la que cita la Juez; el fiscal la preguntó: “que ha ocasionado que se forme un desgarro y producto de ello se haya establecido una comunicación entre la vagina y el recto? DIJO: La explicación es que el daño o lesión lo haya ocasionado la cabeza del niño durante su descenso por el canal vaginal”. Para la Juez esta respuesta es autoinculpatoria, dice que con ello mi defendido reconoce que ha existido desgarro y que este se produjo durante el parto. Sin embargo, sólo cita la parte de su declaración que conviene a su propósito, y le da la interpretación que ella quiere. El hecho que mi defendido haya dado esa explicación no implica en modo alguno que esté reconociendo que ha existido desgarro perineal y menos que él sea el responsable; la deducción hecha por el Juez es una falacia, parte de una premisa falsa y obviamente su conclusión es falsa. Lo único que ha hecho, mi defendido, es dar una explicación*

general a una pregunta genérica, él no está reconociendo que sí ha existido el tal desgarro y menos que se haya originado en el momento del parto, ¿dónde consta el reconocimiento, Sra. Juez?; es solo una deducción absurda y antojadiza. Pues durante todas sus respuestas él ha negado que exista desgarro, pero eso no ha valorado. Tal es así que en la sexta pregunta el Fiscal interrogó: "si luego del parto verificó que la incisión efectuada a la denunciante había afectado órganos como el recto, la vagina, el ano y el esfínter? Dijo, que no, luego del parto yo personalmente verifiqué que la incisión efectuada no afectaba los órganos precisados, (...)." Luego, la séptima pregunta: "si es verdad que usted luego de su intervención en el parto, procedió únicamente a suturar la herida sin revisar minuciosamente que había afectado órganos vitales y le dio alta inmediatamente? DIJO: que no es verdad, ya que después del periodo de alumbramiento que es la salida de la placenta se realizó una labor minuciosa de revisión del canal del parto donde está incluido el cuello uterino y la vagina en todo su extensión, siendo que al no encontrarse ninguna lesión se procedió a reparar la episiotomía (...)". Luego aclara que él no le dio de alta, sino que fue el Dr. Amaro Castro Póemape, 24 horas después. Seguidamente respondiendo a la octava pregunta es contundente al señalar que "es falso que la incisión efectuada se haya unido la vagina y el ano". Todas estas respuestas contundentes la Jueza no las ha valorado".

h) "En este mismo considerando confronta las afirmaciones de la demandante con la del Dr. Amaro Castro Póemape, médico que le dio de alta a la demandante luego del parto; y lo curioso es que, siguiendo el mismo método de buscar la sin razón, la jueza le da credibilidad a la actora y descarta la afirmación del especialista, quien es un tercero e imparcial en este caso, a diferencia de la hermana de la actora. El Dr. Amaro Castro P. dijo en sede penal que al momento de darle de alta no había ningún desgarro ni lesión en la demandante. La Jueza le resta mérito porque según la demandante este médico no la revisó. Para la Juez, todas las afirmaciones de la demandante son ciertas. No ha tenido en cuenta que si hubiera estado con desgarro luego del parto, tenía que manifestarse los síntomas básicas e inevitables en estos casos, tal como señalan los médicos Castro Póemape y Geldres Otiniano: tenía que haber incontinencia fecal, pero no hubo, todo lo contrario, hubo estreñimiento; tenía que haber sangrado profuso, tampoco existió; y, tenía que haber intenso dolor, tampoco lo hubo porque la paciente en ningún momento manifestó tener dolor. Una vez más salta a la vista la manifiesta parcialidad de la Juez".

i) "En el décimo noveno considerando encontramos otro argumento absurdo. Parte del error de que ha existido el desgarro perineal, y que por ello se hizo la colostomía, falso, la colostomía le hicieron los médicos cirujanos (Paz Solidoro, Quipuzco y Angulo Rodríguez) sin haber comprobado con ningún examen la existencia del desgarro perineal, ninguno de estos médicos ha comprobado nada, fue una operación irresponsable, tanto que los especialistas Dr. Triveño Rodríguez

y Geldres Otiniano se opusieron a la colostomía. Y por otro lado, el Dr. Borda nunca reparó ano ni esfínteres, la Jueza no ha valorado la resonancia magnética ni la sigmoidoscopia (folios 453 a 456), pruebas científicas ordenadas por este mismo médico y donde se deja en claro que no ha existido ningún daño en la región anal y vaginal. Pruebas que tanto el Dr. Borda como la demandante las ocultaron, no fueron presentadas con la demanda, más sí el recibo del costo, pero luego fueron obtenidas por mí defendido y presentadas. Si la Jueza no hubiera estado tan parcializada, las hubiera valorado y así no le creería a ojos cerrados a la demandante y a los Dres. Borda y Angulo Rodríguez”.

j) "Por lo demás, el monto otorgado por concepto de daño moral no tiene el mínimo sustento probatorio, muy deportivamente, en el punto 29, lo fija en S/.150,000.00, así de sencillo, no ha hecho ningún análisis del supuesto daño, pues, aun cuando fuese daño moral tiene que existir sustento, tiene que haber una valoración probatoria de ciertas circunstancias y hechos evidentes que dañen los sentimientos de una persona. Nada de este ha ocurrido”.

IV. FUNDAMENTOS DE LA SALA.-

Antes de realizar el análisis de los recursos de apelación, es necesario que este colegiado precise algunas instituciones jurídicas que serán de aplicación para resolver las pretensiones impugnatorias.

4.1. En cuanto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva

- 1.** Es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (Juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso (entiéndase un proceso regular revestido con las mínimas garantías para los justiciables) como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.
- 2.** El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende necesariamente obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el Juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello; es decir, este derecho

supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, **siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas**, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas.

3. En nuestra legislación, este derecho lo tenemos regulado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política, que señala: **"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"**. Asimismo, en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, prescribe: **"Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso"**. De igual modo, en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece: **"En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso"**.

4. A la tutela jurisdiccional efectiva, debemos relacionarlo con la finalidad de todo proceso, establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que preceptúa:

"El Juez deberá atender que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia".

4.2. En cuanto a la Responsabilidad Civil.-

5. En nuestro sistema de responsabilidad civil (sin distinguir aún entre responsabilidad contractual o extracontractual) rige la regla según la cual el daño debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al daño emergente y lucro cesante; y, daños extrapatrimoniales, al daño moral, daño a la persona y daño al proyecto de vida. De lo expuesto, se desprende que existirá responsabilidad civil si previamente existe un daño; por ende, el daño se constituye como el elemento común de ambos regímenes, ya que no se puede hablar de responsabilidad contractual o extracontractual, sin su existencia.
6. No obstante lo señalado, en todo análisis de la responsabilidad civil, se debe tener en consideración la verificación de sus cuatro elementos configuradores: la antijuridicidad, el daño, la relación causal y los factores atributivos de responsabilidad. Así, tenemos que: La **antijuridicidad**,

implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico, recogiendo en ésta, a los hechos antijurídicos como son: los hechos ilícitos, los hechos abusivos y los hechos excesivos. El **daño** o *laedere*, entendido como todo detrimento o menoscabo a un interés (*en el caso del sistema de responsabilidad civil extracontractual, a un interés general de "no verse dañado por nadie" que es el correlato del "alterum non laedere" o "deber jurídico de no causar daño a nadie"*) jurídicamente tutelado. Este daño requiere cumplir ciertos requisitos para efectos de su indemnización: a) que exista certeza de su existencia (una certeza lógica y una certeza fáctica); b) que no haya sido indemnizado antes; c) debe existir una relación diádica, esto es una relación entre un sujeto "supuesto responsable" determinado y una "supuesta víctima", también determinada, y d) que sea injusto. La **relación causal**, que es de vital importancia porque permite determinar entre una gama de hechos vinculados a la verificación del daño cuál es el "hecho determinante del daño" (determinándose al causante o responsable material) lo que acercará al "supuesto responsable jurídico del daño". El **factor atributivo** de responsabilidad, entendido como el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable; este traspaso del peso económico del daño, como expresión de la función "redistributiva" de la responsabilidad civil.

4.3. Facultad del órgano de segunda instancia.-

7. La garantía constitucional de la instancia plural, prevista en el inciso 6) del artículo 139 de nuestra Constitución Política, impone al Órgano Jurisdiccional Revisor el deber de pronunciarse obligatoriamente sobre la forma y el fondo del proceso judicial que se ha remitido en apelación; sin embargo, de no existir alguna situación de manifiesta nulidad en el proceso, la instancia superior deberá limitar su conocimiento de acuerdo a las reglas y principios de la etapa de impugnación, entre los cuales se encuentra -como uno de los más importantes- aquel principio que delimita el conocimiento del Órgano Superior a los términos y condiciones estrictamente contenidos en la impugnación presentada, denominado por la dogmática procesal como principio del llamado efecto parcialmente devolutivo "**tantum devolution quantum appellatum**", en cuya virtud el órgano superior debe reducir los límites de su revisión a las únicas cuestiones promovidas en el recurso materia de apelación.

8. El principio de la limitación recursal es considerado por el Magistrado Vergara Gotelli en su Fundamento de Voto emitido con motivo del Expediente Nro. 05178-2009-PA/TC, de la siguiente manera:

11. La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, conocido como "Tantum Apellatum Quantum Devolutum" (...) que significa que el órgano revisor al resolver la impugnación debe pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso (...). Significa ello que el Tribunal revisor sólo puede conocer y decidir aquellas cuestiones que ha limitado la impugnación del recurrente; en consecuencia (...) no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente.

9. Este principio -en cuanto a la impugnación de sentencias- ha sido recogido por nuestro Código Procesal Civil en el artículo 370, que establece: *"El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido o sea un menor de edad. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa";* dispositivo que debe ser concordado con el artículo 366 del mismo código adjetivo, que prescribe: *"El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria".*

4.4. Respecto a lo ordenado en la Casación Nro. 2664-2019-La Libertad.-

10. Advertimos que la Casación Nro. 2664-2019-La Libertad, de fecha dieciséis de diciembre del dos mil veintiuno, obrante de folios mil doscientos veintidós a mil doscientos treinta y seis, declaró fundado el recurso de casación formulado por la demandante **LSNLGB** y en consecuencia declaró **NULA** la sentencia de vista de fecha 31 de mayo del 2018, ordenándose que esta Superior Sala emita una nueva resolución, de acuerdo a lo resuelto en la casación.

11. Así, la conclusión arribada en la citada conclusión, y que será materia de análisis en este caso, además de resolver los cuestionamientos impugnatorios formulados por la parte recurrente, fue la siguiente:

"Quinto. Conclusión

5.1. Los puntos controvertidos en este proceso consisten en saber: **a)** Si hubo desgarro perineal; **b)** Si ese desgarro ocurrió debido a la intervención quirúrgica del demandado en la Sala del Hospital Belén de Trujillo o fue producto de la intervención de otros médicos; y, **c)** En su caso, si corresponde otorgar indemnización. Tales puntos están expuestos en la página 239 del expediente.

5.2. Así las cosas lo que corresponde es **responder dichas interrogantes de manera categórica**, sin que se pueda generar duda sobre lo que se decide o anotar insuficiencias en la motivación. Para evitar ello deberán analizarse y confrontarse las pruebas respectivas, explicando a detalle las razones por las que se considera de mayor valor unas que otras, haciendo, en su caso, uso de las presunciones legales respectivas, todo ello atendiendo a la inversión de la carga de la prueba prescrito en el artículo 1969 del Código Civil".

4.5. Análisis del caso concreto.-

12. Debemos empezar señalando que la señora Jueza de instancia, para declarar fundada en parte la demanda, fundamentó su decisión básicamente en los siguientes considerandos de la resolución materia de apelación (Nro. CINCUENTA Y UNO):

"Episiotomía con desgarro de cuarto grado: 9.- Para determinar si en el presente caso la demandante presentó un cuadro de episiotomía con desgarro de cuarto grado, resulta necesario tener en cuenta que "episiotomía" significa cortar o seccionar el área vulvar o perineo durante el parto para prevenir una mayor lesión materna o fetal, según el autor Garry Frisoli (conforme se aprecia del documento que obra a fojas 103 y siguientes). El mismo autor señala: Los desgarros perineales pueden clasificarse de acuerdo a las estructuras afectadas. En los desgarros de primer grado, se desgarran la piel y la mucosa vaginal, pero no las fascias ni músculos. Los desgarros de segundo grado abarcan fascias y músculos pero no el esfínter rectal. La lesión de tercer grado comprende el esfínter externo y el desgarro del cuarto grado incluye la mucosa rectal. 10.- En el presente caso, según el Certificado Médico Legal No. 4152-G emitido por el Instituto de Medicina Legal La Libertad, el 15 de abril del 2008, se concluyó que del examen efectuado a la paciente (demandante) se advierte que existe desgarro perineal que comunica la cavidad vaginal con la cavidad ano rectal de la hoy demandante, cuya extensión compromete el esfínter anal externo, el canal y el esfínter anal interno hasta dos centímetros del recto. Es decir, que el médico legista José Quispe Ricci, al momento de examinar a la paciente, diagnosticó desgarro perineal de cuarto grado. 11.- Que, en el Certificado

Médico 4893-RM su fecha 05 de mayo del 2008 se analiza la situación clínica de la paciente, mediante la copia fedateada de la historia clínica 751186 del Hospital Belén de Trujillo; Ilegándose a determinar en dicho documento lo siguiente: **a.** La existencia de un parto eutócito con episiotomía media lateral derecha atendido por el doctor Isidro Sánchez. En la hoja de evolución médica y tratamiento suscrito por el doctor Isidro Sánchez Díaz se refiere leve dolor en episiorrafía afrontada evolución favorable. **b.** En la hoja de historia gineco- obstétrica de fecha y hora de ingreso 26 de febrero del 2008 a las trece y cincuenta pm, suscrito por el doctor Orlando Salazar Cruzado, se precisa que la paciente no defeca hace una semana, tiene dolor para sentarse, refiere que notadeposición que sale por la vía vaginal con mal olor. Se evidencia episiotomía medial lateral derecha dehisciente en toda su extensión, esfínter anal en su porción anterior totalmente separado, diagnosticándole desgarro perineal de cuarto grado, disponiendo su hospitalización en ginecología con interconsulta a cirugía general. **c.** En la hoja de reporte operatorio suscrito por el Dr. Paz, Angulo y Vera, se describe como diagnóstico operatorio el desgarro perineal, practicándole una colostomía mas la creación de fístula cutánea con separación parcial de colon de la pared abdominal, cortando fascia de told creación de colostomía, con incisión de pared abdominal. **d.** **Apreciación médico legal:** **d.1.** Los peritos médico legales precisan en este extremo que, la información científica actualizada recomienda que toda mujer con parto vaginal y episiotomía deba tener un examen vaginal y rectal antes de ser suturada para detectar desgarros aislados u ocultos. También se recomienda que tras el partoy alumbramiento se proceda a la revisión del canal de parto y si se ha realizado la sutura de la episiotomía. **d.2.** En la historia clínica no hay datos sobre examen rectal (tacto rectal durante la episiotomía ni durante el parto). **d.3.** Episiotomía media lateral derecha con dehiscencia de episiotomía y desgarro perineal de cuarto grado. **12.-** Mediante la historia clínica de la demandante, que obra adjunto al expediente penal judicial signado con el número 3346- 2008-15, se observa a fojas 45, la Historia Gineco-obstétrica de emergencia, en la cual se ha consignado que con fecha 26 de febrero del 2008, siendo las 13.50pm, la recurrente acudió al Hospital Belén, indicando: no defecar desde la fecha del parto (18 de febrero del 2008), tener dolor para sentarse, escalofrías, sensación térmica alta y que hace un día nota deposición que sale de la vagina con mal olor, por eso fue a emergencia. En este documento, se dejó constancia (luego de practicar el examen) de las siguientes evidencias: Episiotomía media lateral derecha dehisciente en toda su extensión, esfínter anal en su porción anterior totalmente separado, pared rectal con solución de continuidad en su línea media de más o menos 1.5. a 2 cm. Ampolla rectal ocupada por heces. Impresión: desgarro perineal de cuarto grado: Plan: paciente ha sido evaluada con el equipo de cirugía presidido por el Dr. Carlos Paz, Miguel Angulo y Dr. Vera, concluyen que paciente debe ser hospitalizada en cirugía de mujeres para la respectiva reparación quirúrgica. **13.-** Así las cosas, se tiene que mediante

