



PONENCIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR TITULAR

ROLANDO A. ACOSTA SÁNCHEZ

EXPEDIENTE N° 02483-2019-0-1801-JR-CI-31

DEMANDANTE : XXXX

DEMANDADO : SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD Y XXXX

MATERIA : INDEMNIZACIÓN POR NEGLIGENCIA MÉDICA

PROCEDENCIA : CUARTO JUZGADO CIVIL TRANSITORIO DE LIMA

VC 11.03.2025 (07)

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN TRES.

Lima, diecisiete de octubre de dos mil veinticinco.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por los señores jueces superiores titulares María Sofía Vera Lazo (presidenta), Juan Manuel Rossell Mercado y Rolando Augusto Acosta Sánchez (ponente), en los seguidos por XXXX (*la señora XXXX*) contra el Seguro Social de Salud (*Essalud*) y XXXX (*el médico XXXX*),



sobre indemnización por atención médica deficiente, expide la siguiente sentencia de vista.

I. ASUNTO:

Apelaciones interpuestas contra la *sentencia* contenida en la resolución dieciocho (folio 555), dictada por la señora jueza Luisa Rossana Cano Freitas, encargada del Cuarto Juzgado Civil Transitorio de Lima:

1. Essalud apeló el extremo que decidió *indemnizar a la señora XXXX por daño moral y daño psicológico (cincuenta mil soles) que padeció por la falta de intervención médica idónea y oportuna (cesárea de emergencia) que ocasionó la muerte de su bebé no nato.*
2. La señora XXXX apeló el extremo que declaró infundado el daño emergente y lucro cesante, además, de cuestionar los montos reconocidos por daño moral (cuarenta y ocho mil soles) y daño psicológico (dos mil soles) por considerarlos diminutos.

II. ANTECEDENTES:

La demanda de responsabilidad civil

1. La señora XXXX inició sus controles médicos a los seis meses de gestación en el Policlínico Pablo Bermúdez, y fue derivada al hospital Edgardo Rebagliati Martins, perteneciente a Essalud (en adelante *el*



Hospital) por su diagnóstico de embarazo de alto riesgo. La Unidad de Vigilancia Fetal comprobó que su embarazo evolucionaba favorablemente, y le programaron su cesárea para el 04 de agosto de 2011.

2. En 27 de julio de 2011 acudió por emergencia al Hospital tras presentar dolores de parto; sin embargo, el médico XXXX le dio el alta, pues aseguró que no se encontraba en trabajo de parto. A su insistencia, el médico la auscultó y advirtió que el bebé no presentaba movimientos fetales, por lo que le aplicaron un medicamento desconocido que hizo reaccionar al feto. Aún así, el médico le dio el alta, pero los dolores aumentaron con el transcurso de las horas.
3. Al día siguiente (28 de julio de 2011), retornó al hospital y fue atendida por el médico XXXX, a quien le relató los hechos y el dolor que padecía. Este *se negó a atenderla, pero ante su insistencia le realizaron control fetal, que evidenció ausencia de movimientos* y le practicaron “estimulación” al feto. Frente a sus reclamos, le aplicaron diclofenaco y le prescribieron analgésicos, pese a estar contraindicado para gestantes, además, le ordenaron regresar a su domicilio. El 29 de julio no sintió movimientos fetales y acudió otra vez al hospital, donde le informaron que su bebé había fallecido.
4. La señora XXXX adujo negligencia médica porque el médico XXXX le negó una cesárea de emergencia que habría evitado el deceso de su bebé.



Además, los otros médicos se negaron a extraer el feto muerto y sus familiares recurrieron al Ministerio Público para exigir la intervención médica. Estos hechos constan en la historia clínica, en el informe de auditoría médica y en la *sentencia firma dictada por la Jurisdicción penal que condenó al médico XXXX porque no prestó atención al diagnóstico de embarazo de alto riesgo ni cumplió los protocolos de atención, lo que provocó la muerte de su hijo no nato*, y el daño emergente, lucro cesante, daño moral y personal que valuó en dos millones de Soles.

5. El *daño emergente* se configuró por los *gastos de atención durante el embarazo* (pago de consulta en hospital y clínica, transporte y exámenes médicos) y *por la interrupción del embarazo* (gastos en el requerimiento fiscal, denuncia ante las autoridades, gastos de sepelio, movilidad, intervención quirúrgica de extracción, cuidados y otros). El *lucro cesante* derivó de los *ingresos dejados de percibir* debido a su estado de salud (imposibilidad física y emocional) y *dejó de laborar definitivamente* debido al tratamiento psicológico continuo, y esto causó la pérdida del seguro médico obligatorio.
6. El *daño moral y personal* se sustenta en la *muerte de su hijo* y el *riesgo de su vida* por negarle la intervención de extracción, razones por las que está sometida a *tratamiento psicológico y psiquiátrico, con medicación permanente*.

