

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Casación 5710-2018 Pasco

Trabajo de suficiencia profesional para optar por título de Abogado presentado por:

Bruno Martín Salvador Florián

Asesor:

Raquel Limay Chávez


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, RAQUEL LIMAY CHAVEZ, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “Informe jurídico sobre la Casación 5710-2018 Pasco” del autor SALVADOR FLORIAN, BRUNO MARTIN, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin del 09 de julio del 2024.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de julio del 2024

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> <u>LIMAY CHAVEZ, RAQUEL</u>	
DNI: 46661906	
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9278-1067	
Firma:	

RESUMEN

En el presente informe se analiza los problemas jurídicos derivados de la Casación 5710-2018 Pasco, en la que se declaró la improcedencia del recurso de casación interpuesto por EsSalud Pasco. Dicho recurso tuvo como fundamento que la sentencia de segunda instancia incurrió en un vicio de motivación por solo expresar como fundamento el criterio de magnitud del daño para confirmar la estimación del daño moral en S/ 3'500,000.00 establecida en la sentencia de primera instancia.

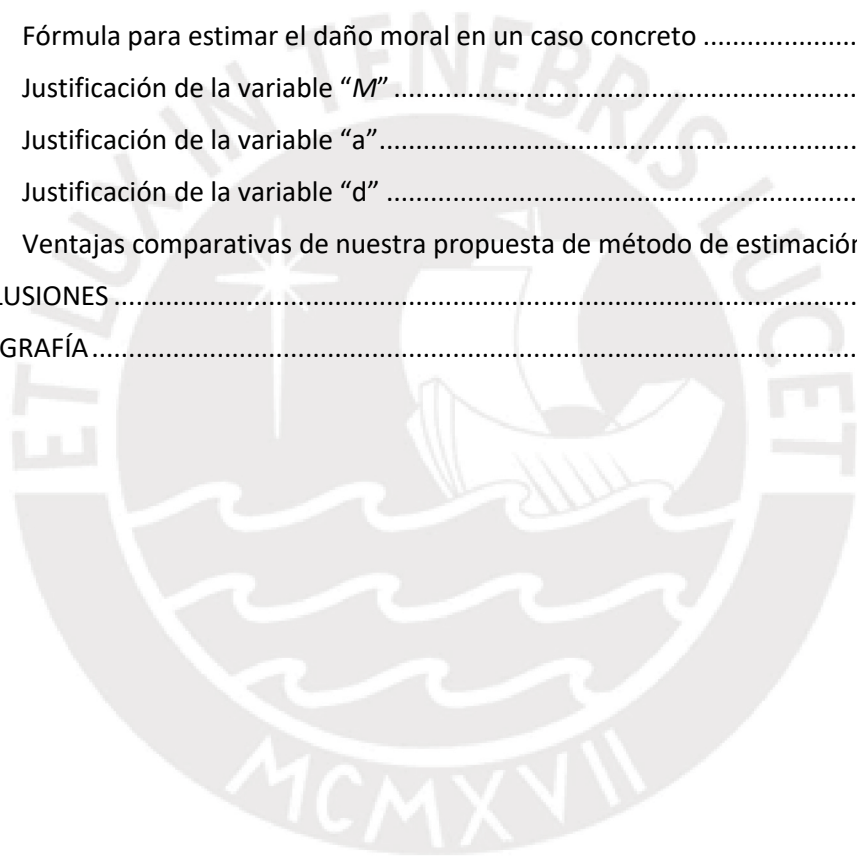
Concretamente, se analiza si el recurso de casación debió haber sido declarado procedente y fundado. Para ello, se ha considerado los problemas sobre la posibilidad de que la motivación sobre los hechos puede ser objeto del recurso de casación y sobre los alcances del deber motivación para la estimación del daño moral. A partir de ello, se ha concluido que efectivamente existió un vicio de motivación y que el recurso de casación debió haber sido declarado fundado. Asimismo, producto de dicho análisis se han podido realizar las críticas correspondientes a los argumentos utilizados por la Corte Suprema.

Por último, de forma complementaria, se ha analizado métodos de estimación del daño moral adoptados por la doctrina y jurisprudencia, y se ha propuesto un método propio de estimación de daño moral.