ambos documentos (descritos) se logra determinar que con fecha 26 de febrero del 2008, la demandante acudió al Hospital Belén presentando un cuadro de desgarro perineal de cuarto grado, pues tal fue la conclusión de los médicos Dr. Carlos Paz, Miguel Angulo y Dr. Vera, lo cual motivó la decisión de intervenir a la paciente y realizarle una colostomía. 14.- Otro medio de prueba en el cual se acredita que la demandante presentó un cuadro clínico de desgarro del cuarto grado, es el informe que obra a fojas 1029 a 1031, emitido por el médico Luis Borda Mederos, quien señala que atendió a la paciente, hoy demandante, a fin de realizar la reparación del recto, ano, vagina y piso pélvico, pues presentaba un desgarro de cuarto grado, atendiéndola luego de cuatro meses con posterioridad al inicio del problema de salud. Por lo cual no cabe duda que la demandante presentó un cuadro de desgarro perineal. **Determinación del momento en el cual se produce el desgarro del cuarto grado:** 15.- Valorando en forma conjunta los medios de prueba aportados, en el presente caso, se ha logrado determinar que el cuadro de desgarro perineal de cuarto grado, presentado por la demandante se realizó en el momento del parto, por los siguientes: - **Declaración de demandante, su fecha 26 de febrero del 2008**, que obra en la historia clínica (fojas 27 del incidente 3346-2008-15), en dicha oportunidad refiere que en el momento del parto le hicieron un corte pero aun así sufrió desgarro, por lo que tuvieron que hacer reparación. Ella también refiere que sintió que pusieron puntos en región anal pero dice sólo fue externamente. También señala que tuvo dolor leve tipo punzada constantemente en región perineal que le impedía permanecer sentada mucho tiempo, empezó a lavarse en zona perineal con agua de manzanilla y aplicarse multimisín, caminaba poco y la mayoría del tiempo permanecía acostada en cúbito lateral. No podía ir al baño debido al dolor antes descrito y por temor a que la herida se abra. Acudió a realizarse su baño diario y observó presencia de deposición en la zona vaginal. - **Declaración del demandado**, que obra a fojas 164 del cuaderno de debate 3346-2008-25, de fecha **19 de marzo del 2008 (casi un mes de sucedido los hechos)**, a la pregunta número doce: Para que diga: Que ha ocasionado que se forme un desgarro y producto de ello se haya establecido una comunicación entre la vagina y el recto. Dijo: La explicación es que el daño o lesión lo haya ocasionado la cabeza del niño durante su descenso por el canal vaginal. A la pregunta número trece diga: si al momento del parto verificó alguna patología del riesgo para que ocurriera el desgarro. Dijo: Si, se evidenció la presencia de paquetes varicosos, hemorroidales (hemorroides) de segundo grado a nivel del orificio anal, y ello puede haber dado lugar que se manifieste en forma objetiva una lesión tipo desgarro perineal. - **Declaración testimonial de JCNLG**, citada en sentencia penal, a folios 673 del cuaderno de debates 3346-2008-25; Refirió que el día 24 de febrero, su hermana fue al baño pero no podía defecar. Sentía que algo se lo impedía. Ese día la agraviada la llamó asustada, la revisó en la cama y vio algo que no era normal, como si el

ano estuviera zurcido, se lo dijo a su hermana y a su mamá pero no le creyeron mucho. Al día siguiente, cuando su hermana se estaba bañando la llamó asustada, le dijo que le habían salido heces por la vagina. Hizo que su hermana se acueste en la cama para observar y vio que todo era una sola cavidad, no vio heces en la herida. - **Declaración testimonial del médico Miguel Humberto Angulo Rodríguez**, citada en sentencia penal, a folios 670 del cuaderno de debates 3346-2008-25; Refirió que integró el equipo de interconsulta y que a pedido del doctor García Angulo verificaron que la región perineal de la paciente había una zona con bastantes secreciones vaginales, fecales y de la misma herida y luego de hacer la limpieza se apreciaba una comunicación entre la vagina y el recto, los hilos de la sutura se habían separado y la paciente presentaba un desgarro perineal de cuarto grado que probablemente se había producido al momento del parto y que comprometía los esfínteres internos, externos y parte del recto. - **Declaración a nivel de fiscalía del médico Miguel Humberto Angulo Rodríguez**, que obra a fojas 190, su fecha 9 de agosto del 2008, en el cual señala a la pregunta Diga: puede suceder que aun efectuada la episiotomía puede devenir luego un desgarro perineal en la paciente. Dijo: Claro, al haberse efectuado mal la episiotomía, como es el caso de la paciente, quien presentaba desgarro en la parte central de la vagina, y la episiotomía estaba en el lado derecho. Diga porque motivo habría presentado el referido desgarro central la paciente. Dijo: por una mala práctica obstétrica. - **Historia Clínica** que se encuentra en el incidente 3346-2008-55, a fojas 47 se aprecia que el día **27 de febrero del 2008**, se dejó indicado que el motivo de la transferencia a Cirugía General fue: paciente de parto eutócico el 18 de febrero del 2008, a quien se le realizó episiotomía media lateral derecha sufriendo desgarro **a pesar de todo de cuarto grado**, realizándose episiorrafía. 16.- Así las cosas, analizando la declaración de la demandante, apreciamos que ella da cuenta de su estado de salud y describe con precisión el procedimiento al que fue sometida en el proceso de alumbramiento. Pues manifiesta: **a pesar de que hubo un corte, pero aún así hubo desgarro, tuvieron que coser para hacer la reparación**, esto evidencia que tenía conocimiento de lo que se le había practicado y muy probablemente esto se debió a que según el Protocolo que obra en autos a fojas 128 (rubro actividades : el personal que atiende el parto deberá explicar a la madre los procedimientos que van a realizar o que realizan), fue informada por el médico demandado, de otro modo no existe otra explicación de la forma cómo ella llegó a conocer lo que había sucedido con tanta seguridad (en el sentido de que hubo corte y también **desgarro**); más aún si no existe evidencia de que haya concurrido a otro centro hospitalario a fin de que le informen sobre su estado de salud antes del día 26 de febrero del 2008 en el que se acercó al área de emergencia del Hospital Belén. Mediante la declaración de la demandante (que se cita en la sentencia penal de fecha 22 de julio del 2010) que obra a fojas 672 del cuaderno de debate, se corrobora que ella tenía conocimiento, por propia

indicación del médico demandado, respecto de lo que se le estaba practicando en su alumbramiento pues indica: Después del parto todos se fueron. Solamente se quedó el doctor Isidro Sánchez para suturar el corte que le había practicado. Le dijo que le iba hacer un examen al recto y que era normal. Lo cual se corrobora que había una comunicación médico paciente durante el proceso del alumbramiento, corte y sutura; y por lo tanto evidencia que el desgarro se produjo en esta etapa, a pesar de que en la sentencia (fojas 666 del cuaderno de debates) al hacer referencia a la declaración del acusado (ahora demandado) indicó que en esos momentos no hubo tiempo de explicarle a la paciente el procedimiento que se le tenía que practicar, se trataba –según aclaró– de una cirugía menor que si fue consignada en el reporte operatorio; toda vez de que no existe otra forma de cómo ella se halla enterada de lo sucedido con tanta precisión y corroborado con los médicos que le diagnosticaron el desgarro de cuarto grado. 17.- Respecto a la declaración fiscal que realizó el demandado el 19 de marzo del 2008 (casi al mes de haber asistido a la demandante en su proceso de parto), que obra en el cuaderno de debates (fojas 164), se aprecia que reconoce la existencia de desgarro y según la opinión misma del demandado, fue ocasionado por la cabeza del niño durante su descenso por la cavidad vaginal, incluso justifica que dicha circunstancia pudo haber sido ante la presencia de paquetes varicosos hemorroidales de segundo grado a nivel del orificio anal, cuadro clínico que se corrobora en la hoja de la historia clínica que obra a fojas 27 (3346-15), en el que da cuenta como enfermedad patológica antecedente: hemorroides, tratamiento con hemorrodil. Con lo cual evidencia que el desgarro se produjo durante el parto. 18.- La declaración de la hermana de la demandante, que no fue tomada en cuenta en instancia penal, es ilustrativa en el sentido que refiere haber **"visto algo que no era normal, como si el ano estuviera zurcido"**, lo que implica que habiéndose producido el desgarro de cuarto grado, el demandado efectivamente suturó hasta el ano, sin hacer la reparación debida. Finalmente, se corrobora todo esto, con la declaración del médico Miguel Humberto Angulo Rodríguez, integrante del equipo de interconsulta, que verificó y observó la región perineal de la demandante, quien afirmó: probablemente el desgarro se había producido en el momento del parto. Concediéndole valor probatorio a la declaración de este profesional, no solamente en mérito a lo antes expuesto (declaraciones de ambas partes procesales), sino porque conforme a la historia clínica a fojas 51 (incidente 3346-2008-15) formó parte del equipo de cirugía que examinó a la demandante y tomó la decisión de realizar la colostomía. Por lo cual todo nos lleva a concluir que el desgarro perineal de cuarto grado que presentó la demandante, se realizó durante el parto, y a pesar de ello el demandado no realizó la reparación debida y menos anotó en la historia clínica lo sucedido, otorgándole un tratamiento como si se tratara de una episiotomía media lateral derecha. Y si bien el médico Amaro Castro Poémape, quien dio de alta a la demandante, refirió (conforme se advierte en la sentencia penal que

obra a fojas 673 del cuaderno de debate 3346-2008-25) que no había ningún desgarro ni lesión en la demandante; esta declaración se contradice con lo que declaró la actora por cuanto ella indicó que el médico que le dio de altasolamente le preguntó si le dieron ganas de ir al baño, pero no la revisó (citada en la sentencia penal fojas 672 del cuaderno de debate 3346-2008-25). 19.- Que, como consecuencia del desgarro perineal de cuarto grado que padeció la demandante, los médicos cirujanos Paz y Angulo realizaron una colostomía (Incisión de pared abdominal, apertura de fascia, sección de colon) conforme al procedimiento detallado en el folio 51 de la historia clínica que obra incidente 3346-2008-15. Operación que se dio con motivo del desgarro, considerando además que el médico Borda, quien hizo la reparación de los esfínteres, en el informe de folios 1030 del presente expediente, indicó que tratándose de un desgarro de cuarto grado, la realización de la colostomía se encontraba justificada para prevenir infecciones y preparar a la paciente para una cirugía posterior. Por lo cual corresponde tener en cuenta que efectivamente la demandante tuvo desgarro perineal de cuarto grado, a pesar de ello el demandado suturó, otorgándole un tratamiento médico como si se tratara de una episiotomía media lateral, tampoco dejó indicado sobre el desgarro en la historia clínica, todo lo cual motivó la colostomía a la paciente. **Medios de prueba aportados por el demandante:** 20.- Al absolver el traslado de la demanda, el emplazado, presentó los siguientes medios probatorios: - Informe Final 005-2008-GRL-GR/GS-HBT-CPPAD, de fecha 4 de noviembre del 2008, que obra a folios 68; el mismo que concluye por mayoría en que no hubo negligencia en la atención médica brindada por el Dr. Isidro Sánchez Díaz. Respecto al cual, es criterio de este Despacho no otorgarle valor probatorio al no encontrarse sustentado y no explicar de modo objetivo los motivos por los cuales se absuelve al demandado. - Resolución del Consejo Regional I No. 102- 2008-CRI, de fecha 24 de octubre del 2008, mediante el cual resuelve declarar no ha lugar abrir proceso ético disciplinario al demandado. Tampoco causa convicción por no indicar de manera específica el motivo por el cual se decide no abrir proceso disciplinario. - Los Informes de los médicos: **Víctor Requena Fuentes de folios 73 a 76** (no analiza la historia clínica pues no cita ninguna página de la historia clínica de la demandante, sólo comenta la bibliografía que el mismo cita); **Alfredo Triveño Rodríguez de folios 79 a 82** (tampoco realiza un análisis exhaustivo de la historia clínica de la demandante, y solamente se hace referencia a la historia de la demandante en el sentido de que no se registró una descripción detallada de qué estructuras anatómicas estaban lesionadas en el desgarro perineal post parto, por tanto no se puede asumir que estructuras estuvieron comprometidas; ante lo cual corresponde indicar que el hecho de no registrarse en la historia clínica la existencia de estructuras lesionadas, no implica que en la realidad no hayan existido. Por lo cual, es criterio de la suscrita calificar este informe como uno de motivación aparente, pues no otorga un sustento fáctico ni científico); **Ricardo Alarcón**

Gutiérrez de folios 83 a 87 (En dicho informe se llega a la conclusión de que el demandado no fue el causante del desgarro perineal de cuarto grado ni de la dehiscencia de la episiorrafia, sin embargo del contenido del informe señala (a fojas 86) que: la progresión de la infección se dio desde el ano y su mucosa a través de la episiorrafia, a continuación realiza cita bibliográfica de los factores de la infección y concluye que la comunicación de la cavidad rectal con la cavidad vaginal fue producto de infección y no de la mano del médico; ante lo cual corresponde advertir, que en la historia clínica, en ningún extremo se indicó que la infección ocasionó el desgarro, advirtiéndose además una motivación aparente que no da cuenta con argumento convincente lo sucedido en el caso de autos;

Fredy Paredes Villanueva de folios 88 a 91 (quien señala en su informe que pudo ocurrir una lesión inadvertida durante la atención del parto, solo especula porque indica que en la historia clínica no existen datos sobre los detalles de los planos anatómicos que involucró la episiotomía media lateral derecha y su reparación, de modo que solo se puede especular. Por lo cual, ninguno de estos informes causan convicción al ser apreciaciones muy generales y sin analizar en forma específica detalles del caso en concreto, y como lo indicó el último de ellos, éste realizó una especulación por no existir datos en la historia clínica. - Oficio 164-2008-GR-LL-GRDS/DRSP-HBT-D.GO su fecha 25 de setiembre del 2008, el cual está dirigido al Presidente del Cuerpo Médico - Hospital Belén de Trujillo, en el cual se concluye que la atención médica del demandado fue la correcta en el caso concreto, y que el resultado fue modificado por factores inherentes a la paciente presentando como complicación post parto un desgarro perineal del IV grado por infección, con dehiscencia de episiorrafia en el octavo día de puerperio.