La contestación de Essalud



7. Negó que exista vínculo contractual con la señora XXXX, quien fue asegurada obligatoria como conviviente, *ex Ley N° 26790*. Sostuvo que en las dos primeras atenciones de emergencia se constató que la señora XXXX no se encontraba en trabajo de parto y los estudios de bienestar fetal eran normales, por lo que no había situación de emergencia para terminar la gestación.
8. Se le entregó una hoja de monitoreo fetal y de signos de alarma, entre ellos, la ausencia o disminución de movimientos fetales. Sin embargo, en la tercera atención de emergencia (29.07.2011) acudió luego de 10 horas de no sentir movimientos y no registró los movimientos fetales de su bebé.
9. No se probó que el diclofenaco haya causado la muerte del feto, y aunque no se realizó la necropsia, de acuerdo con el examen de placenta, ésta presentaba *corioamnionitis*, lo que indica una posible infección del feto, infección de la que no es responsable el personal médico. Además, la paciente tuvo dos abortos previos (1996 y 2007) y no tuvo ningun control hasta los seis meses de gestación, por lo que, el deficiente cuidado pudo ocasionar el factor de riesgo al feto y desencadenar su muerte.
10. La sentencia penal no estableció la responsabilidad penal del médico, pues no existió pronunciamiento de fondo al declararse prescrita la acción penal. El Informe de Auditoría Médica sólo tiene carácter ilustrativo y no sancionador, por ende, no establece responsabilidad funcional del personal



médico. En tal sentido, no se ha probado el factor de atribución ni el nexo causal.

11. Cabe precisar que, el médico XXXX fue declarado rebelde (folio 333).

La sentencia que estimó sólo los daños extrapatrimoniales

12. La jueza declaró *fundada la demanda de indemnización por los daños extrapatrimoniales que sufrió la señora XXXX, S/48,000 soles por daño moral y S/2,000 soles por daño psicológico (a la persona), e infundado el daño emergente y lucro cesante*, por las siguientes razones:

- a) La atención médica que recibió la señora XXXX los días 27, 28 y 29 de julio de 2011 fue negligente y provocaron la muerte del feto de la señora XXXX.
- b) Los médicos no tuvieron en cuenta que el embarazo era de alto riesgo, la señora XXXX era una paciente de alto riesgo, de 37 años, con antecedentes de miomectomía y dos abortos. Por lo que, de acuerdo con la pericia médica, debió programarse la cesárea de emergencia, sin embargo, le dieron de alta los días 27 y 28 de julio.
- c) Se halló meconio¹ en la placenta, lo que indica que el feto antes de fallecer se encontraba en sufrimiento fetal y de haberse realizado la

¹ El meconio es la primera deposición del bebé, que es pegajosa, espesa y de color verde oscuro. Generalmente se expulsa en el útero durante las primeras etapas del embarazo y nuevamente en los primeros días después del nacimiento. Recuperado de [<https://www.stanfordchildrens.org/en/topic/default?id=meconium-aspiration-90-P02384>].



cesárea a tiempo, se pudo evitar la muerte de éste. Así mismo, no se demostró que la causa de muerte haya sido por corioamnionitis².

- d) La actuación médica del médico XXXX no se ajustó a la normatividad y procedimientos médicos vigentes, por el contrario, debió ordenar la hospitalización y programar la cesárea de acuerdo a las condiciones médicas de la señora XXXX, dicha omisión fue por culpa inexcusable. Además, existió relación de causalidad entre la conducta negligente y omisiva del médico demandado y la muerte del bebé.
- e) La señora XXXX no probó el daño emergente, pues las atenciones médicas fueron cubiertas por Essalud, y no acreditó los gastos de terapias, sepelio, movilidad y el requerimiento fiscal que alegó. Tampoco probó que haya dejado de percibir ingresos (lucro cesante) a consecuencia de los tratamientos médicos y psicológicos recibidos por la muerte de su bebé.
- f) Está probado el daño moral de la señora XXXX que padeció a consecuencia de la muerte de su hijo no nato de treinta y ocho semanas y media, lo que le produjo dolor, aflicción, sufrimiento y

² La corioamnionitis es una infección de la placenta y el líquido amniótico. Aunque solo la padecen algunas mujeres, es una causa común de parto prematuro. Recuperado de <https://www.stanfordchildrens.org/en/topic/default?id=chorioamnionitis-90-P02441>



padecimiento. En aplicación al principio de equidad se estimó dicho daño en la suma de S/48,000 soles.