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN	4
2	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	4
3	ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO	5
3.1	HECHOS REALES DEL CASO	5
3.2	HECHOS PROCESALES DEL CASO.....	5
4	MARCO TEÓRICO RELEVANTE PARA EL ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	8
4.1	CONCEPTO DE DAÑO MORAL.....	8
4.2	FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL	8
4.3	¿QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVAR UNA SENTENCIA?: NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA PREMISA FÁCTICA, LA PREMISA NORMATIVA Y LOS VICIOS DE MOTIVACIÓN.....	10
4.4	LOS VICIOS DE MOTIVACIÓN	10
5	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	11
5.1	PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO: ¿EL RECURSO DE CASACIÓN CUMPLIÓ CON LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?	11
5.1.1	Cuestión previa: En este caso se aplica el Código Procesal Civil previo a la modificatoria derivada de la Ley No. 31591 para el análisis de procedencia	12
5.1.2	¿El recurso de casación se interpuso por una infracción normativa/causal de casación?	12
5.1.3	¿Se cumplió con el requisito de procedencia de precisar la infracción normativa/causal de casación?	14
5.1.4	¿Se cumplió con el requisito de demostrar la incidencia directa?.....	15
5.1.5	¿Se cumplieron con los demás requisitos formales establecidos en el Código Procesal Civil?.....	15
5.1.6	Conclusiones del análisis del primer problema secundario	16
5.1.7	Errores cometidos por la corte suprema en la casación 5710-2018 pasco en la calificación del recurso.....	16
5.2	SEGUNDO PROBLEMA: ¿LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA INCURRIÓ EN UN VICIO DE MOTIVACIÓN AL CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN PERJUICIO DEL RECURRENTE? 17	
5.2.1	¿ERA NECESARIO QUE EN LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA SE JUSTIFICARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL?	18
5.2.2	¿CÓMO SE DEBE JUSTIFICAR LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN BASE AL CRITERIO DE EQUIDAD?	20
5.2.3	¿LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA JUSTIFICÓ LA ESTIMACIÓN DEL DEL DAÑO MORAL SEGÚN LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS?	22
5.2.4	¿LA MOTIVACIÓN DE LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL DEBE SEGUIR LA JURISPRUDENCIA RECADADA POR EL RECURRENTE?	24
5.2.5	CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA	24

5.2.6	LOS ERRORES COMETIDOS POR LA CORTE SUPREMA EN LA CASACIÓN NO. 5710-2018 PASCO EN EL ANÁLISIS DE FONDO DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	25
6	ANÁLISIS DEL PROBLEMA COMPLEMENTARIO: ¿Cuál debe ser la metodología para estimar el daño moral?	27
6.1	Criterios para evaluar la metodología más adecuada para estimar el daño moral... ..	27
6.2	Algunos métodos de estimación del daño moral: funcionamiento y crítica	28
6.2.1	La estimación de daño moral “por puntos de incapacidad” / baremos judiciales	28
6.2.2	Fórmula de estimación en base al QALY/AVAC y el VEV	30
6.2.3	Estimación del daño moral en base a daño emergente	31
6.2.4	Estimación del daño moral en base a escalas	32
6.3	Nuestra propuesta de un método de estimación del daño moral	33
6.3.1	Fórmula para estimar el daño moral en un caso concreto	33
6.3.2	Justificación de la variable “M”	34
6.3.3	Justificación de la variable “a”	35
6.3.4	Justificación de la variable “d”	36
6.3.5	Ventajas comparativas de nuestra propuesta de método de estimación	36
7	CONCLUSIONES	37
8	BIBLIOGRAFÍA	38



1 INTRODUCCIÓN

El caso objeto de análisis de este informe gira en torno a la Casación No. 5710-2018 Pasco, en la cual se declaró la improcedencia del recurso de casación interpuesto por EsSalud Pasco, entidad que cuestionó la falta motivación de la estimación del daño moral otorgado en primera y confirmado en segunda instancia.

La complejidad de la resolución deriva de los problemas y críticas que se pueden hacer al análisis de procedencia y de fondo del recurso de casación interpuesto por EsSalud-Pasco. Respecto a la procedencia, son criticables los fundamentos utilizados para declarar improcedente el recurso, en tanto se ha interpretado que alegar un vicio de motivación en la cuantificación del daño moral implica cuestionar la valoración de los hechos del caso. En ese sentido, resulta relevante analizar la validez jurídica de dicha afirmación en base a un estudio adecuado del propio recurso de casación y las diferencias que existen entre la alegación de un vicio de motivación y el cuestionamiento de hecho del caso.

Respecto al análisis del fondo del recurso, este mismo aborda un problema de interés a las ramas de derecho civil y procesal civil: cómo motivar la cuantificación del daño moral. Particularmente relevante porque en la actualidad existen múltiples pronunciamientos judiciales que no dan mayores razones a la cuantificación del daño moral, por lo que es particularmente difícil que un justiciable pueda predecir lo que pueda recibir o pagar por una indemnización que tenga dicho concepto de daño. Al abordar este tema, el análisis de la Corte Suprema prácticamente avala una flexibilidad de la motivación a partir de la interpretación del artículo 1332 del Código Civil, lo cual debe ser analizado en su validez jurídica.