Sin embargo, de la lectura de la historia clínica no se describe que el desgarro fue como consecuencia de una infección, lo que desacredita este medio probatorio. - Sentencia de fecha 22 de julio del 2010 (emitida en instancia penal), que obra a fojas 673 del cuaderno de debate 3346-2008-25, el A quo absolvió al demandado de la acusación fiscal, por los argumentos ahí expuestos y principalmente porque no existe evidencias de que se haya producido el desgarro perineal del cuarto grado al momento del parto; criterio que no es compartido por la suscrita en mérito al examen de las pruebas que corren en autos y que han sido consignadas en los considerandos anteriores, más aún si el juez penal no tuvo en cuenta la declaración del demandado (antes citada y analizada en la presente resolución), aparte de ello, el juez penal (en sentencia, específicamente a fojas 682 del incidente 3346-2008-25) justifica que: en la historia clínica no aparece registrada las razones que motivaron la decisión del demandado para efectuar la episiotomía, pues según su criterio no aparece espacio en el formato para consignar las causas sino únicamente un casillero para marcar si se hizo o no la operación. - Informes emitidos por RESOMAS que obran a folios 453-454, de fecha 02 y 05 de agosto del 2008, es decir, aproximadamente seis meses después de ocurridos los hechos que hoy se cuestionan; sin embargo el médico

Borda señaló en su informe (fojas 1029-1031) que respecto a la resonancia de fecha 02 de agosto del 2008 se hace referencia a la estructura anatómica de los órganos pélvicos y en la resonancia magnética de fecha 05 de agosto del 2008 se confirma el motivo de la reparación quirúrgica del recto, ano, vagina y piso pélvico de la paciente, con lo cual queda descartada la aseveración del demandado en el sentido de que no hubo desgarró conforme lo indica en su escrito de folios 459 a 466. - Datos de atención médica por consultorio, de fecha

26 de mayo del 2009 (casi un año después de los hechos), que obra a folios 456, se hace referencia a mucosa rectal indemne no fístulas, y según el demandado es prueba de que nunca existió daño, sin embargo, esta consulta se realizó cuando la demandante ya había sido intervenida quirúrgicamente por el doctor Borda, quien reparó la zona dañada por el desgarró perineal del cuarto grado. Por lo cual tampoco causa convicción lo alegado por el demandado al presentar este medio probatorio. **Análisis de pruebas según lo dispuesto en la Casación 3616-2013, su fecha 7 de noviembre del 2014, emitida en autos:**

21.- Como se ha indicado en los considerandos anteriores, mediante **la Casación 3616-2013, su fecha 7 de noviembre del 2014, la misma que obra a folios 841**, los jueces supremos ordenaron que se emita nuevo fallo, analizando los certificados médicos que obran de folios 4 a 10, concordándose con la historia clínica corriente a fojas 173 y 228 354 y los actuados corrientes de fojas 170 a 216 consistentes en la hoja de filiación de paciente hospitalizado, declaraciones a nivel policial de Miguel Humberto Angulo Ramírez, Edilberto García Angulo, Tomás Paz Solidoro y declaraciones testimoniales presentadas en audiencia única efectuada. 22.- Respecto a los certificados médicos legistas que obran de fojas 4 a 10, de fecha 15 de abril del 2008 y 05 de mayo del 2008; se aprecia que en dichos documentos se dejó indicado el resultado del examen practicado por el médico José Quispe Ricci, quien ante el examen perineal, observó: desgarró perineal que comunica cavidad vaginal con cavidad anorectal, a nivel de abdomen presenta dos heridas compatibles con procedimiento quirúrgico (colostomía mas creación de fístula cutánea). Documento que corrobora el desgarró perineal de cuarto grado que tuvo la demandante. Y en el segundo certificado: se concluye que no se realizó examen rectal ni vaginal antes de suturar la episiotomía, ni durante la evolución hospitalaria post parto. 23.- Que, a folios 188 obra la Hoja de Filiación de paciente hospitalizado, en el cual se observa que a la demandante se le realizó dos operaciones: colostomía y fístula cutánea, indicándose como médico tratante: **Dr. Paz**, cuya declaración ante el fiscal obra a fojas 195, siendo que en dicha declaración este médico refirió que al examinar a la demandante el 26 de febrero del 2008, encontró un desgarró de ano y vagina, indicando además que la hoja de detalle de interconsulta no esta ni obra en la historia clínica la cual fue firmada por su persona. Miguel Angulo Rodríguez y Miguel Vera Quipuzco (médicos cirujanos), refirió también que otro documento que no obra en la historia clínica es el reporte de atención del parto, en donde el médico describe lo que ha hecho: así

también este galeno indicó que si se supiera con que se cosió, la técnica usada, podría dar las razones por las cuales se abrió la herida. Así también señaló que falta el reporte operatorio. En la declaración ante el fiscal que obra a fojas 189, el médico **Miguel Humberto Angulo Rodríguez**, refirió que examinó a la demandante en mérito a una interconsulta del departamento de Gineco Obstetricia del referido Hospital, que él labora en el Departamento de Cirugía General, que el diagnóstico de la paciente era incontinencia fecal traumática por desgarro del recto de cuarto grado. Señaló que al revisarla encuentra undesgarro perineal de cuarto grado post parto infectado, como medida inmediata se indicó antibióticos después la intervinieron con colostomía derivativa. Dicho galeno señaló que la causa por la que la paciente presentaba el mencionado desgarro perineal, se ocasiona cuando no se hace una episiotomía o no se hace bien se origina el desgarro aludido; indicando que en el caso concreto se había presentado el desgarro por una mala práctica obstétrica. En la declaración del galeno **Segundo Edilberto García Angulo**, que obra a fojas 192, éste refirió que la paciente indicó que dos días antes de la entrevista que tuvo con él, había notado salida de heces por sus partes íntimas, frente a lo cual, la llevó al tópico del servicio de obstetricia, la examinó y vio que había compromiso de pared rectal, la episiotomía estaba abierta, comprometiendo la pared anterior del anoy pared del recto en su línea media, así también indicó que habló con el Dr. Paz; también refirió que desconoce las causa, refiriendo que lo que él hace, cuando tiene sospecha de haber suturado por la zona de la pared rectal, realiza tacto para asegurar de no haber suturado inadvertidamente la pared rectal. 24.- De estas declaraciones vertidas, se observa que uno de los médicos (Dr. Miguel Humberto Angulo Rodríguez) que atendió a la demandante, señala como causa del desgarro, la mala práctica obstétrica; por su parte el Dr. Paz señaló que desconoce las causas del desgarro porque no obra el reporte de atención del parto y el médico Segundo Edilberto García Angulo, refiere que desconoce las causas del desgarro, pero señala que las causas de una complicación como la ocurrida: compresión prolongada del recto por la cabeza fetal, partos operatorios con fórceps, extensiones involuntarias de una episiotomía, lesión inadvertida de la pared rectal al momento de realizar la episiotomía, nacimiento de feto macrosómico, etc. Tal y como se advierte, en la historia clínica no se indica cual fue el procedimiento que realizó el demandado, no pudiendo descartarse que en el presente caso, que él efectuó su labor con el debido cuidado, situación que corresponde tener en cuenta pues según lo prescrito en el art. 1969 del Código Civil, en la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor, ello implica que el demandado debe acreditar haber procedido con el cuidado propio, que la situación se amerita. 25.- Respecto a las declaraciones testimoniales presentadas en audiencia única, se encuentra la declaración del médico **Ricardo Alarcón Gutiérrez** en audiencia (conforme obra a fojas 530 y siguientes), en dicha oportunidad indicó que su opinión es que sea una infección la que haya

producido una supuesta comunicación entre el recto y la vagina. Que además estaba opinando en base a la revisión de la historia clínica pero no estuvo presente en la atención del parto, ni en la atención de emergencia. Comenta que los colegas ginecólogos y cirujanos se dejaron impresionar por la notable infección de la episiotomía que presentaba la paciente, dando a entender que no hubo desgarro por que en la historia clínica no encontró ningún examen que pueda corroborar la laceración de cuarto grado; sin embargo el hecho de que en la historia clínica no se registre irregularidades en la atención, ello no quiere decir que en la realidad de los hechos no se hayan producido. En la declaración de **Alfredo Triveño Rodríguez** (fojas 533 y siguientes), indicó que las complicaciones se presentaron al cuarto día, que no hay ningún dato que oriente hacia la negligencia. Que él fue a ver a la paciente y revisó anteriormente la historia clínica. Su opinión era que no fue necesaria la colostomía; este galeno refirió que el síntoma más importante es la incontinencia inmediata, y la paciente manifestó estreñimiento hasta el séptimo día. Sin embargo, en cuanto a esto último corresponde indicar que la hermana de la demandante, según su declaración (citada en la sentencia penal, a fojas 673 del incidente 3346-2008-25) refirió que: el día 24 su hermana fue al baño pero no podía defecar. Sentía que algo se lo impedía; lo cual implica que, realmente la demandante no estaba estreñida, sino que no tenía orificio por donde hacer su deposición; en tal sentido, son situaciones muy distintas las que corresponde tener en cuenta. En la declaración de **Víctor Requena Fuentes** (fojas 536): refirió que después de revisar la historia clínica en ninguna de las hojas consta una lesión con desgarro. Señaló que es testigo no presencial. 26.- Como se advierte, efectivamente no se logra acreditar, mediante prueba contundente, y menos con la historia –documento de fuente principal- que el demandado haya realizado su labor con el cuidado propio de la ciencia y pericia que amerita un parto, en el sentido que no existe un documento que evidencia la atención debida al desgarro que se produjo durante el parto. **Tipo de responsabilidad del demandado:** 27.- Que, según el 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. Bajo tal premisa, en el caso de autos, se determina la responsabilidad del demandado por culpa, al haber realizado la episiorrafía (suturar) sin haber considerando el desgarro perineal de cuarto grado que había sufrido la demandante, es decir, sin haber realizado la reparación de la zona afectada y sin haberlo anotado en la historia clínica para que sus colegas que sumieron su turno hayan tenido en cuenta este hecho para indicar el tratamiento adecuado; de tal manera que se trató una episiotomía cuando en realidad también hubo desgarro perineal. Así las cosas, conforme al artículo 36 de la Ley General de Salud, según el cual; Los profesionales, técnicos y auxiliares son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades; se tiene que, en el presente caso, el

tipo de responsabilidad es una de orden objetiva, conforme a lo señalado en la Cas. 1258-2013-Lima Norte, en la que ha quedado establecido: "La naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios (salvo casos muy excepcionales, en donde, por ejemplo, un cirujano estético se compromete a un cierto resultado específico), por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían; tal y cual ha sucedido en el caso de autos en el cual no se le responsabiliza al demandante por el desgarro perineal de cuatro grado, sino por la negligencia de no haber procedido a realizar la reparación previa antes de efectuar la sutura practicada, más aún sin siquiera haberlo consignado en la historia clínica y otorgarle tratamiento distinto a lo realmente requerido. Finalmente corresponde indicar que el demandado no ha presentado medio de prueba alguno que acredite de modo fehaciente el argumento de defensa de su escrito de contestación, en el sentido de que actuó en ejercicio regular de un derecho, por lo cual, no habiendo podido desvirtuar la negligencia en su actuar, pues según lo previsto por el artículo 1969 del Código Civil, en este tipo de responsabilidad, se invierte la carga de la prueba; tuvo que desacreditar de modo fehaciente su actuación cuestionada, y es que la prueba fundamental y de primer orden para justificar su falta de culpa es precisamente la historia clínica, documento en el cual ni siquiera aparecen datos sobre el examen rectal durante la episiotomía ni después del parto (tal y como se indica en el certificado médico legista que obra a fojas 9). 28.- Por lo cual en el presente caso, se evidencia la conducta antijurídica, así como el nexo causal, debido al análisis de las pruebas aportadas y valoradas, habiéndose acreditado además culpa por el actuar negligente del demandado. En tal sentido, de acuerdo al artículo 1985 del Código Civil, "La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral..." Tal norma comprende los tipos de daño que nuestra legislación reconoce ante un evento dañoso (daño patrimonial y extrapatrimonial); y para efecto de la pretensión que nos convoca, se advierte que la parte demandante solicita por el daño moral la suma de S/.170,000.00 soles y por el daño patrimonial la suma de S/.80,000.00 soles (daño emergente la suma de: S/. 52,400.00 soles y lucro cesante la suma de S/. 27,600.00 soles, según escrito de fojas 1073 y siguientes). 29.- Es así que, correspondiendo fijar el monto por el daño moral, como consecuencia de la negligencia del demandado, en la suma de 150,000.00 soles, pues no procedió a brindarle a la demandante los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían; causando sufrimiento a la actora, quien se vio impedida de otorgarle a su hija, las atenciones normales que una recién nacida requiere, así como tampoco pudo darle de lactar (por los antibióticos que requirió a fin de ser operada para la

colostomía), así como llevar una vida digna y dentro de los parámetros normales respecto a las funciones de madre, esposa y trabajadora. Coligiéndose además el sufrimiento por enfermedades colaterales tales como mastitis (conforme se acredita a fojas 44 – historia clínica que se encuentra en el incidente 3346-2008-15), stress post traumático severo, conforme se aprecia mediante el certificado del psiquiatra Vera Farfán que obra a fojas 37. 30.- Así mismo, teniendo en cuenta que el lucro cesante, está conformado por los ingresos que se dejan de percibir como consecuencia de la conducta dañosa; en el presente caso se fija en la suma de S/. 10,000.00 soles considerando que percibía S/. 600.00 soles como impulsora de ventas en el mes de enero del 2008 (es decir un mes antes de los acontecimientos cuya indemnización se solicita), tal y conforme se aprecia de los recibos por honorarios de folios 17 a

20) y que en el mes de enero del 2012, se le realizó el cierre de la colostomía, de acuerdo al recibo que obra a fojas 639, fecha en que pudo llevar una rutina laboral en forma normal; teniendo en cuenta que como en realidad la demandante no laboró, se ha procedido a fijar una suma menor a lo que realmente pudo percibir de haber trabajado. 31- Por otro lado, se fija en la suma de S/.10,970.74 soles por daño emergente teniendo en cuenta los gastos realizados por la demandante a fin de verse recuperada en su salud, siendo los siguientes recibos: - S/. 150.00 soles (fojas 12). - S/. 4,650.00 soles (folios 21). - S/. 127.19 soles (folios 22). - S/. 42.48 soles (folios 23). - S/. 23.50 soles (folios 24). - S/. 71.42 soles (folios 25). - S/. 67.00 soles (folios 26). - S/.

32.60 soles (folios 27). - S/. 67.00 soles (folios 28). - S/. 39.60 soles (folios 29). - S/. 19.00 soles (folios 30). - S/. 160.00 soles (folios 31). - S/. 180.00 soles (folios 32). - S/. 200.00 soles (folios 33). - S/. 60.00 soles (folios 34). - S/. 70.00 soles (folios 35). - S/. 70.00 soles (folios 36). - S/. 33.95 soles (folios 38). - S/. 600.00 soles (folios 39). - S/. 23.00 soles (folios 43). - S/. 571.20 soles (folios 44). - S/. 571.20 soles (folios 45). - S/. 1713.60 soles (folios 46). - S/. 856.8 soles (folios 47). - S/. 571.20 soles (folios 48). 32.- Por todo lo expuesto,

habiéndose determinado en el presente caso los daños ocasionados a la demandante como consecuencia del actuar negligente del demandado quien brindó atención médica en el parto de la accionante, siendo resultado de un nexo de causalidad o condición determinante con el obrar imprudente o negligente del demandado; corresponde ordenar al demandado el pago de una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extra contractual en las sumas antes indicadas". Contra esta resolución judicial, el demandado, a través de su escrito de apelación, ha propuesto **diez cuestionamientos impugnatorios**, los cuales serán atendidos a continuación, observando además lo ordenado por la Corte Suprema en la Casación Nro. 2664-2019-La Libertad.

13. En este sentido, teniendo en cuenta la citada casación y los **nueve primeros cuestionamientos impugnatorios**, tenemos que esta primera parte del análisis se centrará en estricto en determinar: **i)** si hubo desgarró perineal en perjuicio de la demandante; y **ii)** si ese desgarró ocurrió debido a la intervención quirúrgica del demandado en la sala del Hospital Belén de Trujillo; es decir, nuestra argumentación girará respecto al elemento probatorio.