- g) Está probado el daño psicológico (daño a la persona) que sufrió la señora XXXX por la pérdida de su bebé, lo que motivó atención psicológica y psiquiátrica. Sin embargo, no se probó el riesgo inminente sobre su propia vida como parte del daño a la persona que invocó. En consecuencia, por aplicación al principio de equidad se estimó en la suma de S/2,000 soles.
- h) Essalud es solidariamente responsable por los daños ocasionados por el personal médico que atendió negligentemente a la señora XXXX, *ex artículo 48 de la Ley General de Salud - Ley N° 26842.*

La apelación de Essalud

13. Apeló (folio 612) el extremo de la sentencia que declaró fundada la indemnización por daño moral y psicológico y pidió sea revocado, para tal efecto expuso:

- a) Reconocen el sufrimiento que produjo la muerte del bebé, sin embargo, no fue causada intencionalmente por el médico XXXX, quien actuó según su criterio médico y experiencia profesional dentro de una obligación de medios, no de resultados. Además, la auditoría médica no establece responsabilidades funcionales del personal médico, por lo que,



no corresponde ser sancionado ni imponer la obligación de resarcimiento a Essalud y su personal médico.

b) La corioamnionitis tiene muchas causas y no pudo establecerse que ésta infección fuese causada por el personal médico. Tampoco se tuvo en cuenta que son hechos comprobados que no había situación de emergencia para terminar la gestación, la paciente ignoró la indicación de registrar movimientos fetales y acudió luego de 10 horas de no sentir movimientos fetales, que tuvo dos abortos previos y no tuvo ningún control ni tratamiento hasta los seis meses de gestación, lo que pudo ser un elemento contributivo.

La apelación de la señora XXXX

14. Apeló (folio 623) la desestimación de los daños patrimoniales y cuestionó el monto indemnizatorio del daño moral y psicológico. Alegó como agravios:

a) La jueza concluyó erróneamente que las atenciones médicas de los primeros meses de embarazo no han irrogado gasto alguno, y si bien no constan en documentos, ello no puede significar que estos fueran gratis. El tiempo, traslados y transporte no requieren recibos de pago.

b) No se valoró las pruebas que acreditaron que dejó de trabajar a causa del daño psicológico, aunque no se refiere a la pérdida de trabajo sino a estar privada de obtener ingresos de haberse desempeñado normalmente en sus labores.



- c) El monto de daño moral resulta diminuto, pues no se tuvo en cuenta que lo afectado fue una vida humana, lo que ocasionó una profunda frustración a una madre que perdió a su hijo completamente formado a causa de una negligencia grave del infractor. Este, al igual que la entidad, nunca tuvo intención de resarcirla y la abandonó a su suerte, ya que solo recibió atención psiquiátrica mientras su seguro social estuvo vigente. Por lo tanto, el importe fijado no responde a la finalidad reparatoria, disuasiva y sancionadora de la conducta generadora del daño.
- d) La jueza no evaluó la verdadera dimensión del daño psicológico causado a la demandante, a la fecha han transcurrido cerca de 13 años de tratamiento psiquiátrico por depresión vinculada al trauma vivido, lo que evidencia el carácter permanente del daño causado, y la suma de dos mil soles no cubre ni los gastos que demanda la atención psiquiátrica.

III. LA PREVIA INTEGRACIÓN DE OFICIO DE LA SENTENCIA APELADA

1. En el considerando décimo noveno de la sentencia apelada, la jueza concluyó que no fueron acreditados el daño emergente ni el lucro cesante que invocó la señora XXXX en su demanda. Sin embargo, dicho pronunciamiento fue omitido en la parte resolutiva de la sentencia.



2. El artículo 370 del Código Procesal Civil establece que el “juez superior (...) puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa”. En ese sentido, corresponde *integrar* la sentencia apelada, bajo los siguientes términos: “DECLARAR INFUNDADA la indemnización por DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE solicitada por XXXX”.

IV. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE VISTA QUE ESTA SALA SUPERIOR DICTARÁ:

La acreditación de la negligencia médica del médico XXXX durante su atención a la señora XXXX

1. Essalud insistió en que la atención del médico XXXX no causó la muerte del bebé, pues sostuvo que éste actuó según su criterio médico y experiencia profesional dentro de una obligación de medios, no de resultados.
2. Cabe mencionar que, la señora XXXX planteó el presente caso como uno de responsabilidad civil contractual, y señaló que el médico XXXX actuó negligentemente durante su atención médica, dicha negligencia consistió en la negativa u omisión de realizar la cesárea de emergencia el día 28 de julio de 2011, lo que produjo la muerte de su bebé no nato.



3. Ahora bien, Diez Picazo³ precisa que en la obligación de medios “el deudor (la) cumple desplegando diligentemente la actividad, aunque no se consiga el resultado esperado”, mientras que, en la obligación de resultado “a sólo hay cumplimiento si el resultado se obtiene”. Por dicha razón, en la obligación de medios “el acreedor ha de probar que el deudor no ha empleado la *diligencia* requerida”⁴.
4. Sobre esto último, el artículo 1330 del Código Civil impone al perjudicado la carga de la prueba sobre el “dolo o de la culpa inexcusable (...) por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Como correlato, el artículo 1314 establece que si el deudor “actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable” por el incumplimiento o cumplimiento deficiente de la obligación.
5. La sentencia estimatoria no calificó la atención médica como una obligación de resultado, como erróneamente aduce Essalud, pues lo que fue objeto de análisis fue “determinar si el médico demandado al prestar el servicio hospitalario a favor de la demandante actuó con negligencia”, lo que evidencia que la jueza de primera instancia analizó la diligencia en la atención médica como parte de la obligación de medios, y no de resultados.