Por ello, el presente informe realiza un análisis detallado sobre si el recurso de casación debió haber sido declarado procedente y fundado. Asimismo, su relevancia y relación con los problemas identificados en la Casación 5710-2018 Pasco, también se analiza aquella metodología de estimación del daño moral que debería aplicarse en el ordenamiento jurídico peruano.

2 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema Principal: ¿Debió declararse fundado el recurso de casación por un vicio de motivación en la estimación del daño moral?

Primer Problema Secundario: ¿El recurso de casación cumplió con los requisitos de procedencia regulados en el Código Procesal Civil?

Segundo Problema Secundario: ¿Los jueces de instancia incurrieron en un vicio de motivación al estimar el daño moral en perjuicio del recurrente?

Problema Complementario: ¿Cómo se debe estimar el daño moral?

3 ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

3.1 HECHOS REALES DEL CASO

El 11 de septiembre de 2009, los padres del menor F.P.F lo llevaron al Hospital II EsSalud por padecer de una hernia inguinal. Ahí fue atendido por el médico José Enrique Argandoña Nieves (en adelante, “Sr. Argandoña”), el cual dispuso que sea internado y posteriormente operado.

En la operación, Fabricio fue intervenido por el Sr. Argandoña y el médico Fredu Ronald Virrueta Medina (en adelante, “Sr. Virrueta”), quien era su anestesiólogo. Luego de la operación, Fabricio sufrió como secuelas post operatorias un daño neurológico irreversible que lo dejó en estado vegetal.

Se inició un proceso penal contra el Sr. Argandoña y el Sr. Virrueta, el cual fue seguido bajo el Expediente No. 280-2011. En dicho procedimiento, el médico legista determinó que los médicos no debieron haber operado a Fabricio, ya que debieron observar que tenía neumonía y estuvo haciendo una hipoglicemia, ambas condiciones aumentaron considerablemente el riesgo operatorio.

3.2 HECHOS PROCESALES DEL CASO

Con fecha 5 de agosto de 2011, los padres de F.P. en su calidad de representantes, interponen una demanda de responsabilidad extracontractual contra el Sr. Argandoña, el Sr. Virrueta y EsSalud Pasco, a efectos de que paguen solidariamente la suma de S/ 5,000,000.00 por haber causado daño a la persona, daño moral y familiar a su hijo.

Mediante la Sentencia de Primera Instancia se declaró fundada en parte la demanda, ordenando a los demandados pagar la suma de S/ 3,500,000.00 por indemnización por responsabilidad contractual. Dicha decisión se basó en los siguientes fundamentos:

- Si bien se demandó en base al sistema de responsabilidad extracontractual, igual se puede conceder una indemnización por responsabilidad contractual en aplicación del principio *lura Novit Curia*, la unidad de la responsabilidad civil y la tutela del interés superior del niño.
- Respecto al requisito del daño se determinó que F.P había sufrido (i) daño a la salud por el déficit de su desarrollo psicomotor producto de la lesión cerebral irreparable, (ii) daño al proyecto de vida porque no puede decidir su destino/vocación y (iii) daño moral de carácter emocional.
- Respecto al requisito de antijuricidad: se determinó que los médicos no cumplieron con su obligación de prestar el servicio de salud dentro de los estándares profesionales obligatorio al haber intervenido de forma defectuosa a F.P.
- Respecto al factor de atribución: se determinó que existió culpa inexcusable porque no se realizó ninguna preparación preoperatoria, no se contó con los exámenes indicados en la evaluación anestesiológico, no se advirtió que el menor sufría de cuadro de neumonía.
- Respecto al nexo causal se consideró que la única causa del daño irreversible fue la negligencia de los médicos.
- Para establecer la cuantía de la indemnización se mencionó que debía utilizar el criterio de magnitud del daño considerando que el estado la víctima conllevara tratamiento de rehabilitación psicomotora y cuidado de por vida, además del daño irreversible a su persona y su proyecto de vida. Por lo tanto, resultaría una indemnización en “montos mayores” cuya función se encuentre en cubrir los cuidados especiales que requiere el menor y el resarcimiento por daño al proyecto de vida.

La Sentencia fue apelada por el Sr. Virrueta y por el Seguro Social de Salud; sin embargo, ambos recursos fueron declarados infundados en la sentencia de vista. Esta se sustentó en los siguientes fundamentos:

- El caso de F.P deriva de un supuesto de responsabilidad contractual y no extracontractual conforme se determina en la demanda. Sin embargo, en aplicación

de la teoría unificadora de responsabilidad civil y el principio *iura novit curia* igual se puede conceder una indemnización.