14. Para tal efecto, es importante tener en cuenta lo que prescribe el artículo 197 del Código Procesal Civil:

"Artículo 197.- Valoración de la prueba

*Todos los medios probatorios **son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada.** Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".*

15. El citado artículo, además de regular el principio de valoración conjunta, recoge la figura de la sana crítica, por la cual el juez contrasta cada una de las pruebas y le dota de valor probatorio según su adecuado saber entender, esto es, habiendo efectuado una apreciación razonada respecto a cada una de las pruebas para luego contrastarles según todo su conjunto. Es así que en la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre este aspecto, se ha precisado lo siguiente:

*"Los medios probatorios deben ser **valorados en forma conjunta debiendo el juez utilizar su apreciación razonada**, resaltándose que el principio enunciado en la norma precitada implica que, **teniendo en cuenta que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, como tal debe ser apreciado y examinada, confrontando los medios probatorios entre sí, puntualizando su concordancia o discordancia y concluyendo sobre el convencimiento que del análisis global se forma"**¹.*

16. Por otro lado, el artículo 196 del Código Procesal Civil prescribe:

"Artículo 196.- Carga de la prueba

*Salvo disposición legal diferente, **la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos"**.*

17. En la Casación Nro. 290-2014-Lima se ha precisado lo siguiente:

¹ Casación Nro. 3380-2014-Cusco, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio del 2016.

"La carga constituye la necesidad de realizar determinados actos en el ejercicio de un derecho para no perjudicarlo, el apremio que produce el incumplimiento de la carga probatoria se evidencia en la sentencia (o auto final), pues si el juez no está convencido de los hechos afirmados por las partes, no puede dejar de emitirla, sino que deberá de aplicar las reglas de la carga de la prueba, perjudicando a quien no probó los hechos que alegó, es decir a quien no cumplió con la carga de probar".

18. La carga de la prueba supone que quien contradice un hecho alegando uno nuevo debe ofrecer medios probatorios para dotar de fuerza probatoria a su hipótesis fáctica; de lo contrario, en virtud del artículo 200 del Código Procesal Civil (que resulta aplicable también, de manera sistemática, a las pretensiones impugnatorias), dichos hechos se tendrán por no verdaderos y el recurso será declarado infundado.

19. En el caso de los procesos de responsabilidad civil extracontractual, como lo es el de la presente *litis*, en aplicación del artículo 1969 del Código Civil, advertimos que se presenta un supuesto de inversión de la carga de la prueba, en el sentido que es el demandado quien debe probar que actuó sin dolo o sin culpa. Así, el citado dispositivo legal prescribe:

"Artículo 1969.-

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".

20. Sobre el particular, el recurrente apelante denuncia:

20.1. En el Certificado Médico Legal Nro. 4152-G, se concluyó que del examen efectuado a la demandante, se advierte que existe desgarro perineal que comunica la cavidad vaginal con la cavidad ano rectal, cuya extensión compromete el esfínter anal externo, el canal y el esfínter anal interno hasta dos centímetros del recto; es decir, que el médico legista José Quispe Ricci, al momento de examinar a la paciente, diagnosticó desgarro perineal de cuarto grado; no obstante, se hace una apreciación parcializada e insuficiente, toda vez que no se ha tenido en cuenta que los autores de este Certificado Médico han declarado en el proceso penal que en realidad no han examinado a la paciente y que no están seguros de sus afirmaciones, perdiendo así todo valor probatorio.

20.2. La jueza de instancia hace una narración del contenido del Certificado Médico Nro. 4893-RM, así como de la historia clínica de la demandante, y en base a su contenido concluye que existió el desgarro

perineal de cuarto grado; lo cual es otro craso error por no valorar las pruebas en su conjunto. Así, en dicho certificado se recogen las declaraciones de los médicos Orlando Salazar Cruzado, Paz Solidoro, Angulo Rodríguez y Vera Quipuzco, quienes nunca realizaron una sola prueba técnica que demuestre la existencia de tal desgarro perineal, ni siquiera hicieron el tacto rectal. Tanto es así que el médico Angulo Rodríguez, irresponsablemente dice “probablemente” el desgarro se habría producido al momento del parto, es decir, solo es una probabilidad, no está seguro. Por su lado, el médico Alberto Vera Quipuzco dijo que “la paciente presentaba un desgarro perineal de cuarto grado con probable compromiso de esfínteres”, esto es, no está seguro de su afirmación ni precisó las causas del desgarro.

20.3. La jueza de instancia dice que el desgarro perineal de cuarto grado queda acreditado también con el informe del médico Borda Mederos, pero no ha tenido en cuenta que este médico fue quien ordenó la realización de una resonancia magnética y una sigmoidoscopia, con las que quedó contundentemente demostrado que nunca ha existido el desgarro perineal de cuarto grado en la demandante. Así, las referidas resonancias de modo contundente dicen: “La porción distal del sigmoides y del recto muestran paredes conservadas, así como los planos grasos subyacentes. Las estructuras vasculares de ambas fosas son de apariencia normal, no observándose linfadenomegalias dependientes de las cadenas iliacas (...)”. Y concluye: “La resonancia magnética de la pelvis muestra las características normales de los órganos pélvicos”. En la ampliación dice: “(...) se aprecia soluciones de continuidad en el esfínter anal, en el radio de las 11, con extensión al canal vaginal. El resto del canal vaginal y del recto conservan la integridad de sus paredes”. En sintonía con la resonancia magnética también está la sigmoidoscopia, esta prueba dice lo siguiente: “Inspección: orificio anal normal (...)”. “Tacto rectal: esfínter anal normotónico. (...). No comunicación hacia la vagina”. “Conclusión: (...) Mucosa rectal indemne, no fístulas. No se observa contraindicación para realizar reanastomosis colónica”.

20.4. El juez penal considera que no existe prueba alguna que lleve a concluir que efectivamente ha ocurrido en la agraviada un desgarro perineal de cuarto grado, por lo que se debe verificar el tenor de la sentencia penal.

20.5. En la historia clínica de folios 283 a 333 se constata que se trató de una atención totalmente cotidiana y normal, no se presentó ningún síntoma que manifieste un desgarro de cuarto grado en la demandante, no hubo dolor más allá de lo normal, no hubo sangrado profuso, no se presentó incontinencia fecal, que es lo propio en caso de desgarro perineal de cuarto

grado; todo lo contrario, la paciente dijo que durante siete u ocho días había estado estreñida, lo que significa que los esfínteres sí estaban funcionando. Además, en la historia clínica del 27 de febrero del 2008 no consta la razón médica por la que los médicos cirujanos (Angulo Rodríguez y Paz Solidoro) decidieron hacer la colostomía, no consta que le hayan hecho una prueba para determinar que se trataba de un desgarró perineal de cuarto grado ni en base a ello decidir por la colostomía.

20.6. La jueza de instancia le da plena credibilidad a la declaración de la demandante y a la declaración de su hermana, las cuales son absurdas, como que le habrían zurcido la región anal, declaración que no ha sido corroborada con ninguna prueba objetiva. Luego hace referencia a una declaración del demandado, a dos declaraciones del médico Angulo Rodríguez y a la historia clínica del 27 de febrero del 2008, es decir, llega a la convicción de que existe responsabilidad con tan solo las declaraciones de la demandante, de la hermana de la demandante, supuestamente con la del demandado, la de un solo médico y la historia clínica hecha por el mismo médico Ángel Rodríguez.

20.7. Se incurre en grave error en el décimo séptimo considerando, cuando se cita la declaración del demandado, quien respondiendo a la pregunta del fiscal, dio algunas explicaciones, y según la jueza de instancia con dicha declaración se "evidencia que el desgarró se produjo durante el parto". Así, el fiscal preguntó: "¿qué ha ocasionado que se forme un desgarró y producto de ello se haya establecido una comunicación entre la vagina y el recto?", respondiendo: "La explicación es que el daño o lesión lo haya ocasionado la cabeza del niño durante su descenso por el canal vaginal"; para la jueza de instancia esta respuesta es autoinculpatória; sin embargo, sólo cita la parte de su declaración que conviene a su propósito, y le da la interpretación que ella quiere. Durante todas sus respuestas ha negado que exista desgarró, pero eso no ha sido valorado.

20.8. El Dr. Amaro Castro dijo en sede penal que al momento de darle de alta, no había ningún desgarró ni lesión en la demandante. La jueza de instancia le resta mérito porque según la demandante este médico no la revisó. Así, no ha tenido en cuenta que si hubiera estado con desgarró luego del parto, tenía que manifestarse los síntomas básicos e inevitables en estos casos: incontinencia fecal, sangrado profuso e intenso dolor.

20.9. En el décimo noveno considerando parte del error de que ha existido el desgarró perineal, y que por ello se hizo la colostomía, lo cual es falso, siendo que la colostomía le hicieron los médicos cirujanos Paz

Solidoro, Quipuzco y Angulo Rodríguez sin haber comprobado con ningún examen la existencia del desgarro perineal, por lo que fue una operación irresponsable, tanto que los especialistas Triveño Rodríguez y Geldres Otiniano se opusieron a la misma. Por otro lado, el médico Borda nunca reparó ano ni esfínteres.

21. En lo que concierne al punto **20.1.**, es importante tener en cuenta las siguientes premisas valorativas:

21.1. Cuando existe discrepancia entre dos documentos, pese a que han sido elaborados por la misma persona o se refieren a la declaración del mismo sujeto, se dará preferencia al primero que fue elaborado en el tiempo, toda vez que recoge en mejor medida la apreciación fidedigna de quien lo emite.

21.2. Mientras más tiempo pase desde un determinado acontecimiento, es más probable que la declaración de un testigo o de una parte sufra de alguna influencia externa, generando que se tergiverse su contenido y por ende ya no pueda demostrar la veracidad que desea probar.

21.3. La justicia civil se rige bajo sus propias reglas, por lo que lo resuelto en otros procesos, no determina siempre que se siga la misma línea interpretativa; es decir, si en un proceso penal o en un proceso administrativo disciplinario se determina la no responsabilidad penal o administrativa del imputado o administrado, no significa que en el análisis de la responsabilidad civil también se determine que ese mismo sujeto no sea considerado como el responsable del hecho dañoso.

22. Teniendo en cuenta las antedichas premisas, consideramos que el hecho que el médico legista José Quispe Ricci, en el proceso penal signado al expediente Nro. 03346-2008-15, declaró que no ha examinado a la paciente y que no está seguro de su afirmación, no le resta validez al contenido del Certificado Médico Legal Nro. 4152-G de folio cuatro, el cual fue elaborado el 15 de abril del 2008, esto es, antes de la citada declaración.

23. Así, del contenido del referido certificado, se advierte lo siguiente: i) no ha sido declarado inválido ni falso, ii) obra la firma del Dr. José T. Quispe Ricci, iii) fue practicado a la demandante y iv) fue solicitado por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, siendo que se certifica lo siguiente:

"EXAMEN PERINEAL: desgarro perineal que comunica la cavidad vaginal con cavidad ano rectal, cuya extensión compromete al esfínter anal externo, el canal

anal, el esfínter anal interno y hasta 2 cms del recto. Se observa que los bordes del desgarro están en fase de cicatrización de color rosado, los cuales alteraron las características morfológicas de los bordes de dicho desgarro.

(...).

Conclusiones

Desgarro perineal que comunica la cavidad vaginal con la cavidad ano rectal”.

24. En este sentido, atendiendo a las premisas valorativas expresadas anteriormente, consideramos que el Certificado Médico Legal Nro. 4152-G sí permite probar que la demandante fue diagnosticada con desgarro perineal que comunica tanto la cavidad vaginal con la cavidad ano rectal.

25. Sobre el punto **20.2.**, es importante tener en cuenta las siguientes premisas valorativas:

25.1. El Certificado Médico Nro. 4893-RM no ha sido cuestionado mediante el medio técnico de defensa como son las cuestiones probatorias, específicamente la tacha, por lo que su contenido se considera válido y por ende pasible de ser valorado sin inconvenientes. Lo mismo ocurre con la historia clínica Nro. 751186 de la demandante.

25.2. El referido certificado e historia clínica, al ser pruebas documentales, son pruebas “seguras”. En efecto, sobre este punto, en la doctrina se ha precisado:

“La prueba escrita o documental es una de las más seguras, y su superioridad resulta incontestable sobre la prueba oral. Cuando es completa, constituye prueba perfecta”².

Aunado a ello, en el caso de las pruebas derivadas de procesos judiciales o emitidos por especialistas que son servidores o funcionarios públicos:

“Los escritos más probatorios son los documentos llamados auténticos, los redactados por un funcionario público competente con ciertas formalidades sustanciales y que hacen fe hasta su impugnación por falsedad. (...) esos documentos hacen fe dan la sinceridad de las declaraciones y enunciaciones provenientes del funcionario público mismo ex propriis sensibus. Hacen fe hasta tanto que se impugnen por falsedad”³.

25.3. Tanto la historia clínica como el certificado médico expedido por un médico que labora para ESSALUD, MINSA o alguna institución pública, como es el caso de la Policía, el Ministerio Público, el Poder Judicial, entre otros, es un documento público, por lo que su contenido se considera válido

² GORPHE, François, De la apreciación de las pruebas, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosh y Cia. Editores, Buenos Aires, 1950, pp. 174-175

³ *Ibíd*em, p. 176.

y veraz, mientras que no se declare nulo en un proceso administrativo o judicial.

25.4. Así, es importante tener en cuenta la definición que brinda el ente rector de la política nacional de salud, como lo es el Ministerio de Salud, respecto a la historia clínica. De este modo, tenemos:

*"Historia Clínica.- Es el **documento médico legal**, en el que se registra los datos de identificación y de los procesos relacionados con la atención del paciente, en forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata a la atención que el médico u otros profesionales de salud brindan al paciente o usuario de salud y que son refrendados con la firma manuscrita o digital de los mismos. Las historias clínicas son administradas por las IPRESS"⁴.*

25.5. En lo que respecta al certificado médico, si bien no existe una definición legal, podemos agenciarnos de cómo es definido en la doctrina. En este sentido, se tiene lo siguiente:

*"podemos definir como **certificado médico** a aquel documento escrito emitido por profesional de la medicina, expedido libremente o por mandato judicial, en la que de manera sucinta se **da constancia de la veracidad actual y contemporánea de la salud o enfermedad de la persona viva**. (...). En virtud a su naturaleza, a su objeto, a su nacimiento y a sus efectos se trata de un medio probatorio típico, que **consiste en ser un documento legal**, por cuanto se trata de la constancia por escrito de una expresión del pensamiento o la relación de hechos de naturaleza médica, **contenidos en la norma legal que atribuyen derechos u obligaciones respecto de la persona y de terceros**"⁵.*

26. De este modo, advertimos que tanto el Certificado Médico Nro. 4893-RM, así como de la historia clínica Nro. 751186 de la demandante se constituyen como documentos públicos, al ser expedidos por servidores públicos en el desarrollo de sus funciones.

27. Ahora bien, ¿dichos documentos pueden ser cuestionados por el recurrente en esta instancia alegando que no se llevaron a cabo pruebas técnicas y que no existe certeza en las declaraciones de los médicos que participaron en su elaboración? Esta Superior Sala considerado que no, ambos documentos son veraces, mientras no se demuestre lo contrario en la vía procesal o procedimental respectiva, por lo que su contenido debe ser tomado como

⁴ NTS Nro. 139-MINSA/2018/DGAIN: "Norma técnica de Salud para la gestión de la historia clínica", R.M. Nro. 214-2018/MINSA, modificada por la R.M. Nro. 265-2018/MINSA, p. 18.