³ Diez-Picazo, L. y Guillón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. II, 6a ed.). Madrid: Tecnos, p. 145.

⁴ Diez-Picazo, L. y Guillón, A. Op. cit., p. 216.



6. La jueza concluyó que sí existió negligencia médica, pues de acuerdo con la pericia médica (folio 408 a 427), *los actos ejecutados por el médico XXXX no se ajustaron a los normatividad y procedimientos médicos vigentes, y éste no prestó atención a los múltiples factores de riesgo* que presentaba el estado de salud de la accionante (gestación a término de alto riesgo, gestanteañosa, mioma cervical y con el antecedente de dos abortos previos). Por estas razones *"debió ordenar(se) su hospitalización para practicarle la cesárea y así evitar el fallecimiento del bebé"*.
7. La prueba pericial no fue observada por ninguno de los demandados, por lo que, *sus conclusiones demuestran que el médico XXXX actuó negligentemente durante la atención de emergencia de la señora XXXX el día 28 de julio de 2011.*
8. En ese sentido, la perjudicada probó la negligencia o culpa inexcusable con la que actuó el médico XXXX, quien dispuso su alta en vez de ordenar su hospitalización para la cesárea de emergencia que requería la señora XXXX, por los múltiples factores de riesgo que padecía, ello con independencia de si se encontraba o no en trabajo de parto.
9. En consecuencia, nunca se atribuyó que el médico XXXX haya actuado intencionalmente (dolo), sin embargo, la pericia médica probó que su atención médica fue negligente y contraria a los protocolos médicos vigentes, dicha conclusión no se extrae sólo de la auditoría médica, sino de



la pericia que constituye una prueba determinante que no fue observada por ninguno de los demandados.

La falta de cesárea de emergencia: única causa adecuada del fallecimiento del bebé no nato de la señora XXXX

10. El legislador nacional ha admitido la causalidad adecuada como la teoría causal aplicable a los casos de responsabilidad civil, según la cual “un resultado se produce por el conjunto de una serie de condiciones; pero (...) no estima que todas ellas sean iguales, sino que (...) (ú)nicamente será causa la o las condiciones que se encuentren unidas al hecho dañoso por una adecuada relación de causalidad, y es *la mayor o menor probabilidad de un evento o condición para causar el daño* lo que permitirá que se le considere o no como la causa adecuada del mismo”⁵.

11. A ello, Traeger y Enneccerus agregan el criterio de la previsibilidad del daño “al tomar en cuenta únicamente las circunstancias o antecedentes conocidos al momento del hecho ilícito o del incumplimiento. Por lo tanto, (...) el daño será directo si éste es previsible según el curso normal de las cosas, y si el perjuicio ocurre a consecuencia de un encadenamiento

⁵ Fuentes Guiñez, R. (2010). Las teorías tradicionales sobre la causalidad. En: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (14), p. 28.



excepcional o bizarro, será calificado de indirecto, y no existirá nexo causal”⁶.

12. Ahora bien, la señora XXXX precisó que la causa *probable* de muerte de su bebé no nato fue la omisión o negativa de practicarle la cesárea como parte de la atención médica negligente del médico XXXX. En contraposición, Essalud señaló como *causa probable* de muerte del fallecimiento del feto fue la corioamnionitis, además de otras condiciones y circunstancias que rodean el caso, entre ellas que los dos abortos previos, la falta de controles durante los seis primeros meses de gestación, la paciente ignoró la indicación de registrar movimientos fetales y la demora en acudir al hospital luego de la disminución de movimientos fetales.
13. Al respecto, Essalud *no aportó ningún medio de prueba que acredite la causalidad que atribuye a otras condiciones*. En el caso de la corioamnionitis, si bien se alude a un informe de anatomía patológica, éste no fue ofrecido como prueba, aunque dicho estudio se realizó a la placenta y no el feto.
14. De acuerdo con el informe ecográfico (folio 84) de 16 de julio de 2011, el líquido amniótico era “normal” a las 35 semanas de gestación, lo cual *descarta que la corioamnionitis de la placenta se haya originado durante los primeros meses de gestación* en los que la señora XXXX, lo que es congruente con el resultado de los primeros controles prenatales que le

⁶ Fuentes Guiñez, R. (2010). Op. cit., p. 29.



practicaron a la señora XXXX en el Policlínico Parroquial de Especialidades Médicas Inmaculada Concepción y la Clínica Vista Alegre (informes ecográficos de folio 76 a 83), correspondientes a las semanas de gestación 11, 13, 23 y 32, que reportaron el bienestar adecuado del feto.