- Se determinó que el a quo sí ha razonado y motivado los presupuestos de responsabilidad civil.
- Respecto a la cuantificación del daño se consideró que el monto en primera instancia obedeció al criterio de la magnitud del daño.

El Seguro Social de Salud interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista por la causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, concretamente por vulnerar el derecho a la debida motivación. Dicho recurso se sustentó en los siguientes argumentos:

- La Sala Superior no ha precisado las razones que le han llevado a determinar el monto indemnizatorio, limitándose a invocar el artículo 1332 del Código Civil.
- Solo se ha determinado el quantum indemnizatorio mencionando el criterio de magnitud del daño a la persona.
- No se ha tomado en cuenta que en casos similares se han fijado montos menores por daños y perjuicios.
- No se ha probado el daño moral.

El recurso de casación fue declarado improcedente en la Ejecutoria Suprema No. 5710-2018 porque se consideró que el recurrente pretendía cuestionar las conclusiones de la Sala derivadas de la valoración de elementos fácticos y probatorios, lo cual estaría proscrito en sede casatoria.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema determina que, en cualquier caso, no habría vicio de motivación, por las siguientes razones:

- Los presupuestos de la responsabilidad civil han sido analizados correctamente por el a quo.
- Ninguno de los casos similares que alegó EsSalud en su recurso de casación tiene el carácter de precedente judicial.
- Dada la inexistencia de métodos de cuantificación precisos y rigurosos, se puede aplicar el principio de equidad regulado en el artículo 1332 del Código Civil.
- Teniendo cuenta el juicio de razonabilidad, como los criterios de verificación de la gravedad objetiva del menoscabo, la duración de la incapacidad, edad de la víctima,

el proyecto, la aflicción de sus progenitores, la duración del proceso judicial y aplicando las máximas de la experiencia, el monto de S/ 3'500,000.00 por daño moral es equitativo.

4 MARCO TEÓRICO RELEVANTE PARA EL ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1 CONCEPTO DE DAÑO MORAL

En el Código Civil peruano no existe ninguna definición del concepto daño moral. En la doctrina existe una discusión sobre si dicho daño abarca la lesión a los derechos de la personalidad y las aflicciones emocionales (noción amplia del daño moral), o si es que únicamente comprende estas últimas (noción estricta del daño moral) (Campos, 2022b). En el presente trabajo, se utilizará una noción amplia del daño moral, ya que el caso objeto de discusión es por responsabilidad por inejecución de obligaciones donde creemos que no es razonable adoptar una noción estricta.

El sustento de esta posición se basa en dos razones. La primera es que ningún artículo que regula el sistema por responsabilidad por inejecución de obligaciones hace ninguna referencia al concepto “daño a la persona” (que comprendería la lesiones a los derechos de personalidad); por lo tanto, no es posible otorgar una indemnización por un concepto de daño no reconocido legalmente. La segunda razón es que frente a esta situación no es posible dejar desprotegidas a las víctimas que sufran de daños a sus derechos de la personalidad que muchas veces son daños de mayor gravedad que las perturbaciones de ánimo. Asimismo, existe un consenso en la doctrina de que en este sistema de responsabilidad civil debe resarcirse las lesiones a los derechos de la personalidad y las perturbaciones de ánimo (Campos, 2022c).

Todas estas razones nos hacen preferir una interpretación amplia del concepto del daño moral.

4.2 FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL

Como lo señala Fernández (2001), en virtud de la experiencia jurídica norteamericana, se reconocen principalmente tres funciones que cumplen los sistemas de responsabilidad civil: (i) la función preventiva o *deterrence*, en el sentido de que se busca

desincentivar las conducta que generan daños, (ii) función compensatoria o *compensation*, que busca un adecuada resarcimiento, en el sentido de que los daños sean efectivamente reparados devolviendo a la víctima a un estado previo al daño o al menos cercano y (iii) función punitiva, que busca establecer sanciones civiles porque la conducta vulnera reglas de conciencia social.

El ordenamiento jurídico peruano no ha reconocido expresamente una función punitiva a la responsabilidad civil e inclusive la atribución de esta función es altamente criticable, ya que si se otorga montos mayores a los daños realmente sufridos se puede generar un incentivo perverso a las víctimas. Sin perjuicio de ello, gran parte de la doctrina reconoce que la función punitiva puede tener un lugar: al momento de otorgar una indemnización por daño moral (Fernández, 2001). Se afirma que esta función es producto de la naturaleza del daño moral, en tanto es un imposible compensar el sufrimiento o el dolor; por lo tanto, la indemnización es en verdad una respuesta del ordenamiento jurídico que busca reprochar una conducta (Domínguez, 2020; León, 2024).