⁵ SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO MÉDICO, El certificado médico, análisis jurídico, en Lp. Pasión por el Derecho, 12 de agosto del 2020.

fidedigno, al no haberse comprobado su falsedad o ser declarada su supuesta nulidad.

- 28.** De este modo, teniendo en cuenta su contenido, resulta ser cierto el siguiente diagnóstico contenido en el Certificado Médico Legal Nro. 004893- RM de folios seis a diez, elaborado por los médicos legistas del Instituto de Medicina Legal de la División Médico Legal de La Libertad CARLOS A.MORENO SÁNCHEZ, JOSÉ TEODOMIRO QUISPE RICCI y CÁSTULO HUGO RIVERA ROQUE:

*"La información científica actualizada, señala que los factores de riesgo para lesión del esfínter anal, son: parto instrumentado, segunda fase del trabajo de parto prolongado, peso al nacer mayor de 4 Kg, presentación occipitoposterior y episiotomía; también señala que podrían estar asociados con un incremento del riesgo: primer parto vaginal, inducción del parto, anestesia epidural, pujos tempranos, restricción activa de la cabeza del feto durante el parto (1), **en la historia clínica estudiada, la episiotomía fue el único dato que se encontró como factor de riesgo de lesión del esfínter anal.***

*(...). En la historia clínica estudiada **no hay datos sobre examen rectal (tacto rectal) durante la Episiotomía ni después del parto***

(...).

Conclusiones:

- *Episiotomía media lateral derecho con dehiscencia de episiotomía y desgarro perineal de cuarto grado.*
- *No se realizó un adecuado examen rectal ni vaginal, antes de suturar la episiotomía ni durante la evolución hospitalaria post parto".*

Así, está probado que a la demandante se le practicó una episiotomía media lateral derecha y que este se constituyó como el único factor de riesgo de la lesión de esfínter anal que sufrió; asimismo, que no se practicó el respectivo examen rectal ni vaginal antes de que se proceda con la sutura de la episiotomía.

- 29.** En relación al punto **20.3.**, es importante tener en cuenta las siguientes premisas valorativas:

29.1. Los informes, constancias, certificados y documentos afines elaborados a fin de determinar la salud de la persona, deben ser analizados atendiendo a que la salud del paciente va evolucionando constantemente, mejorándose o agravándose atendiendo a la respuestas positiva o negativa frente al procedimiento médico al que ha sido sometido; es decir, que un primer certificado, elaborado en breve tiempo de ocurrido el hecho dañoso, determine que existe una lesión o una determinada enfermedad y que luego

de un tiempo prolongado se emita otro informe o documento médico que concluya que dicha lesión o enfermedad no existe, no le resta validez al primero, lo único que significa es que entre el periodo de tiempo que transcurrió entre la emisión de uno y el otro, el paciente ha mejorado su salud considerablemente por la atención médica recibida.

29.2. Para esta Superior Sala, si existe discordancia entre un documento público y un documento privado, prevalecerá el primero, debido a que está rodeado de una presunción de veracidad, que solo puede desaparecer si es que se demuestra la falsedad o se declara su invalidez.

30. Ingresando al cuestionamiento de la parte recurrente y teniendo en cuenta las premisas valorativas antedichas, consideramos que los informes de folios cuatrocientos cincuenta y tres a cuatrocientos cincuenta y cuatro (derivados del examen de resonancia magnética de pelvis practicado a la demandante), así como la sigmoidoscopia de folio cuatrocientos cincuenta y seis, no le restan validez a los certificados médicos Nro. 4893-RM y Certificado Médico Legal Nro. 4152-G, así como a la historia clínica Nro. 751186, toda vez que los dos primeros son de fecha 02 y 05 de agosto del 2008 y el último de fecha 26 de mayo del 2009, esto es, los dos primeros luego de más cuatro de meses y el último luego de más un año y dos meses de haberse realizado el hecho dañoso de fecha 18 de febrero del 2008 y que la demandante haya sido sometida a los respectivos tratamientos médicos, tal como es el de rectificación de esfínteres del recto y vagina y separación de recto y vagina.

31. Asimismo, en el caso de los informes, al ser documentos privados, no pueden restarle validez a los citados documentos públicos, los mismos que son válidos y veraces al no existir procedimiento o proceso que haya declarado lo contrario o su nulidad o invalidez.

32. Refiriéndonos al punto **20.4.**, es importante tener en cuenta las siguientes premisas valorativas:

32.1. El análisis de responsabilidad penal implica determinar la existencia de los cuatro elementos de la configuración de un delito, como lo es la acción, típica, antijurídica y culpable; mientras que en el de la responsabilidad civil se debe evaluar la existencia de los elementos consistente en una conducta antijurídica, la existencia de un daño, la presencia del nexo causal y el factor de atribución. Así, la evaluación del primero no guarda correspondencia con el segundo, siendo que incluso poseen finalidades y presupuestos distintos.

- 32.2.** El hecho que un juez penal determine la no existencia de responsabilidad penal, ello en nada vincula al juez civil en la determinación de la responsabilidad civil, por lo que lo primero no exonera al agente que causó el daño en el análisis de la determinación de la responsabilidad civil. De este modo, puede existir responsabilidad civil pese a que no existe responsabilidad penal y viceversa.
- 33.** Ingresando al análisis del cuestionamiento impugnatorio, sobre la base de la premisa valorativa antedicha, tenemos que el hecho que el juez penal en el proceso signado al expediente Nro. 3346-2008-15 haya determinado que no existe responsabilidad penal, en nada vincula a los jueces civiles de este proceso, quienes podemos evaluar con total independencia e imparcialidad si se presentan los cuatro elementos de configuración de la responsabilidad civil. Así, la jueza de instancia no se encontraba vinculada a lo resuelto en el proceso penal.
- 34.** En lo que concierne a los puntos **20.5. y 20.8**, advertimos que se está cuestionando un vicio de indebida justificación externa. Así, corresponde que nos pronunciemos sobre el derecho a la debida motivación escrita de las resoluciones judiciales, el cual, como componente del contenido esencial del derecho a un debido proceso, supone una garantía según la cual el Juez se encuentra obligado a fundamentar su decisión, esgrimiendo motivos y razones que le sirven de sustento, desde cuya perspectiva, la argumentación jurídica constituye el medio indispensable para materializar otorgar este **derecho-garantía**. Se estima que una debida motivación se encuentra correlacionada con otros componentes esenciales del debido proceso como son el **derecho de defensa y el de la instancia plural**, en la medida que la sustentación de la decisión judicial en razones suficientes, permitirá a aquella parte que se sienta disconforme con lo resuelto, efectuar los cuestionamientos fácticos y jurídicos, en la medida que el razonamiento claro y fundamentado del Juez así lo permita; pero además, también el superior jerárquico habilitado para conocer el proceso en revisión, podrá evaluar y calificar de manera consistente los argumentos del Juez cuestionados en la apelación; **de esta manera, la motivación tiene la doble perspectiva de deber y derecho para el Juez y de derecho para las partes.**

35. Nuestro ordenamiento jurídico impone al Juez el deber de motivar las resoluciones; así, el artículo 139 de la Constitución de 1993 establece que: **"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta"**. Asimismo, a nivel legal tenemos que el artículo 50 del Código Procesal Civil prescribe: **"Son deberes de los Jueces en el proceso: (...) 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia"**.

36. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC-Lima, Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, de fecha 13 de octubre del 2008, ha señalado:

"6. (...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...).

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (...)".

37. Asimismo, ha señalado, como supuesto que viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, al siguiente vicio:

"c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando **las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica**. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones".

- 38.** Ingresando al análisis de la sentencia impugnada, advertimos que no se ha incurrido en ninguna deficiencia en la justificación externa, siendo que del Certificado Médico Nro. 4893-RM y Certificado Médico Legal Nro. 4152-G, así como de la historia clínica Nro. 751186, se advierte con nitidez que la demandante fue diagnosticada con desgarró perineal que comunica tanto la cavidad vaginal con la cavidad ano rectal, que se le practicó una episiotomía media lateral derecha y que este se constituyó como el único factor de riesgo de la lesión de esfínter anal que sufrió.
- 39.** Así, cuestionar la veracidad del contenido de las citadas documentales, tal como pretende el recurrente en esta instancia, no es posible, más si tenemos en cuenta que se tratan de documentos públicos, por lo que se presume que la información que contienen es verdadera, no habiéndose accionado los mecanismos pertinentes para demostrar lo contrario, por lo que pese a que existan pruebas admitidas al proceso como la declaración del médico Amaro Castro, para esta Superior Sala, así como para la jueza de instancia, no resultan suficiente para desvirtuar tal presunción.
- 40.** En lo que concierne a los puntos **20.6, 20.7 y 20.9**, advertimos que con ellos se está cuestionando un vicio de motivación insuficiente. Así, corresponde que nos pronunciemos sobre a dicho vicio, para lo cual es preciso señalar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC-Lima, Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes, de fecha 13 de octubre del 2008, ha señalado, como supuestos que violan el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, a la motivación insuficiente, la cuales definida por dicho órgano jurisdiccional de la siguiente manera:
- "d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo".*
- 41.** Ingresando al análisis de la sentencia apelada, advertimos que no es cierto que la jueza de instancia haya concluido que existe responsabilidad civil solo con las declaraciones de las partes procesales, la declaración de la hermana

- de la demandante, la declaración brindada por un solo médico y la historia clínica, tampoco que haya afirmado que existió desgarro perineal solo porque se le hizo una colostomía a la demandante.
- 42.** En efecto, lo antedicho se demuestra en los considerandos **10 al 14** de la sentencia, en lo que respecta a la probanza de Episiotomía con desgarro de cuarto grado, siendo que fueron valorados los siguientes medios probatorios: i) Certificado Médico Legal No. 4152-G, ii) el Certificado Médico 4893-RM, iii) hoja de historia gineco-obstétrica del 26 de febrero del 2008, iv) hoja de reporte operatorio suscrito por los doctores: Paz, Angulo y Vera, iv) la historia clínica de la demandante y vi) el informe de folios 1029 a 1031, emitido por el médico Luis Borda Mederos.
- 43.** Mientras que en lo que respecta a la determinación del momento en el cual se produce el desgarro del cuarto grado, a lo largo de los considerandos **15 al 19** se valoraron las siguientes pruebas: i) Declaración de la demandante de fecha 26 de febrero del 2008, ii) Declaración del demandado de folios 164 del cuaderno de debate 3346-2008-25, iii) Declaración testimonial de JCNLG de folios 673 del cuaderno de debates 3346-2008-25, iv) Declaración testimonial del médico Miguel Humberto Angulo Rodríguez de folios 670 del cuaderno de debates 3346- 2008-25, v) Declaración a nivel de fiscalía del médico Miguel Humberto Angulo Rodríguez de folios 190, y vi) Historia Clínica del incidente 3346- 2008-55.
- 44.** Incluso se valoraron las pruebas del recurrente, tal como se aprecia de los considerandos **20 al 26**, llegándose a la conclusión que no se probó que actuó con el cuidado propio de la ciencia y pericia que amerita un parto. Así, se expresó la valoración de las siguientes pruebas: i) Informe Final 005- 2008-GRLL-GGR/GS-HBT-CPPAD de folio sesenta y ocho, ii) Resolución del Consejo Regional I Nro. 102-2008-CRI de fecha 24 de octubre del 2008, iii) Informes de los médicos Víctor Requena Fuentes de folios setenta y tres a setenta y seis, Alfredo Triveño Rodríguez de folios setenta y nueve a ochenta y dos, Ricardo Alarcón Gutiérrez de folios ochenta y tres a ochentay siete, Fredy Paredes Villanueva de folios ochenta y ocho a noventa y uno, iv) Oficio 164-2008-GR-LL-GRDS/DRSP-HBT-D.GO de fecha 25 de setiembre del 2008, v) Sentencia de fecha 22 de julio del 2010 (emitida en instancia penal), que obra a folios seiscientos setenta y tres del cuaderno de debate 3346-2008-25, vi) Informes emitidos por RESOMAS que obran en los folios

cuatrocientos cincuenta y tres y cuatrocientos cincuenta y cuatro, vii) Datos de atención médica por consultorio de folios cuatrocientos cincuenta y seis.

45. De este modo, **todos los cuestionamientos impugnatorios analizados deben ser rechazados**, siendo que están debidamente probados los dos hechos materia de controversia, esto es, que sí hubo desgarro perineal en perjuicio de la demandante y que este desgarro ocurrió en el momento de su parto, debido a la negligencia en la intervención quirúrgica por parte del demandado **ISIDRO SÁNCHEZ DÍAZ** en la sala del Hospital Belén de Trujillo, producto de la episiotomía que le practicó y que no realizó exámen rectal ni vaginal antes de que se proceda con la sutura de la episiotomía.
46. Ahora bien, en lo que respecta al **último cuestionamiento impugnatorio**, tenemos que el recurrente sostiene que el monto otorgado por concepto de daño moral no tiene el mínimo sustento probatorio. Así, no ha hecho ningún análisis del supuesto daño moral.
47. Al respecto, tenemos que con este cuestionamiento impugnatorio lo que se está cuestionando es el *quantum indemnizatorio* del daño moral que ha sufrido la demandante **LSNLGB**.
48. En este sentido, corresponde que nos pronunciemos en primer término sobre el resarcimiento, el cual tiene "la función de reintegrar el patrimonio del afectado, en las condiciones anteriores a la consumación (...)"⁶ del hecho u acto generador del daño. En consecuencia, se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento jurídico que el damnificado obtenga un enriquecimiento que supere la dimensión real del daño causado⁷; así, se dice que se debe indemnizar (resarcir) "todo el daño, pero nada más que el daño"⁸. De este modo, para determinar el *quantum indemnizatorio* será importante saber frente a cuál tipo de daño nos encontramos.
49. De lo desarrollado en el proceso, analizando el escrito postulatorio, los medios probatorios admitidos en el proceso y la resolución impugnada, se

⁶ GUIDO, Alpa. Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Traductor León Hilario, Leysser, Jurista Editores, Lima, 2006. p. 782.

⁷ Ob.cit, p. 68.

⁸ LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traductor Tamayo Jaramillo, Javier. Legis, Colombia, 2004. p. 68.

observa con plena claridad que está debidamente comprobado el daño moral en perjuicio de la demandante.

- 50.** Así, el referido daño supone el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, o sea, el quebrantamiento de la paz o tranquilidad de su espíritu (esta definición guarda coherencia con la regulación de nuestra norma sustantiva, que en su artículo 1985 dispone en cuanto al contenido de la indemnización, la existencia de lucro cesante, daño a la persona y el daño moral, como categorías independientes).
- 51.** Ahora bien, refiriéndonos a la cuantificación del daño moral, se advierte que la jueza de instancia, luego de valorar el caudal probatorio conducente y pertinente, concluyó que esta debía ser cuantificada por la suma de S/. 150,000.00 soles, ya que el demandado **ISIDRO SÁNCHEZ DÍAZ** no procedió a brindarle a la demandante los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían, causándole sufrimiento, siendo que incluso se vio impedida de otorgarle a su hija las atenciones normales que una recién nacida requiere, así como tampoco pudo darle de lactar (por los antibióticos que requirió a fin de ser operada para la colostomía); asimismo, tampoco pudo llevar una vida digna y dentro de los parámetros normales respecto a las funciones de madre, esposa y trabajadora; coligiéndose además el sufrimiento por enfermedades colaterales, tales como mastitis (conforme se acredita a folios cuarenta y cuatro- historia clínica que se encuentra en el incidente 3346-2008-15), y stress post traumático severo, conforme se aprecia mediante el certificado del psiquiatra Vera Farfán que obra a folios treinta y siete.
- 52.** Al respecto, tenemos que el daño moral, según el artículo 1984 del Código Civil, debe ser indemnizado "*considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*". Así, a fin de tener un criterio para calcular la magnitud y el menoscabo producido, se ha dicho en reiterada jurisprudencia que el juez debe regular la indemnización del daño con criterio prudencial y equitativo⁹. Bajo esta misma orientación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Cantoral Benavides, mediante la sentencia del 03 de diciembre del 2011, ha señalado que el daño moral puede ser sujeto a una compensación, la cual puede darse, en primer lugar:

⁹ Casación N° 1545-2006-Piura.

“mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en **aplicación razonable** del árbitro judicial y en términos de **equidad** (...)”.

53. Ahora bien, a fin de aplicar la equidad, es posible recurrir a:

“parámetros como la gravedad del hecho, la intensidad del dolo o la culpa, las condiciones económicas de las partes y de la víctima en modo particular; y la intensidad del padecimiento anímico, en donde se evaluarían circunstancias tales como la duración del dolor, la edad, el sexo, la sensibilidad del ofendido, la relación parental para el caso de muerte, entre otras”¹⁰.

54. Bajo esta orientación, y aplicando el criterio de la intensidad del padecimiento anímico de las víctimas, tenemos que de lo explicado por la jueza de instancia respecto al daño moral es de escala moderada y de magnitud intermedia; asimismo, ha generado un menoscabo que ha podido ser remediado en parte por la atención médica recibida. En consecuencia, consideramos que el monto de la indemnización por daño moral señalado en la sentencia apelada debe ser razonablemente reducido, debiendo ser el nuevo monto el ascendente a S/. 100,000.00 soles.

55. Por todas estas razones, corresponde amparar en parte este cuestionamiento impugnatorio analizado de la parte recurrente.

56. Por todas estas razones, al no existir otros cuestionamientos que logren la nulidad o revocación de la decisión judicial impugnada, y al no generar los estudiados dichos efectos, corresponde que **CONFIRMEMOS** la sentencia contenida en la resolución número **CINCUENTA Y UNO**, pero modificando el monto determinado por daño moral, reduciéndolo a S/.100,000.00 soles, más intereses legales, que se liquidarán en ejecución de sentencia.

V. DECISIÓN.-

Estando a las razones expuestas, quienes suscribimos como Jueces Superiores integrantes de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, impartiendo justicia a nombre de la Nación.

DECIDIMOS:

5.1. DECLARAR: FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por el demandado **ISIDRO SÁNCHEZ DIAZ**, por escrito de folios mil ciento uno a mil ciento veintiocho.

¹⁰ LINARES AVILEZ, Daniel. Buscándole cinco patas al gato. El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. En: Gaceta Civil y Procesal Civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 45-46.

5.2. CONFIRMAR: la sentencia contenida en la resolución número **CINCUENTA Y UNO**, de fecha treinta y uno de enero del dos mil dieciocho, obrante de folios mil setenta y ocho a mil noventa y seis, que resuelve:

*"Declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** formulada por **LSNLGB** contra **ISIDRO SÁNCHEZ DIAZ**. En consecuencia se dispone que el demandado cancele a favor de la actora la suma de (...) **por daño moral**; de **S/. 10,000.00 soles por lucro cesante** y la suma de **S/.10,970.74 soles por daño emergente**".*

5.3. MODIFICAR: el monto fijado como quantum indemnizatorio de S/.150,000.00 soles por daño moral, **FIJANDOSE** en la suma de S/. **100,000.00 soles**, más intereses legales, que se liquidarán en ejecución de sentencia. Anótese, notifíquese y devuélvase oportunamente. **Actuó como Ponente, el señor Juez Superior Titular, Dr. David Florián Vigo.**

SS.
CHÁVEZ GARCÍA
FLORIÁN VIGO
QUESNAY CASUSOL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 5357-2007 LIMA
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Lima, catorce de noviembre del dos mil ocho.-

VISTOS con los acompañados, en discordia, con el voto del Vocal dirimente señor Miranda Molina, quien se adhiere al Voto dejado y suscrito por los señores Pajares Paredes, Sánchez Palacios y Carojulca Bustamante y **CONSIDERANDO**:

Primero.- Que debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva declarada procedente pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, si mereciera amparo carecería de objeto pronunciarse respecto de la causal sustantiva.

Segundo.- Que examinado el error in procedendo denunciado es del caso señalar que en materia casatoria sí es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se ha infringido o no las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Es que el derecho a un debido proceso supone la inobservancia rigurosa por todos los que intervienen en un proceso no sólo de las reglas que regulan la estructuración de los órganos jurisdiccionales, sino también de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial. Cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de la partes en litigio. **Tercero**.- Que en tal sentido, examinado el presente proceso en los términos denunciados, es del caso efectuar las siguientes precisiones: I) El demandante, ARMH en representación de FAMF y BSMF, postula la presente demanda, con la finalidad de que los demandados paguen en forma solidaria la suma de quinientos cincuenta mil nuevos soles como consecuencia de la muerte de doña Fanny Fuertes Bohórquez, a causa de someterse a una intervención quirúrgica de Blefaroplastía (cirugía de párpados) en cuyo monto solicitado se encuentra comprendido el daño económico, daño moral y lucro cesante, intereses legales, más costas y costos del proceso. II) Que, tramitado el presente proceso por los cauces que a su naturaleza corresponde, el Décimo

Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, ha declarado fundada en parte la demanda de fojas ciento cincuenta y cuatro a ciento noventa y tres; y en consecuencia ordena que las demandadas Miriam Felicidad Solís Gonzáles en su calidad de médico cirujano estético y Nelly Solís Gonzáles en su calidad de médico anesthesióloga abonen en forma solidaria a favor de los demandantes la suma de ciento veinte mil nuevos soles, correspondiendo a cada una de la codemandadas la suma de sesenta mil nuevos soles, con lo demás que contiene. III) La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en consecuente acto procesal emitió sentencia, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia apelada, concluyendo fundamentalmente, que existe un ejercicio negligente de la actividad profesional de la cirujano estética demandada Miriam Felicidad Solís Gonzáles, toda vez que no contaba con los instrumentos, medios técnicos o auxiliares necesarios para atender la emergencia que se presentó, lo que implica que es responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la paciente (muerte) por culpa inexcusable al no haber brindado o dispuesto los medios que hubieran posibilitado superar la contingencia producida. **Cuarto.**- Que el agravio por contravención, el actor lo hace consistir en que la recurrida viola los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil, referidos al principio de valoración razonable de la prueba, pues no se ha analizado el hecho fortuito (shock anafiláctico al anestésico local) que motivó el fallecimiento de la paciente, siendo que la recurrida no descarta ni tampoco niega la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, más aún si se ha considerado que su parte no tuvo ninguna responsabilidad en la ocurrencia del shock que causó la muerte a la mencionada paciente, en atención a que la cirugía de párpados nunca se le realizó. Añade, asimismo, que al emitirse la impugnada se ha efectuado un deficiente análisis de los hechos, lo que vulnera su derecho a la congruencia de la sentencia recurrida y al debido proceso, pues la citada resolución no contiene fundamento técnico alguno, debido a que ningún profesional de la salud, ni autoridad administrativa alguna ha informado que su parte carezca de instrumento, medios técnicos o auxiliares necesarios para atender la emergencia ocurrida, lo que se corrobora del resultado de la inspección judicial actuada en el expediente penal acompañado y la resolución emitida por el Colegio Médico del Perú; no obstante lo

alegado por la recurrente, de los considerandos décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto, se advierte que el Colegiado Superior ha determinado que el ejercicio negligente de la actividad profesional de la cirujano estética demandada, se debió a no contar con los instrumentos médicos, técnicos, auxiliares necesario para atender la emergencia que se presentó (otros profesionales especialistas, el equipo médico necesario para superar ese tipo de emergencias, o al menos una ambulancia a su disposición para el traslado de la paciente a otro establecimiento médico con mayores recursos y cuidados intensivos), lo que implica -según refiere la Sala de mérito- el incumplimiento de su obligación lo que obedece a una culpa inexcusable de quien prometió un servicio profesional que finalmente no cumplió.

Quinto.- Que a mayor abundamiento, se advierte que la argumentación del recurso se refiere a cuestiones de probanza, lo que no es factible en esta sede Casatoria, por no ser una tercera instancia ordinaria ni tratarse de un recurso de nulidad; que en ese orden de ideas, la sentencia de mérito se encuentra motivada en forma adecuada, no evidenciándose la vulneración a la contravención del derecho al debido proceso, no incurriéndose en causal de nulidad alguna. **Sexto.**- Que en cuanto a la causal por error in iudicando, la impugnante denuncia la inaplicación de los artículos 1315, 1316 y 1317 del Código Civil relativos a las disposiciones sobre inejecución de obligaciones; por la cual -según refiere- al dirimirse la litis se aplicó la norma prevista en el artículo 1321 del citado Código Sustantivo, relativo al supuesto de culpa inexcusable; no obstante, agrega, que la obligación a su cargo nunca llegó a ejecutarse debido a caso fortuito o fuerza mayor; que a decir de la tratadista Giovanna Visintini: "...si se tiene presente que en el contexto de la responsabilidad contractual, mejor definida por el Código como responsabilidad del deudor, el hecho constitutivo del derecho al resarcimiento del acreedor es el incumplimiento..." (Visintini Giovanna, Tratado de la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea. Buenos Aires. Página doscientos treinta y nueve). **Séptimo.**- Que en ese sentido conforme se advierte del octavo considerando de la recurrida al señalar que no existe discrepancia en cuanto a la obligación contractual o convenio verbal existente entre la paciente FFB y la médico Miriam Felicidad Solís Gonzáles, ya que en el escrito de demanda se hace mención a que se contrató en forma verbal con

dicha profesional para realizar una cirugía estética de párpados, hecho que es reconocido por la demandada al absolver el trámite de su contestación de demanda; por tanto -según refiere el Colegiado Superior- se acredita fehacientemente la relación contractual entre ambas partes; abundando el hecho de que conforme se ha acreditado en el trámite del proceso, el paro cardíaco que sufrió la paciente al momento de la intervención tuvo lugar entre las once y veinticinco y once y media de la mañana; y recién promediando el mediodía, la demandada toma la decisión de solicitar una ambulancia a los bomberos quienes llegaron a las doce y dieciocho del mediodía como señala la demandada Miriam Solís, al absolver las décimo tercera y décimo cuarta pregunta del pliego interrogatorio que corre a fojas mil doscientos veintiocho (del principal), lo que evidencia una respuesta tardía pues la emergencia se había generado casi una hora atrás (considerando décimo tercero); de lo que se colige que las normas cuya inaplicación se denuncia no son pertinentes para el presente proceso, al haber determinado la Sala de vista la responsabilidad de la demandada que con su actuar ha incurrido en culpa inexcusable prevista en el artículo 1321 del Código Sustantivo, al no prestarle a la causante el auxilio inmediato conforme también se determinó en el proceso penal que se acompaña. Por tales consideraciones y estando a la facultad conferida por el artículo 397 del Código Procesal Civil: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Miriam Felicidad Solís Gonzáles mediante escrito de fojas mil quinientos cuarenta y ocho a mil quinientos cincuenta y cinco; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos ochenta y nueve a mil cuatrocientos noventa y siete, su fecha veintiuno de agosto de dos mil siete, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; en los seguidos por ARMH, en representación de FAMF y otra, sobre indemnización por daños y perjuicios. **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente proceso; así como al pago de la Multa de Tres Unidades Referencia Procesal; en los seguidos por BSMF con PAPF sobre Indemnización por Daños y Perjuicios; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad.-

SS. PAJARES PAREDES, SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MIRANDA MOLINA

FUNDAMENTOS DEL VOTO DISCORDANTE DE LOS SEÑORES MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES Y VALERIANO BAQUEDANO, SON COMO SIGUE: CONSIDERANDO:

Primero.- Que, esta Sala Civil mediante resolución de fecha veintinueve de noviembre de dos mil siete, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por doña Miriam Felicidad Solís Gonzáles, por las causales referidas en los incisos 2º y 3º del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativos a la inaplicación de una norma de derecho material y contravención de normas que garantizan la observancia del debido proceso. **Segundo**.- Que, debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva propuesta, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, si mereciera amparo carecería de objeto pronunciarse respecto de la causal sustantiva propuesta. **Tercero**.- Que, examinado el error in procedendo denunciado, cabe señalar que la impugnante solicita se declare la nulidad de la sentencia expedida por el Colegiado Superior, teniendo en cuenta que ha vulnerado lo previsto por los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil. **Cuarto**.- Que, el artículo 188 del Código acotado determina la finalidad que tienen los medios probatorios de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; y el artículo 197 del propio texto legal establece como obligación del Juez valorarlos medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, estableciendo también que en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. **Quinto**.- Que, el agravio por contravención a las normas del debido proceso denunciado por la impugnante, se refiere a que la Sala Superior no ha realizado la valoración de la prueba de acuerdo a ley, señalando que si bien el Juez de la causa es soberano en la apreciación y valoración de la prueba en función al principio de inmediación que otorga al Juzgador amplia discrecionalidad para apreciarla y valorarla, no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de

su convicción. **Sexto.**- Que, la sentencia de primera instancia ha sido confirmada por sus fundamentos pertinentes por la Sala Superior, siendo un hecho establecido por las instancias de mérito que como el contrato de intervención quirúrgica fue celebrado entre la causante y la médico demandada doctora Miriam Felicidad Solís Gonzáles, resulta responsable del daño ocasionado y debe abonar la indemnización que se reclama. **Sétimo.**- Que, siendo esto así, es evidente que no existe contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que la Sala Superior al expedir la recurrida se ha ceñido a los principios de congruencia procesal, motivación de resoluciones judiciales y valoración conjunta de los medios probatorios. **Octavo.**- Que, de otro lado, es de advertir que la fundamentación del recurso en cuanto a la causal adjetiva se refiere a cuestiones de probanza, lo que no es factible de revisión en la sede casatoria, dado que no se trata de un recurso de nulidad ni tercera instancia. **Noveno.**- Que, en lo que se refiere a la causal in iudicando, la impugnante denuncia la inaplicación de los artículos 1315, 1316 y 1317 del Código Civil relativos a las disposiciones sobre inejecución de obligaciones. **Décimo.**- Que, el artículo 1315 del Código Civil, denunciado por la impugnante, define el caso fortuito o fuerza mayor, como la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. **Undécimo.**- Que, la causa no imputable se impone, ante todo, como un límite a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones; ello significa que el esfuerzo requerido al deudor es el máximo, y que éste no quedará liberado sino hasta cuando haya aportado la prueba del caso fortuito. **Duodécimo.**- Que, en el caso de autos, se encuentra acreditado por lo expresado en la sentencia de primera instancia y lo opinado por el perito Bisbal Smith, que el evento sub-litis se produjo de manera imprevisible, lo que significa que no puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano. **Décimo Tercero.**- Que, de otro lado, el artículo 1316 del Código Civil, también denunciado por la impugnante, determina en su primer párrafo que “la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor”. **Décimo Cuarto.**- Que, de acuerdo con este precepto, al deudor le será indispensable probar una causa no imputable –como en el caso de

autos– para liberarse de responsabilidad por no haber podido ejecutar la prestación o ejecutarla de un modo diverso al previsto en el programa contractual. **Décimo Quinto**.- Que, igualmente, el artículo 1317 del Código Civil, también denunciado, determina que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación. **Décimo Sexto**.- Que, de acuerdo a éste dispositivo, es necesario que el deudor demuestre no ser responsable del impedimento que determinó la imposibilidad, acreditando que dicha imposibilidad no se debió a un hecho que le sea imputable, es decir, quedará eximido de responsabilidad sólo si la imposibilidad es no culposa. **Décimo Séptimo**.- Que, de lo anteriormente expuesto, se puede colegir que no resulta de aplicación para dirimir la presente controversia el artículo 1321 del Código Sustantivo, dado que el citado artículo es de aplicación para los casos en que el deudor no ejecuta sus obligaciones por causas de dolo, culpa inexcusable o culpa leve, causas éstas que no se presentan en el caso submateria. **Décimo Octavo**.- Que, en consecuencia, configurándose la causal prevista en el inciso segundo del artículo 386 del Código Procesal Civil; y en aplicación del inciso primero del artículo 396 del acotado Código Procesal: NUESTRO VOTO es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil quinientos cuarenta y ocho por doña Miriam Felicidad Solís Gonzáles; y, en consecuencia, se decida **CASAR** la resolución de vista de fojas mil cuatrocientos ochenta y nueve, su fecha veintiuno de agosto de dos mil siete; y actuando en sede de instancia: se **REVOQUE** la sentencia apelada de primera instancia de fojas mil trescientos treinta y ocho, de fecha cuatro de octubre de dos mil seis, en cuanto declara fundada en parte la demanda de fojas ciento cincuenta y cuatro, subsanada a fojas doscientos, y ordena que las codemandadas Miriam y Nelly Solís Gonzáles abonen a los demandantes la suma de ciento veinte mil nuevos soles por concepto de indemnización; y, **REFORMANDOLA** en dicho extremo, se declare **INFUNDADA** la demanda; la **CONFIRMARON** en todo lo demás que contiene y es materia del grado; en los seguidos por ARMH, en representación de FAMF y otra, sobre indemnización