15. De ello sigue que no se puede atribuir la causa de muerte al feto, como se señaló ligeramente en el certificado de defunción del bebé, a quien no se le practicó la necropsia, pero que de acuerdo con los controles médicos privados y públicos, no reportaba ninguna patología previa al deceso.
16. Por otro lado, los antecedentes médicos de la señora XXXX (dos abortos previos, miomectomía y portadora de mioma cervical de gran tamaño) no fueron la causa del deceso del bebé, sino que eran factores de riesgo que obligaban al médico XXXX a realizar la cesárea de emergencia, intervención médica que fue omitida por éste, conforme concluyó la pericia médica.
17. La supuesta demora de la señora XXXX en acudir al hospital tampoco se erigió en hecho contributivo a la causación del daño carece de respaldo probatorio y técnico. Por el contrario, *la pericia médica estableció que la falta de cesárea de emergencia fue la única causa determinante (necesaria y suficiente) que produjo el fallecimiento del bebé no nato de la señora XXXX, mientras que,*



los demandados no demostraron la existencia de otra causa adecuada del hecho dañoso, exclusiva o concurrente, por lo que se rechaza el agravio.

La solidaridad de Essalud

18. El artículo 48 de la Ley General de Salud establece 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*”.

19. En atención a lo expuesto, está probada la negligencia del médico XXXX, y que fue ésta la causa del deceso del bebé de la señora XXXX, consecuentemente, Essalud es solidariamente responsable de los daños provocados a la demandante, toda vez que el codemandado forma parte de su personal médico sujeto a una relación laboral dependiente.

La improbanza de los daños patrimoniales alegados por la señora XXXX

20. Fernández⁷ define el *daño emergente* como “el *empobrecimiento* que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño. (...) se extrae del patrimonio de un sujeto una utilidad que ya existía dentro de este al momento de acontecer el daño”. Es decir, este tipo de daño se traduce en la pérdida efectiva del patrimonio preexistente, por lo que, para su

⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 97.



reconocimiento, es indispensable acreditar la *existencia previa del patrimonio afectado, su disminución concreta y cuantificable* como resultado directo del evento dañoso.

21. Ahora bien, la señora XXXX sustenta su daño emergente en *los gastos de atención durante el embarazo* (pago de consulta en hospital y clínica, transporte y exámenes médicos) *y por la interrupción del embarazo* (gastos en el requerimiento fiscal, denuncia ante las autoridades, gastos de sepelio, movilidad, intervención quirúrgica de extracción, cuidados y otros).
22. Al respecto, es importante precisar que los gastos realizados durante el embarazo son previos al fallecimiento del bebé, lo que significa que no guardan ninguna relación con el hecho generador del daño, es decir, no son consecuencia de éste.
23. En cuanto a los gastos derivados de la interrupción del embarazo, si bien pueden ser consecuencia del evento dañoso, sin embargo, la accionante no probó la disminución patrimonial concreta y cuantificable, lo que no significa que se presuma la gratuidad de los servicios anotados, pero de ningún modo, se ha probado que la señora XXXX haya realizado tales gastos.
24. Más aún si en el caso del requerimiento fiscal y la denuncia ante las autoridades, no debería suponer gasto alguno, pues son servicios gratuitos a cargo del Ministerio Público, mientras que en el caso de la intervención



quirúrgica de extracción fue realizada por la entidad demandada, sin que se haya exhibido pago alguno por dicho servicio. Por tanto, se concluye que la señora XXXX no probó el daño emergente que reclamó.

25. Por otro lado, el *lucro cesante* comprende “la *pérdida de una utilidad* que el damnificado razonablemente conseguiría de no haberse producido el evento dañoso”⁸, y su acreditación requiere “un *juicio de probabilidad*, en donde la certeza nunca está referida a la falta de ganancia en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios”⁹.

26. De lo anterior, se colige que el lucro cesante no se reduce por la mera alegación de la pérdida de ganancias futuras, sino que su determinación exige una *probabilidad alta de que tales ganancias pudieron existir y se perdieron a consecuencia del hecho dañoso*.

27. En el caso analizado, la señora XXXX en su apelación precisó que su lucro cesante no se refiere a la pérdida de trabajo sino a *estar privada de obtener ingresos de haberse desempeñado normalmente en sus labores*. Es decir, no se ha demostrado que la demandante haya contado con un trabajo previo al deceso de su bebé, ni que haya dedicado a cualquier actividad independiente de la que pudo obtener algún tipo de ganancias.

28. Por lo tanto, *la señora XXXX no contaba con una expectativa razonable de obtener alguna rentabilidad, ya que no demostró la existencia de actividades*

⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, G. (2019). Op. cit., p 97.

⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, G. (2019). Op. cit., p. 65.



dependientes o independientes ciertas o potenciales. Si bien el lucro cesante no reclama una certeza absoluta sobre la ganancia frustrada, sí se requiere una probabilidad fundada de su potencial existencia; en este caso, dicha probabilidad no ocurre, pues no se acreditó de manera concreta que permita proyectar el perjuicio económico alegado.