Por otro lado, otra parte de la doctrina niega la función punitiva pues si bien existe esta imposibilidad de establecer una indemnización que pueda recomponer a la víctima a un estado previo al daño, la indemnización por daño moral sí puede cumplir una función reparadora en el sentido de que sea de carácter consolatoria (función aflictivo-consolatoria). Así, la indemnización por daño moral no busca ni compensar ni establecer una sanción civil, sino mitigar los daños de la víctima (Fernández, 2001; Fernández, 2015).

Si aceptamos que la “consolación” es posible, entonces consideramos que la función sancionatoria no tendría lugar. En efecto, la premisa para que el daño moral cumpla una función punitiva es que no sea posible la reparación. Ello no ocurre si es que se acepta que una forma válida de reparación sea el otorgamiento de una indemnización que tenga como finalidad la consolación de la víctima y mitigación de sus afectaciones. Por ello, en este texto, se adopta la tesis de que no corresponde considerar una función punitiva al daño moral.

Cabe mencionar que sea la posición que se tome sobre la función del daño moral va a tener un impacto en la cuantificación. En efecto, es muy diferente cuantificar una “indemnización” para sancionar al causante que para consolar a la víctima. Necesariamente se van a utilizar diferentes criterios. Por ejemplo, como lo señala

Dominguez (2020) considerando la función punitiva es necesario tener en cuenta la reprochabilidad de la conducta del dañador para una mayor cuantificación del daño moral. Ello no sería el caso si es que se adopta una función aflictivo-consolatoria.

4.3 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVAR UNA SENTENCIA?: NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA PREMISA FÁCTICA, LA PREMISA NORMATIVA Y LOS VICIOS DE MOTIVACIÓN

Una decisión judicial estará debidamente motivada en la medida que esta derive lógicamente de premisas fácticas y normativas, debidamente explicitadas. Asimismo, la premisa fáctica debe ser verdadera y la premisa normativa jurídicamente válida (Ferrer, 2011; Ferrer, 2018).

La premisa fáctica es el establecimiento de hechos que realiza el Juez a partir del análisis de las pruebas ofrecidas en el proceso. El requisito de que sea “verdadera” implica que el Juez debe explicitar las razones que dan por probado un hecho, justificando por qué *“es la hipótesis más probablemente verdadera, y que supera los estándares de prueba previstos por el derecho”* (Ferrer, 2011, p. 105). Una vez determinada de forma correcta la premisa fáctica, esta se puede subsumir en la premisa normativa.

La premisa normativa es la norma jurídica que ha sido generada por el Juez a partir de disposiciones reguladas en un determinado ordenamiento jurídico. La premisa normativa está compuesta por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Respecto a su validez, Ferrer (2011) señala que el juez debe certificar que las normas utilizadas son aplicables al caso concreto en virtud del ordenamiento jurídico de referencia (Ferrer, 2011, p.106).

4.4 LOS VICIOS DE MOTIVACIÓN

El Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias estableciendo el contenido esencial del derecho de motivación y los vicios que serían tutelables en los procesos constitucionales. Así, ha realizado múltiples categorizaciones. Inicialmente, en el famoso caso Giuliana Llamoja, recaído en el Expediente 728-2008-PHC/TC, estableció seis tipos de vicios de motivación: inexistencia o apariencia de motivación, falta de motivación interna, falta de motivación externa, motivación insuficiente y motivación sustancial incongruente.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en el Expediente No. 1747-2013-PA/TC cambió dicha clasificación a los tres supuestos: defectos en la motivación (que incluye los problemas de motivación interna y externa), insuficiencia de la motivación (incluye motivación inexistente, aparente, insuficiente, incongruente o fraudulenta) y motivación constitucional deficitaria.

Para efectos del presente texto no usaremos la clasificación del Tribunal Constitucional, sino que adoptaremos la clasificación de Sotomayor (2021) que divide todos los vicios de motivación en dos: defectos en la motivación interna y defectos en la motivación externa. Pasaremos a explicarlos según lo expuesto por el autor citado:

En los defectos de motivación interna se encuentran dos supuestos: (i) los defectos de inferencia lógica sensu largo, que ocurren cuando la conclusión no se deriva de la premisa o cuando las premisas no permitan arribar a dicha conclusión y (ii) defectos de coherencia, que implica que el razonamiento respete los principios de lógica formal como identidad, no contradicción y tercio excluido.

Respecto a los defectos de motivación externa, se dividen en: (i) los relativos a la premisa normativa, por la invalidez jurídica de la premisa y (ii) los relativos a la premisa fáctica, por la falsedad de la premisa.

5 ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO: ¿EL RECURSO DE CASACIÓN CUMPLIÓ CON LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA REGULADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?