SS.MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL**

Expediente N° 17002-2007-0

Demandante : SUCESIÓN PROCESAL DE VSG Y OTRO
Demandado : MARGARITA BAUTISTA KIOTA Y OTROS
Materia : INDEMNIZACIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

Lima, seis de julio de dos mil quince.-

VISTOS:

Es materia de grado, las apelaciones interpuestas por: 1) KYODA Y ASOCIADOS S.A.C. (codemandado), 2) Frida Espinoza Mora (codemandado) y 3) VMS (codemandante); todos estos recursos dirigidos a impugnar la resolución N° 38 de fecha 07 de abril de 2014 (Sentencia), que declara **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** de Indemnización contra **MARGARITA BAUTISTA KIOTA y OTROS**. Interviniendo como Juez Superior Ponente el señor Hurtado Reyes; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Fluye de autos la siguiente pretensión:

- i) Los demandantes a través de su demanda pretenden que los demandados cumplan con pagar la suma de S/.170,000.00 Nuevos Soles (Ciento Sesenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) como Indemnización por daños y perjuicios por la mala praxis médica, en la intervención quirúrgica con consecuencia fatal, cuya agraviada fue su finada hija NBSM. Monto que se encuentra distribuida de la siguiente manera:
 - a) **DAÑO MORAL:** Por la lesión a los sentimientos de la víctima, en este caso de la familia de la fallecida, produciendo un gran e incalculable dolor y aflicción por lo que a pesar, de que la vida no tiene precio, para estos efectos, consideran sus padres (hoy demandantes) que por este daño debe señalarse la suma de S/. 70,000 Nuevos Soles.

- b) **DAÑO PERSONAL:** Por la lesión a la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico o su proyecto de vida, siendo ello así, consideran que este concepto asciende a S/. 35,000 Nuevos Soles.
- c) **DAÑO PATRIMONIAL :** En este rubro los demandantes consideran lo siguiente.-
- d) **LUCRO CESANTE:** Es la ganancia y utilidad que dejará de percibir la víctima (su hija en este caso), por lo tanto, este consideran que este concepto asciende a S/. 60,000 Nuevos Soles.
- e) **DAÑO EMERGENTE:** Consideran que es por la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, en tal sentido, consideran que lo reclamado por este daño asciende a S/. 5,000.00 Nuevos Soles.

más el pago de los gastos, intereses devengados y por devengarse, el pago de los costos y costas procesales que irroguen como consecuencia de la tramitación de este proceso.

ANTECEDENTES A LOS DAÑOS DEMANDADOS

SEGUNDO: A fines de mayo de 2005, la víctima NBSM (hija de los demandantes), se sometió a un chequeo médico ginecológico en el Centro Médico denominado Clínica Gineco Obstetra “Hogar de María “, cuya propietaria y conductora es la señora Margarita Bautista Kiota, quien luego de evaluarla, la programó para una intervención quirúrgica de PARATOMÍA EXPLORATORIA DE QUISTE POR TUMORACIÓN ANEXIAL IZQUIERDA, para el día 02 de junio del 2005, a horas 06:00 de la mañana.

Los sujetos de la Intervención Quirúrgica, son:

- a) La Paciente NBSM (Quien ahora es la víctima).
- b) La encargada de la intervención, la Dra. Margarita Bautista Kiota (dueña del centro médico)
- c) El anestesista, Dr. Daniel Chavarri Paz
- d) Como Primer ayudante, el médico oncólogo Dr. Luis García Bernal.
- e) Como Segundo ayudante, el médico Dr. Mario Kahn Robledo
- f) Como Circulante (encargada de alzar el instrumental médico) la Obstetris Frida Espinoza Mora.

La operación quirúrgica duró aproximadamente una hora a más entre las 6:00 hasta las 7:30 am; luego de ello, tras haberse efectuado la intervención y encontrándose aparentemente estable la víctima, la Dra, Margarita Bautista Kiota, DISPUSO QUE LA PACIENTE FUERA CONDUCTA A SU HABITACIÓN Y NO A SALA DE RECUPERACIÓN, COMO ASÍ LO REQUERIA EL CASO, PARA SER MONITORIZADA POR UN MULTIPARÁMETRO, retirándose ella y dejando sólo indicaciones a la obstetra Frida Espinoza Mora.

Transcurridos aproximadamente, dos horas y habiendo pasado los efectos de la anestesia, la víctima refirió un fuerte dolor en la zona operada, *por lo que la obstetris Frida Espinoza Mora, por encargo del Anestesiólogo Daniel Chavarri Paz, quien también ya se había retirado, procedió aplicar un medicamento – ANESTESIA BUPIVACAINA VÍA EPIDURAL POR CATÉTER .*

En esa circunstancia, que la víctima empieza a sentir mayor dolor y sobre todo complicaciones al respirar, por lo que la mencionada obstetris, suspende la administración de la anestesia, le toma su pulso y le efectúa respiración de boca a boca, *pues no había tanque de oxígeno en dicha habitación; luego de varios minutos es regresada y llevada a la sala de operaciones por la propia obstetris al no encontrarse ningún médico, donde tratan de reanimarla y minutos después fallece.*

Situación que se refleja en el Protocolo de Necropsia¹ No. 1735-2005 de fecha 03 de junio del 2005, las causas de la muerte de la paciente fue Edema Cerebral y Pulmonar.

Del Examen Físico Externo del Retrato Hablado del referido Protocolo, fluye que se halló en el cuello una venopuntura de vía central; en la región del abdomen-pelvis, una venopuntura de columna lumbar y en los miembros superiores, otra venopuntura en ambos flexuras del codo.

En su lugar, el Pronunciamiento Médico Legal No. 093-06-IML-SRLC/DETAF de fecha 28 de abril del 2006, obrante de fojas 178 a 184 del acompañado, y su ampliación, Pronunciamiento Médico Legal No. 112-06-IML-GRCRIM/DITANFOR de fecha 17 de octubre del 2006, de fojas 196 a 199, del mismo acompañado, refiere:

“La necropsia de ley consigna como causa de la muerte edema cerebral y pulmonar, que es confirmado en estudio anatomopatológico, las muestras de los fluidos corporales y vísceras dan positivos a Bupivacaina, por lo que inferimos que se desencadenó un Edema

¹ Obrante a fojas 5/7 de autos.

Cerebral y Pulmonar reactivo incompatible con la vida, luego de la administración de Bupivacaina por cateter epidural. En la necropsia de ley, así como en el levantamiento de cadáver no se evidenció el catéter epidural en el cadáver. Se debe indicar que en el acto operatorio se aplicó el mismo anestésico no produciéndose efecto adverso alguno, por lo que no se presumía de su ocurrencia”.

Concluyendo:

“La causa de la muerte del presente caso fue Edema Cerebral y Pulmonar, reactivo incompatible con la vida, posterior a la administración de Bupivacaina por Catéter Epidural, por probable reacción idiosincrásica de tipo anafiláctico propia de la paciente”

“La intervención quirúrgica se encontraba indicada, la anestesia vía de administración concentración y dosis del anestésico están indicados en la práctica médica. La terapia del dolor post operatorio por catéter epidural, se encuentran indicados en la práctica médica”.

“Paciente portadora de Enfermedad Neoplásica Maligna, con afección de útero, ovario y epiplones”.

Por todo lo antes expuesto los demandantes alegan que **hubo una conducta negligente e impericia del personal médico de la Clínica “Hogar de María”** quienes estaban encargados de la atención de la víctima (su hija) en la etapa post operatoria; lo cual produjo que perdiera la vida.

SOBRE LA NULIDAD EMITIDA POR LA PRIMERA SALA CIVIL:

TERCERO: Mediante Resolución 06, del 02 de diciembre de 2011, obrante a fojas 894/906, la Primera Sala Civil de Lima, declaró *Nula* la Sentencia (Resolución N° 26) de fecha 30 de enero de 2011, obrante a fojas 615/659, expedida por el Juzgado de origen, que declara *Fundada en Parte* la demanda interpuesta; por los siguientes fundamentos:

- i) No se establece la relación causal entra la carencia de título del anesthesiologo del médico Chavarri Paz y el deceso de la paciente, cuya actuación médica estuvo dentro de lo que la práctica médica indica, por lo que, no existe relación causal entre su actuación profesional y el deceso de la paciente y menos aún que la falta de inscripción del título de especialista haya motivado la muerte del paciente.
- ii) En la referida Sentencia, se elude evaluar la conclusión especializada del concejo Regional del Colegio Médico del Perú, sobre que la emergencia fue tratada adecuadamente, no habiéndose establecido la relación causal

entre el hecho acaecido y los factores determinantes o contributivos. Lo que no ha sido explicitado ni analizado rigurosamente, menos aún se ha establecido la negligencia del personal médico.

- iii) Asimismo no se ha considerado que la profesional obstetra es de formación académica superior a la de una enfermera con mayor idoneidad para acudir a una paciente en emergencia.
- iv) También no ha quedado acreditado que la clínica carecía de los equipos médicos indispensables para asumir una emergencia y que el suministro del analgésico y anestésico aplicado podía ser sustituido por otro eficaz y benigno a la salud de la paciente, situación que afirma, pudo haberse producido con la aplicación de cualquier otro medicamento.
- v) No ha existido un adecuado análisis, al no haberse establecido claramente cual es el factor determinante para la producción del daño, y que nos lleve sin lugar a dudas a concluir la causa de la muerte, pues si bien es cierto, del protocolo de necropsia, obrante a fojas 05/07 y de los informes médicos obrantes en autos, precisan que la causa de muerte de NBSM se debió a un edema cerebral y pulmonar, por aplicación de la anestesia LEVOBUPIVACAINA, también lo es, que existe la incertidumbre si el deceso se produjo por efecto de la mala administración de la anestesia o por una reacción anafiláctica imprevisible de la paciente fallecida.
- vi) No se ha acreditado fehacientemente si al administrarse el medicamento, ésta fue por una vía venosa, y a partir de ellos establecer la existencia o no de una relación entre tal conducta y la muerte, resultando indispensable que tal situación quede establecida plenamente, siendo insuficiente lo señalado por el Aquo en su fundamento 52, acápite e) “... que precisamente su aplicación, la que produjo edema pulmonar y cerebral, como reacción idiosincrásica propia, que la causó la muerte”; afirmación, que de manera imprecisa no establece de que forma se administró el medicamento, no obstante que existen indicios que ello pudo producirse por la vía venosa, como lo ha afirmado la hermana de la fallecida y como se lee del mencionado protocolo de necropsia, al referirse al examen físico externo, al consignarse; “Cuello: Cilíndrico, mediano, simétrico. Venopuntura de la vía central”, hechos que no han sido analizados por el Aquo y resultan relevantes a efectos de poder individualizar las conductas responsables.

- vii) También las conclusiones del Aquo expresadas en su fundamento 52, no determinan en forma fehaciente la causa del daño, sino que ellas se encuentran dirigidas a establecer la falta de prevención en el riesgo de administrar analgésico, identificando la conducta supuestamente negligente en el post operatorio, aduciendo tales situaciones como la causa de la muerte, cuando lo que es relevante determinar, es la razón por la cual se produce el edema pulmonar y cerebral, esto es, si por una reacción anafiláctica o por una mala aplicación del medicamento; por lo tanto debe estar claramente establecida las razones por las cuales se produjo la muerte y con ello establecer si el daño fue producto de una negligencia, y recién a partir de ese momento establecer la responsabilidad por el hecho de muerte.

SOBRE LOS RECURSOS DE APELACIÓN FORMULADOS POR LOS CODEMANDADOS FRIDA ESPINOZA MORA Y KYODA ASOCIADOS S.A.C.

CUARTO: Al advertirse que sus agravios contienen iguales argumentos, se procederá con subsumir y establecerse en este punto:

1. Según el retrato hablado, contenido en el Protocolo de Necropsia, obrante a fojas sesenta y cinco y siguientes, del acompañado, en la que sólo aparece venopuntura en la vía central, otra a nivel de columna lumbar y, una última, en ambas flexuras de codos; en otras palabras, **no se hallaron en el cuerpo de la occisa ningún catéter epidural**; por lo tanto, la conclusión del Aquo es totalmente errada, ajena a la realidad de los hechos, y no se sustenta en prueba objetiva e idónea alguna.
2. La Sentencia indica de la existencia de 02 catéteres cuando no se ha demostrado ni probado que hayan existido dos, uno epidural y otro de vía central. Tampoco se ha probado que se hayan colocado esos 02 catéteres de manera simultánea a la paciente occisa.

SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA CODEMANDANTE VMS.

QUINTO: Constituyen agravios del recurso interpuesto, los siguientes:

- i) El monto indemnizatorio es diminuto al excluir al daño emergente y el daño a la persona, toda vez que el monto demandado ascendía a la suma de S/. 170,000.00 Nuevos Soles, sin embargo, el Juzgado considerando aspecto no probado, disminuyo dicho monto en la suma de S/. 41,875.00 Nuevos Soles.
- ii) Sobre el hecho dañoso, el juzgado no ha apreciado el hecho probado al no valorar de manera razonada y conjunta los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados en autos.

SEXTO: Por el principio de limitación en materia impugnatoria que guarda plena correlación con el principio de congruencia procesal, el órgano revisor al resolver la impugnación solo debe avocarse y pronunciarse sobre los agravios formulados por las partes al proponer sus recursos, sin emitir decisión sobre aquellos aspectos no denunciados por ellas, salvo que se trate de errores graves que hayan generado una actividad procesal nula, siendo aplicable el aforismo que señala *tantum devolutum quantum appellatum*. Asimismo, del Aforismo antes expresado, debe aunarse la prohibición de “*reformatio in peius*”, cuyo fin es la no reforma en peor.