La doble afectación de la señora XXXX: daños indirectos por el vínculo familiar y daños directos por la unidad feto-materna

29. En el presente caso, el fallecimiento del bebé no nato conforma el daño-evento, del cual se desprenden los daños extrapatrimoniales, moral y psicológico, estimados en la sentencia.
30. Los jueces de esta Sala Civil participan de la postura según la cual la muerte constituye el daño más grave que se puede infligir a la víctima. Por ende, su lesión genera un derecho resarcitorio transmisible a los sucesores, pues aún cuando la naturaleza del bien jurídico lesionado (la vida) es intrínsecamente extrapatrimonial, la lesión misma origina inmediatamente la obligación de resarcimiento o indemnización, la cual se configura como un crédito de naturaleza patrimonial. Es precisamente por esta naturaleza patrimonial que el crédito es plenamente disponible, transigible, conciliable y,



fundamentalmente, transmisible a los herederos, *ex artículo 660 del Código Civil*¹⁰.

31. En el caso analizado, la víctima directa fue un concebido, y de acuerdo con el artículo 1 del Código Civil la “atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”, por ende, se excluye la transmisibilidad de cualquier derecho patrimonial, entre ellos el de indemnización, pues el concebido fallecido no tiene herederos.
32. Por otro lado, el artículo 1984 dispone que la indemnización del daño moral se fija “considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. La norma en cuestión regula el denominado daño reflejo, por rebote, o indirecto, por el cual se legitima a los familiares de la víctima a reclamar el daño moral, no como sucesores, sino por derecho propio. Esta tipología de daño “no rompe la relación de causalidad con el hecho que provocó el daño inicial, sino (que) hay dos tipos de perjudicados, no en su patrimonio, cuerpo o salud, sino en la esfera (...) moral”¹¹.
33. En autos, la demandante no reclama la indemnización como sucesora, sino en derecho propio. En este punto, conviene precisar que no sólo corresponde resarcir los daños propios indirectos, reflejos o de rebote, padecidos a causa de la muerte de su hijo no nato, sino también los daños

¹⁰ Código Civil, artículo 660: Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, **derechos** y obligaciones que **constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores**.

¹¹ Vicente Domingo, E. (2003). El daño. En: L. Reglero (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (T. I, 2a ed.) Navarra: Aranzadi, p. 273.



directos sufridos dada la ineludible vinculación biológica, pues la demandante en su condición de gestante soportó directamente los padecimientos de la atención médica negligente, aún cuando el concebido y la gestante sean sujetos de derecho distintos, constituyen una unidad biológica funcional (unidad feto-materna) antes del nacimiento.

La cuantificación del daño moral

34. El *daño moral* comprende desde las profundas preocupaciones o aguda irritación que incide en la aptitud para pensar, querer o sentir, que priva a la persona de la tranquilidad del espíritu, la libertad y los más valiosos afectos¹²; la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre¹³; o la perturbación síquica *no patológica* o lesión a la esfera afectiva del sujeto, distinta la simple dolor o sufrimiento que no son sino manifestaciones o consecuencias de aquella lesión¹⁴.

35. Los jueces de esta Sala Superior, con base en las premisas jurídicas antes expuestas, estiman carente de toda justificación un monto tan diminuto (S/48,000.00) concedido por tal concepto. El dolor por la pérdida de un hijo

¹² GHERSI, C. (2002). *Daño moral y sicológico*. Buenos Aires: Astrea, p. 125.

¹³ VICENTE D., E. (2002). *El daño* En: REGLERO, F.: Tratado de Responsabilidad Civil. Cizur Menor: Aranzadi, p. 225.

¹⁴ FERNÁNDEZ S., C. (2005): Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral. En: AA.VV.: Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después. Lima: Palestra, p. 202.



es inenarrable, incommensurable e indescriptible. Citamos las palabras de los psicoanalistas Roitman, Armus y Swarc¹⁵:

“Así como la propia muerte resulta inconcebible y es pospuesta hasta un futuro indefinido, *tanto más se refuerza en el caso de la muerte de un hijo.* (...) la muerte de un hijo produce una abrupta ruptura de la idea de la “inmortalidad del yo” y de la “continuidad generacional”. *Se desgarra la vida porque se coló definitivamente la muerte. No se puede aceptar haber sido padre como algo efímero;* es decir, asumir la destitución de ser padre de ese hijo. En estas circunstancias *cae violentamente el proyecto de investidura de futuro,* a través de la continuidad generacional que un hijo implica para sus padres.