A partir del análisis del recurso de casación, resumido en la Casación 5710-2018 Pasco, se pudo observar que sí cumplían con los requisitos de procedencia regulados en el Código Procesal Civil. Ello porque se interpuso por un causal válida que es la infracción normativa por violación al derecho de motivación, se precisó que esta infracción surgía de falta de razones para explicitar la equidad del daño, se demostró la incidencia directa, no se consintió la sentencia de primera instancia y se precisó que el recurso era anulatorio.

A continuación, en el presente apartado explicaremos las razones de esta conclusión.

5.1.1 Cuestión previa: En este caso se aplica el Código Procesal Civil previo a la modificatoria derivada de la Ley No. 31591 para el análisis de procedencia

Antes de proceder con el análisis, cabe mencionar que bajo el Código Procesal Civil vigente el recurso de casación sería declarado improcedente. Ello es así porque en segunda instancia confirmó la decisión de primera instancia en todos sus extremos. Por lo tanto, el recurso de casación no cumpliría con el requisito de procedencia regulado en literal b, inciso 2 del artículo 386, que dispone que solo procede el recurso de casación cuando el pronunciamiento de segunda instancia revoca en todo o en parte la decisión de primera instancia.

En vista de que el recurso de casación ha sido calificado bajo artículos derogados del Código Procesal Civil, se realizará el análisis tomando dichas disposiciones. Cabe mencionar que igual los requisitos por los cuales se rechazó el recurso están en cierto punto incorporados, aunque con una distinta redacción, en el actual artículo 391 del Código Procesal Civil; por lo tanto, la correcta interpretación los derogados artículos sigue siendo relevante en la actualidad.

Dejado en claro ello, procedemos analizar si se cumplieron los requisitos de procedencia del recurso de casación:

5.1.2 ¿El recurso de casación se interpuso por una infracción normativa/causal de casación?

De conformidad con el artículo 386 del derogado Código Procesal Civil, el presupuesto para determinar la procedencia del recurso de casación es que se sustente en una “infracción normativa”. En ese sentido, corresponde analizar si es que efectivamente el recurso de casación se sustentó en una infracción normativa.

Según Cavani (2018), la infracción normativa hace referencia a una violación del ordenamiento jurídico, lo cual ocurre cuando existe tanto un error de juicio como un error de procedimiento. Sin embargo, considerando la finalidad nomofiláctica del recurso de casación reconocida expresamente en el artículo 384 del Código Procesal Civil, señala el autor citado que no son recurribles en casación los errores de juicio sustentados en una cuestión de hecho.

Ciertamente, el autor citado señala que la Corte Suprema necesariamente debe trabajar bajo la premisa fáctica determinada por los jueces de instancia, de lo contrario, se convertiría en un tribunal de reenjuiciamiento y estaría trastocando el modelo casación establecido en el Código y el diseño mínimo que impondría la Constitución peruana. Asimismo, agrega que cuando el recurrente alega vicios de motivación en la premisa fáctica en esencia está cuestionado los hechos fijados por los jueces de instancia. Es decir, que estaría planteando en verdad un cuestionamiento a los hechos y que probablemente la Corte Suprema declarararía la improcedencia del recurso.

En base a lo señalado, una primera interpretación podría considerar que el recurso de casación debería ser declarado improcedente porque es -en esencia- un error de juicio sustentado a los hechos. Ello en la medida que el sustento del recurso ha sido un vicio de motivación de la premisa fáctica: la estimación del daño.

Consideramos que esta primera interpretación es errónea. Ciertamente, como el propio Cavani (2018) reconoce, el incorrecto razonamiento en la fijación de la premisa fáctica puede desembocar en un vicio de motivación. De ser el caso, se constataría pues una afectación a un derecho constitucional: el derecho al debido proceso que comprende el derecho a la debida motivación de sentencias. Siendo que no es controvertido que en casación sí son objeto de control las afectaciones al debido proceso (error de procedimiento), entonces debe ser posible la interposición del recurso bajo la causal de una afectación este derecho. No es pues que por tener relación con los hechos que el vicio de motivación deje de ser un error de procedimiento. Sigue manteniendo su naturaleza

Si se interpretara que el vicio de motivación sobre las premisas fácticas no puede ser controlado en sede casatoria ello "*supondría dejar desprotegidos importantes derechos procesales y sustantivos*" (Ferrer, 2018, p.164). En efecto, dicha interpretación reduciría el contenido esencial del derecho a la debida motivación reconocido expresamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por lo tanto, se observa que es una interpretación que no es coherente con nuestro ordenamiento jurídico.