SÉPTIMO: Dicho esta antesala, la Sala Revisora procederá a analizar los autos, sus acompañados y concluir si la sentencia venida en grado se encuentra ajustada a la normativa vigente que regula la responsabilidad civil de las personas que causan daño por dolo o culpa y de ser así, establecer la obligación de de indemnizar². Revisando los autos se establece que los puntos controvertidos en este proceso fueron fijados en: “Establecer el nexo de causalidad entre la falta de deberes de cuidado a los que están obligados los médicos demandados y la Clínica Gineco Obstetra “Hogar de María” en su actuar post operatoria, cuyo resultado provocó un hecho dañoso (Fs. 390), para lo cual previamente tenemos que identificar los actos preparatorios al daño, el cual se encuentra plasmado en el fundamento **QUINTO** de la sentencia apelada y se divide en los sucesos ocurridos en el pre operatorio y el post operatorio, siendo este último la escena en que se produjo el deceso de la víctima.

EN CUANTO AL POST OPERATORIO Y LA MUERTE DE LA VÍCTIMA:

7.1) En síntesis hace referencia que la paciente NBSM, concurrió al Centro Médico “Hogar de María”, (Fs. 96/97) para efectuarse un chequeo médico, tras indicar que padecía de una tumoración anexial, según los exámenes auxiliares que se realizó en el Instituto de

² Artículo 1969.- 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.

Enfermedades Neoplásicas. Luego de un análisis la médico tratante y cirujana Margarita Bautista Kiota, hoy codemandada, le programó la intervención quirúrgica a fin de radicar la tumoración diagnosticada (Fs. 88 y 98).

7.2) Ahora bien la intervención quirúrgica se realizó el 02 de junio de 2005 y contó con la participación de los médicos demandados y víctima y duró desde las 6:30 am hasta las 7:30 am.; luego de realizada, el estado de la paciente era estable y fue conducida a una habitación del nosocomio, quedándose al cuidado de Mario Kahn Robledo (médico de guardia) y Frida Espinoza Mora (Licenciada en Obstetricia); **el acontecimiento esencial en este punto**, viene luego de dos horas de la intervención y habiendo pasado los efectos de la anestesia la paciente, esta empezó a sentir un dolor intenso en la herida operatoria, siendo evaluada sólo por la obstetrix Frida Espinoza Mora, quien procedió a administrarle la analgesia denominada **levobupivacaina** al 0.125x100 sustancia preparada por el anesthesiólogo Daniel Chavarri Paz (Según su manifestación obrante a fojas 530), luego la víctima empezó a sentir más dolor y tuvo complicaciones para respirar, procediendo dicha obstetrix a suspender el fármaco analgésico, a tomarle el pulso y a efectuar respiración boca a boca con maniobras de reanimación, conforme ella misma lo manifiesta; luego llamaron al médico de guardia - Mario Hahn Robledo, y la paciente fue trasladada a la Sala de Operaciones, en donde éste le colocó oxígeno y continuó reanimándola, administrándole una ampolla de adrenalina, sin que la paciente reaccione, ocurriéndole un paro cardiorrespiratorio, y luego la muerte.

OCTAVO: Se trata de un supuesto de responsabilidad civil contractual, que proviene de la relación jurídica de naturaleza médica en la que se produjo la muerte de NBSM por presunta negligencia médica ocurrida en la etapa post operatoria, concretamente por aplicación negligente de un fármaco. Por lo que pasaremos a analizar si resultan concurrentes todos los elementos concernientes a la responsabilidad civil, a partir de lo dispuesto en los artículos 1321° y 1322° del Código Civil, estos son:

LA DOCTRINA NOS SEÑALA³.

NOVENO: El profesor Lizardo Taboada Cordova en su obra "*Elementos de la Responsabilidad Civil*" desarrolla los elementos de la responsabilidad civil:

1. **La Conducta Antijurídica:** Este Colegiado tiene en cuenta que analizaremos la *antijuricidad atípica*, es decir aquella prevista de forma genérica por el ordenamiento jurídico, proporcionada para el sistema de responsabilidad civil la *lógica adecuada* para su buen funcionamiento en la *realidad social*. Tomando en cuenta que la responsabilidad civil se aplica a la conducta de los hombres en su vida de relación en una determinada sociedad, y que la sociedad, al igual que su sistema jurídico, establece también *patrones de conducta*, los cuales no se agotan con el concepto de buenas costumbres. Patrones de conducta que en el caso de autos tiene que ver con la conducta médica.

En el presente caso, este Colegiado Superior en vista de todo lo antes descrito por el Juez Aquo, no puede dejar de obviar lo señalado por el Ministerio Público en Pronunciamiento Medico Legal N° 093-06-IML-SRLC/DETAF de fecha 28 de abril de 2006, obrante a fojas 176/182, donde en su último párrafo del punto “III.ANALISIS” menciona que: “La Historia Clínica de la paciente presenta varias deficiencias en su llenado, así no hemos encontrado el registro del examen físico de la paciente, no se encontró registro de la historia de la enfermedad ni de sus antecedentes patológicos, no se encontró registro de la *indicación detallada de la analgesia* por catéter como: dosis, vía de administración, concentración, ni el nombre del medicamento a suministrar”. Lo cual no respalda lo manifestado por la codemandada en la audiencia de pruebas, Licenciada en Obstetricia Frida Espinoza Mora al decir que suministró *Levobupivacaína* cuando en el cuerpo de la víctima, siendo específicos en su *bilis, en el humor vitreo, orina, sangre cerebro, hígado y en el contenido gástrico*, se le encontró *Bupivacaína*. Con lo cual surge la siguiente pregunta ¿ Que hace la Bupivacaina, en el cuerpo de la Víctima?. respuesta que nos dilucida la manifestación plasmada por la hermana de la víctima Fiorella Jeanett Sánchez Moscoso: “[...] regresó la obstetrix con una jeringa que contenía un líquido transparente desconociendo que medicamento contenía, pero la obstetrix colocó la ampolla en el catéter que tenía mi hermana en el lado izquierdo cerca de su cuello, [...]”. Sumándose a ello, la afirmación de la propia demandada Frida Espinoza Mora en su *Manifestación Policial*, de fojas veintinueve del acompañado, afirmó “[...] acompañada de la auxiliar Gloria le administró la analgesia por catéter lentamente, en la cual le voy observando [...]”, sin precisar en qué parte o lugar

del cuerpo de la accisa, se encontraba el catéter por donde administró esta analgesia. Situación que se ajusta al artículo 191° del Código Procesal Civil al generar la presunción judicial, esto es un sucedáneo de todos los medios probatorios, basados en el *razonamiento lógico-crítico* del Juez, basado en reglas de experiencia y/o en sus conocimientos a partir de un presupuesto debidamente acreditado en el proceso, lo cual hace presumir que Si “no se encontró registro de la indicación detallada de la analgesia por catéter como: dosis, vía de administración, concentración, ni el nombre del medicamento a suministrar”, refuerza la posición que este fármaco *Bupivacaína* ingresó al cuerpo de la víctima por la vía central ubicada a la altura del cuello, lo cual quebranta las manifestaciones tanto del anestesiólogo como de la licenciada en obstetricia que administró fármaco, tras alegar que administró a la víctima *Levobupivacaína*, cuando en realidad fue *Bupivacaína* (lo que se le encontró en el cuerpo) que produjo un paro cardiorrespiratorio, y luego su muerte

Por lo tanto, en cuanto a este extremo podemos determinar que la conducta de la Licenciada en Obstetricia Frida Espinoza Mora es la que produjo el daño y por tanto resulta antijurídica, lo que nos conlleva a seguir determinando los demás elementos de la responsabilidad; dejando de lado a los demás actores⁴ que participaron de la cirugía tras determinarse que su participación concluyó con una cirugía exitosa y el hecho antijurídico se produjo en la etapa pos operatoria.

- 2. El Daño causado:** Es la consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico (*antijuricidad atípica*), el de no causar daño a los demás, de ser así abre el camino de la indemnización. En el caso de autos el resultado de la conducta antijurídica es la muerte de la víctima, ahora debe tomarse en cuenta que no solo basta que el daño se haya producido, sino que se debe determinar la relación de causalidad y la concurrencia de los respectivos factores de atribución. En el presente

⁴ Considerando segundo de la presente resolución:

- a) La encargada de la intervención, la Dra. Margarita Bautista Kiota (dueña del centro médico)
- b) El anestesista, Dr. Daniel Chavarri Paz
- c) Como Primer ayudante, el médico oncólogo Dr. Luis García Bernal.
- d) Como Segundo ayudante, el médico Dr. Mario Kahn Robledo.

caso, como Sala Revisora pasaremos a determinar si lo estimado por el Juez se ajusta con los daños patrimoniales y extramatrimoniales que han sufrido los demandantes.

a) Daño emergente:

Entendido como la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado, y la indemnización busca la restitución de dicha pérdida. La cuál según las pruebas adjuntadas en la demanda (Fs. 42/43) solo podrá indemnizarse el pago efectuado a la Beneficencia Pública de Cañete por el fallecimiento de NBSM. En este sentido como Colegiado Superior consideramos esta pretensión debe ser amparada y confirmada por el monto fijado por el Juez de la demanda en S/. 1,875 Nuevos Soles.

b) Lucro cesante:

Para esta Colegiado Superior el Balance General y Flujo de Caja Proyectado resultan insuficientes, toda vez que son medio probatorios con una fuente unilateral, es decir que no cuentan con un respaldo que no ponga en duda que los montos sean aumentados o diminutos, en este sentido la suma fijada por los demandantes por el monto de S/. 60,000.00 Nuevos Soles, importe que percibiría la víctima a través de su empresa “Un sueño hecho a mano”, por la comercialización de productos hecho a mano, con proyección a la exportación, según el Balance General de la empresa “Un Sueño hecho a Mano” y Flujo de Caja, a mayo del 2005 y 2006, respectivamente; por lo que, no encontrándose suficientemente acreditada, la *desestimación* efectuada por el Juez Aquo sobre este punto, lo comparte esta Sala Revisora.

c) Daño moral:

Consideramos que el *quantum indemnizatorio* la **suma de S/ 40,000.00 Nuevos Soles**. resulta desequilibrado entre el daño ocasionado y la cuantía de la indemnización para resarcirlo; toda vez que esta daño trata sobre el dolor de afección y pena que afecta la paz espiritual y lesiona el animo de toda persona, creándole una sensación de sufrimiento que deteriora su esfera sentimental, el equilibrio y la tranquilidad espiritual que son los soportes que respaldan a todo ser humano. En el caso de autos, el fallecimiento NBSM, hija de los accionantes, fue una gran perdida al

ser quien falleciera su hija, lo cual evidentemente crea un menoscaba su animo, teniendo en cuenta que en ciclo de la vida los hijos debemos enterrar a nuestros padres y no los padres a sus hijos; por lo tanto como Colegiado Superior consideramos que este monto debe ser revocado y fijamos como *quantum indemnizatorio* la suma de *quantum indemnizatorio* la suma de **S/ 80,000.00** Nuevos Soles.

- 3. La Causa Adecuada:** Es aquella relación de causa-efecto que exige entre la conducta antijurídica antes descrita y el daño causado, en el caso de autos de evidencia una *causalidad adecuada*, la misma que exige la concurrencia de un *factor in concreto* ya que existe una relación física y material ya que el actuar negligente de la codemandada Frida Espinosa Mora conllevó a la muerte de la víctima NBSM; y un *factor in abstracto* esto es que normalmente y cotidianamente estas conductas relacionadas con la medicina y fármacos producen daño.
- 4. El factor de atribución:** Siendo en este caso el de culpa grave o inexcusable, al administrar la referida licenciada en obstetricia un fármaco cuyo efecto podría causar la muerte de la víctima, más aún al estar capacitada como tanto señaló en sus declaraciones obrantes a fojas 530, toda vez que como profesional de la salud está obligada a prestar un diligente servicio de su especialidad (Obstetricia), lo cual no ocurrió en autos tras haber actuado con una conducta negligente que además dio origen al daño ocasionado a la actora, teniendo en cuenta que todo profesional de la salud debe velar por el bienestar, seguridad e integridad de sus pacientes, en el caso concreto que se pueda administrar un fármaco estando debidamente capacitado y tener el conocimiento de que es lo que se esta administrando al paciente, situación que evidentemente no se presentó en el presente caso y que cuenta son sustento legal en el artículo 36° de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, según la cuál los profesionales médicos con responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e impertido de sus actividades.

Por tanto, tenemos que en caso concreto concurren todos los elementos de la responsabilidad civil y en consecuencia de lo actuado no queda duda que la muerte de

doña NBSM se produjo por la conducta negligente de la demandada Frida Espinoza Mora al aplicarle de forma incorrecta un fármaco que le produjo la muerte.

DÉCIMO: En orden de ideas, corresponde hacer extensiva de manera solidaria la responsabilidad en la que habría incurrido la Licenciada en Obstetricia Frida Espinoza Mora a su co-demandada Clínica Especializada Gineco-Obstétrica “Hogar de María”, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 1325° del Código Civil concordante con lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley No. 26842, Ley General de Salud⁵, según la cual, puesto que al haberse encontrado la referida Licenciada en Obstetricia bajo las órdenes de la referida clínica, quien constituía el establecimiento de salud en el caso que nos ocupa y considerando que dicha Licenciada le presta sus servicios profesionales, esta debe responder de manera solidaria por el daño acreditado en autos causado por el primero, ya que dicho daño fue efectuado cuando se encontraba en actividad de servicios prestados a la clínica co-demandada en la etapa pos operatoria.

Por las consideraciones antes expuestas la sentencia venida en grado debe ser revocada solo en el extremo del *quantum indemnizatorio* del daño moral, estando debidamente sustentada en los otros extremos; por lo tanto , los Jueces Superiores de la Primera Civil de Lima;

DECIDEN:

- 1) **CONFIRMAR** la **sentencia** expedida mediante Resolución N° 07 de fecha 25 de septiembre de 2014, obrante a fojas 84/89, que declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión contenida en el escrito de demanda (Daño Emergente, Lucro Cesante, Daños Físico) obrante de fojas cincuentiseis a sesentiseis, interpuesta por **SUCESIÓN PROCESAL DE VSG y VMG**, contra la **CLÍNICA GINECO OBSTETRA “HOGAR DE MARÍA”** y **FRIDA ESPINOZA MORA**, sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**.
- 2) **REVOCAR** la suma de S/. 40,000.00 Nuevo Soles como indemnización por daño moral; **REFORMANDO** fijaron la suma de **S/. 80,000.00** Nuevos Soles por este concepto, que sumado a al monto de **S/, 1,875.00** Nuevos Soles por daño

⁵ **Artículo 48.-** 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. (Sic)

emergente, se obtiene la suma de **S/. 81,875.00 (OCHENTIUNO MIL OCHOCIENTOS SETENTICINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES)** por indemnización por daños y perjuicios. En los seguidos por **SUCESIÓN PROCESAL DE VSG y VMG**, contra la **CLÍNICA GINECO OBSTETRA “HOGAR DE MARÍA”**, **MARGARITA BAUTISTA KIOTA**, **DANIEL CHAVARRI PAZ**, **MARIO KHAN ROBLEDO**, **LUIS GARCÍA BERNAL** y contra **FRIDA ESPINOZA MORA**, sobre **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**.

- 2) **DISPUSIERON** la devolución de los presentes autos al Juzgado de origen, conforme lo prevé el artículo 383° del Código Procesal Civil. **Notifíquese.-**

LAMA MORE

HURTADO REYES

SOLÍS MACEDO

Vista de la Causa: 01-07-2015.

MAHR/jha