El valor identificante de ser padre está dado por la vida de un hijo, que es quien le da sentido a la paternidad-maternidad. *Su pérdida sacude estas identificaciones,* lo que suele manifestarse muy a menudo con *angustias de desintegración que traducen perturbaciones de la continuidad temporal.* Un paciente decía: *“no me reconozco viviendo sin él, no soy yo”.* Hay muertes que constituyen un acontecimiento insoslayable porque marcan

¹⁵ Aída ROITMAN, Marcela ARMUS y Norberto SWARC: El duelo por la muerte de un hijo. **Artículo electrónico disponible en internet en el portal web Aperturas Psicoanalíticas:** <http://www.aperturas.org/articulos.php?id=0000216>



algo que es absolutamente novedoso. Una paciente decía: “la muerte de mi padre fue muy dolorosa, pero la de mi hijo marcó un antes y un después”.

Ch. Bollas, en su libro La sombra del objeto, definió como objeto transformacional aquel que en el vínculo con un sujeto produce una modificación de su estado afectivo. Los hijos producen un cambio profundo en el psiquismo de sus padres, activando sus funciones parentales; *la pérdida deja un vacío enorme en ellos*.

De allí la *añoranza de un estado afectivo que existía gracias a la presencia del hijo*: recuerdos, palabras, modos de ser con él, goces comunes, etc. Las fiestas y los aniversarios implican presencias y ausencias: hijos que están e hijos que ya no están. En este sentido, un paciente se refería al “no cumpleaños”.

Según nuestra experiencia, en el caso de la muerte de un hijo hay diferencias con respecto al dolor en relación con otros duelos. Si bien no impide vivir ni es constante y su intensidad disminuye con el tiempo, *tiene una particularidad: cuando aparece el recuerdo, éste se vuelve doloroso muy rápidamente*.

Se trata de un “*dolor puntual*”, que con estas características *persiste a lo largo del tiempo* y que se alterna con otros tipos de recuerdos menos dolorosos o más gratos.



(...).

Tenemos que diferenciar los momentos de “dolor puntual”, que mencionamos anteriormente, de las “posiciones nostálgicas”.

Coincidimos con Paul Denis que la “nostalgia” -recuerdo precioso y deseo de reencuentro con el objeto perdido- se sitúa entre el duelo y la depresión, y constituye una alternativa tanto a uno como a la otra. Se invisten particularmente los recuerdos y las emociones sentidas antes de la desaparición del objeto perdido. *No se trata de una situación puntual, sino de una posición permanente*, creando así un “objeto nostálgico” que, de persistir, *no permite gozar ni reinvestir otros objetos*".

36. No existe duda alguna de la enormidad del dolor que genera la muerte de un hijo, a lo perdurable del mismo, y a sus demás características descritas, empero en un esfuerzo por reducir la discrecionalidad de la decisión, es necesario observar las circunstancias objetivas que revisten el caso que nos permiten cuantificar razonablemente el daño moral que sufrió la señora XXXX, directa e indirectamente, como gestante y como familiar del bebé fallecido a consecuencia de la negligencia médica:

Factores relacionados al daño indirecto o reflejo por su vínculo familiar:



- a) **Gravedad del daño-evento:** Es el daño más grave infligido, la muerte del hijo, un daño irreparable, es el máximo impacto para la familia y justifica la máxima estimación por equidad.
- b) **Intensidad del padecimiento anímico por el vínculo:** La gestación genera una relación filial que precede al nacimiento, del cual surge un apego emocional, por ende, el sufrimiento incommensurable por la pérdida de un hijo es indescriptible y evidente, pues la comprobación irrefutable de la existencia del vínculo y su proximidad acredita la existencia del daño *in re ipsa*.
- c) **Circunstancias gravosas del evento dañoso:** Se comprobó que el bebé se encontraba en sufrimiento fetal previo a su muerte, que se trata de un embarazo a término, con treinta y ocho semanas y media de gestación, cuya programación de cesárea fue prevista para el día 2 de agosto de 2011 (folio 86), a menos de una semana del nacimiento, lo cual agrava el dolor de la madre, más aún si el bebé no padecía de ninguna patología que provocara su deceso.

Factores relacionados con el daño directo como gestante:

- d) **Reiteración de la negligencia y padecimiento prolongado:**
La señora XXXX acudió al Hospital Rebagliati los días 27 y 28 de julio de 2011 por dolores de parto, los médicos se negaron a practicarle la cesárea de emergencia porque no se encontraba en labor de parto, sin



embargo, conforme concluyó la pericia médica desde la primera atención correspondía realizarse la cesárea. Finalmente, el día 29 de julio se produjo el fallecimiento de su bebé, lo cual constituye una circunstancia vejatoria de innecesario sufrimiento físico y psíquico a la gestante.

e) La condición de vulnerabilidad de la víctima: La señora XXXX no era una gestante ordinaria, pues tenía una condición de vulnerabilidad preexistente (edadañosa, mioma cervical de gran tamaño, miomectomía y abortos previos), lo que hacía su embarazo de alto riesgo, no obstante, no se cuidó de la gestante y su bebé ignorando todos los factores de riesgo que obligaban a una intervención inmediata por parte del personal médico.

f) La conducta evasiva de su responsabilidad: Además de la sensación de abandono del sistema médico durante la emergencia médica de los días 27, 28 y 29 de julio de 2011, sino que también en el certificado de defunción se buscó atribuir la causa de muerte al bebé mismo, pero en este juicio, han buscado responsabilizar a la propia madre sin sustento alguno, lo cual agrava el sufrimiento de la demanda.