Agregado ello, cuando la Corte Suprema decide sobre un vicio de motivación ni siquiera está actuando como un tribunal de reenjuiciamiento (el cual puede variar la premisa fáctica para su decisión). Su función es distinta: no varía la premisa fáctica, sino anula la sentencia para que sea el juez de mérito quien analice la prueba debidamente y

determine la verdad de los hechos. Ni siquiera requiere ver alguna prueba actuada en el proceso, sino únicamente la fundamentación expresada en la sentencia.

Considerando todo lo anterior, pese a que el recurso de casación se interpuso por un vicio de motivación relacionado con la premisa fáctica, igual se subsume dentro de una infracción normativa procesal por afectación al derecho al debido proceso. Por lo tanto, sí cumple con este requisito de procedencia.

5.1.3 ¿Se cumplió con el requisito de procedencia de precisar la infracción normativa/causal de casación?

En el inciso 2 del derogado artículo 388 del Código Procesal Civil, se reguló como requisito de procedencia que el recurre cumpla con *“describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial”*. Este requisito tiene su símil con el establecido en vigente artículo 391 del Código Procesal Civil, que dispone que el recurre debe *“citar concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisa el fundamento o fundamentos doctrinales y legales que sustente su pretensión y expresa específicamente cuál es la aplicación que pretende”*.

Con esta base normativa, se concluye que el Código Procesal Civil establece como requisito de procedencia la claridad del fundamento de la causal de casación. Para cumplir con este requisito *“además de identificar la norma violada, se debe exponer el vicio y explicar por qué se violó el debido proceso, incidiendo particularmente en el perjuicio que esto produjo”* (Cavani, 2018, p. 167). En este sentido, existen dos pasos: (i) la identificación del vicio (norma procesal violada) y (ii) la explicación de cómo se violó el debido proceso.

Del análisis del recurso de casación, podemos determinar que el recurrente sí cumplió con el primer paso. Ello porque expresamente señaló que la Sala Superior infringió los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución, identificando así la infracción normativa consistente un vicio de motivación inexistente en el extremo donde se cuantifica el daño moral.

También se cumplió con el segundo paso, ya que el recurrente explicó que, en la Sentencia de Segunda Instancia, la Sala se había limitado a señalar el criterio de magnitud del daño, sin dar razones sobre la equidad del monto otorgado al demandante.

Así, existe claridad al explicar la configuración del vicio de motivación, al no encontrarse presente los argumentos para determinar el monto de indemnización otorgado.

5.1.4 ¿Se cumplió con el requisito de demostrar la incidencia directa?

En el inciso 3 del derogado artículo 388 del Código Procesal Civil, se establecía como requisito de procedencia que el recurrente debía “*demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada*”. Sobre este requisito, la doctrina ha señalado que implica “*demostrar que la infracción normativa denunciada ha provocado o la erroneidad del fallo o su invalidez*” (Ariano, 2015, p.277).

En esa línea, también se señala que el recurrente debe dejar en claro que “*la subsanación del vicio y posterior renovación de la resolución impugnada (o del procedimiento), si se estimase el pedido anulatorio, debe influir en el sentido de la decisión o en las consecuencias de la resolución impugnada*” (Cavani, 2008, p. 162).

En ese sentido, para cumplir con este requisito en este caso, el recurrente debió demostrar que el vicio de motivación recaía sobre un elemento esencial de la sentencia.

En el caso concreto, el recurso de casación sí cumple con demostrar la incidencia directa, ya que el recurrente alega el vicio respecto de un elemento esencial de la decisión: la cuantificación del daño. Asimismo, la posibilidad de que la decisión varíe también se evidencia cuando el recurrente expresa que la Sala pudo haber considerado la jurisprudencia de casos similares y, utilizando la misma, determinar un monto menor de daño moral.

5.1.5 ¿Se cumplieron con los demás requisitos formales establecidos en el Código Procesal Civil?

Del artículo 388 del Código Procesal Civil derogado se aprecia dos requisitos adicionales para la procedencia del recurso: (i) que le recurrente no hubiera consentido la sentencia de primera instancia y (ii) la indicación de si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio.

En el presente caso, el recurrente sí apeló la cuantificación del daño realizada por el juez de primera instancia; por lo tanto, no consintió dicha sentencia. Asimismo, en el

recurso de casación se indicó que el pedido es anulatorio. De esta forma, se cumplieron los demás requisitos formales establecidos el Código Procesal Civil.