37. En este orden de ideas, la Sala reconoce que el monto estimado resulta diminuto al daño moral directo e indirecto sufrido por la señora XXXX en atención a los criterios objetivos que concurren en el presente caso



motivan el incremento del monto indemnizatorio. Por ende, *la Sala revoca el extremo de la sentencia apelada que indemnizó el daño moral con sólo S/.48,000.00, y reformándolo establecieron en S/.550,000.00 (quinientos cincuenta mil soles) el monto de dicha indemnización.*

La estimación del daño psicológico (daño a la persona)

38. En cuanto al daño psicológico, la jueza concluyó que “después del fallecimiento de su bebé ha venido siguiendo tratamiento psicológico para la recuperación de su ánimo depresivo debido a la pérdida de su bebé, acreditándose el daño psicológico alegado”.
39. Ahora bien, el daño psicológico o psíquico se refiere a la afectación a la integridad psíquica de la persona, es decir, implica un estado patológico de la psiquis o un deterioro más o menos permanente de la salud mental, se trata pues de una alteración psicopatológica, lo que lo diferencia del daño moral.
40. Así pues, el daño psíquico de la señora XXXX no se compone por el sufrimiento de la muerte de su bebé no nato, sino que ésta causó depresión, diagnóstico definitivo determinado por el área de psiquiatría conforme la referencia de folio 112 a 113. Dicha alteración psicopatológica acredita indiscutiblemente la existencia del daño psíquico que sufrió la señora XXXX, y que dado el carácter definitivo del diagnóstico, se trata de un daño permanente que menoscaba la salud mental de la demandante.



41. Dicha patología psíquica motivó múltiples consultas psiquiátricas y la prescripción médica que consta en las hojas de atención y las recetas médicas adjuntas (folio 114 a 133) hasta el año 2018, esto es, más de 7 años después del evento dañoso, lo que da cuenta de la gravedad del daño causado, cuyo valor asignado por la jueza de primera instancia resulta ínfimo e inequitativo a la afectación sufrida. Por ello, estima el Colegiado que *el valor del daño psicológico también debe ser incrementado a la suma de S/150,000 soles (ciento cincuenta mil soles)*.

V. DECISIÓN:

Por las anteriores razones, imparciendo Justicia a nombre de la Nación, los jueces superiores de la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima **DECIDIMOS:**

PRIMERO: INTEGRAR LA SENTENCIA contenida en la RESOLUCIÓN DIECIOCHO (folio 555), y por tanto: "DECLARAR INFUNDADA la indemnización por DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE solicitada por XXXX"

SEGUNDO: CONFIRMAR LA SENTENCIA contenida en la RESOLUCIÓN DIECIOCHO (folio 555), en el EXTREMO que resolvió DECLARAR INFUNDADA la indemnización por DAÑO



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Sala Civil Transitoria
Corte Superior de Justicia de Lima

Expediente N° 02483-2019-0-1801-JR-CI-31

EMERGENTE Y LUCRO CESANTE solicitada por XXXX

TERCERO: REVOCAR LA SENTENCIA CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN DIECIOCHO (folio 555), en el **EXTREMO** que declaró

"FUNDADA en parte la demanda interpuesta por XXXX, contra

ESSALUD y XXXX, sobre INDEMNIZACION, en consecuencia,

ORDENO: que los emplazados ESSALUD y XXXX cumplan con

indemnizar en forma solidaria a la accionante en atención al principio de

equidad, con la suma total de S/. 50,000.00 soles por concepto de

indemnización por daños y perjuicios, por daño moral S/. 48,0000 soles y por

daño personal (daño psicológico) S/. 2,000.00 soles". Y, REFORMÁNDOLO

DECLARAMOS FUNDADA LA DEMANDA EN EL EXTREMO QUE

PRETENDÍA UN RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL Y DAÑO

A LA PERSONA (DAÑO PSICOLÓGICO) , en

consecuencia, ORDENAMOS al SEGURO SOCIAL DE SALUD -

ESSALUD y a XXXX AL PAGO DE SETECIENTOS MIL

SOLES A FAVOR DE XXXX por el DAÑO MORAL (QUINIENTOS

CINCUENTA MIL SOLES) Y PSICOLÓGICO (CIENTO

CINCUENTA MIL SOLES) QUE



**SUFRIÓ A CONSECUENCIA DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA QUE
CAUSÓ LA MUERTE DE SU HIJO NO NATO.**

NOTIFÍQUESE. RAS/PMC

S.S.

VERA LAZO

ROSSELL MERCADO

ACOSTA SÁNCHEZ