5.1.6 Conclusiones del análisis del primer problema secundario

En base a lo explicado, el recurso de casación interpuesto por EsSalud debió haber sido declarado procedente, por las siguientes razones:

- El recurso de casación sí se interpuso por una infracción normativa: la violación al derecho a la debida motivación de sentencia. Si bien el vicio de motivación recae sobre la premisa fáctica del caso, como sigue siendo un error de procedimiento que afecta el derecho al debido proceso, este puede ser objeto del recurso de casación.
- En el recurso de casación sí ha precisado el vicio de motivación, ya que el recurrente ha identificado que el supuesto vicio se encuentra en la determinación de la estimación del daño moral que hace la Sentencia de Segunda Instancia y que ocurre por la ausencia total de razones para su determinación.
- En tercer lugar, el recurso de casación también cumple con precisar la incidencia directa, ya que el vicio de motivación recae sobre un elemento esencial de la sentencia: la estimación del daño moral. Asimismo, también se evidencia la incidencia directa en tanto el recurrente planteó que de haberse motivado adecuadamente la Sala hubiese considerado la jurisprudencia que en casos similares ha otorgado montos menores; así, la cuantificación del daño moral en el caso concreto podría haber sido menor a la otorgada.
- Por último, el recurso cumple con los demás requisitos del Código Procesal Civil al no haber consentido de la sentencia de primera instancia y al haber indicado que el pedido casatorio es anulatorio.

5.1.7 Errores cometidos por la corte suprema en la casación 5710-2018 pasco en la calificación del recurso

Habiendo realizado todo este análisis, podemos observar los múltiples errores en que incurre la Corte Suprema en la Casación No. 5710-2018 Pasco al momento declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por EsSalud Pasco.

Un primer argumento erróneo de la Corte Suprema fue que el recurrente no llegó a “razonar y concretar cómo y por qué la resolución recurrida infringe una norma o un precedente judicial”. Sin embargo, de la revisión del propio resumen del recurso de casación que hace la Corte Suprema, se aprecia que esta premisa es falsa.

En efecto, conforme hemos explicado, el recurrente no solamente alega una infracción normativa, sino que sí la justifica. En concreto, señaló que existía un vicio de motivación porque la Sala superior solo mencionó el criterio de magnitud daño y no dio ninguna razón de la equidad del monto otorgado. Al existir dicha fundamentación, independiente de que pueda ser considerada errónea (lo cual debería definirse en el análisis de fondo del recurso), cumple con el requisito de procedencia, careciendo de lógica afirmar lo contrario. Es más, la Corte Suprema ni siquiera justifica por qué esta fundamentación no constituye razonamiento de cómo se infringe el derecho de motivación.

Un segundo argumento erróneo de la Corte Suprema fue señalar que correspondía negar improcedencia porque el recurrente pretendía “cuestionar las conclusiones arribadas por la instancia superior derivadas de la valoración de los elementos fácticos y medios probatorios”. Conforme hemos mencionado, si bien en el presente caso la infracción por afectación al derecho a la debida motivación recae sobre la premisa fáctica, dicha situación no es una razón válida para denegar la admisión del recurso de casación. Finalmente, el argumento que expone la Corte Suprema no es pues coherente con nuestro ordenamiento jurídico que reconoce como una vulneración al contenido esencial del derecho de motivación los vicios de motivación externa de las premisas, así sean estas las fácticas.

5.2 SEGUNDO PROBLEMA: ¿LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA INCURRIÓ EN UN VICIO DE MOTIVACIÓN AL CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL EN PERJUICIO DEL RECURRENTE?

De la revisión de la Sentencia de Segunda Instancia y en base lo expresado en el recurso de casación interpuesto, consideramos que los jueces de instancia sí incurrieron en vicios de motivación por vicios en la motivación interna. Ello es así porque no expresaron ninguna razón que lógicamente pueda establecer una valorización del daño moral. A continuación, en el presente apartado explicaremos las razones de tal conclusión.

5.2.1 ¿ERA NECESARIO QUE EN LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA SE JUSTIFICARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL?

Es innegable que existe una dificultad en la cuantificación del daño moral, en tanto tiene una naturaleza inmaterial y estrictamente subjetiva. Como lo señala Fernández (2023a), no existe pues un elemento objetivo como el valor de mercado o de sustitución de los bienes para poder tener certeza en la cuantificación del daño moral.

Ante esta situación, autores como Weber (2020) señalan que cualquier suma de dinero otorgada con la finalidad de compensar el daño moral -según un supuesto valor de la aflicción emocional o afectación a un derecho a la personalidad- es en verdad completamente arbitraria al ser imposible la cuantificación. Si siguiéramos la interpretación de este autor, se podría concluir que frente esta imposibilidad el deber de motivación de los jueces se vería atenuado puesto que no es posible dar razones para cuantificar el daño moral. Así, se permitiría un estándar de motivación bajo o inclusive la no motivación.

Consideramos que esta conclusión es incorrecta. Si bien existe una dificultad inherente para justificar la cuantificación, el ordenamiento jurídico peruano otorga una solución a este problema. Concretamente, el artículo 1332 del Código Civil, dispone lo siguiente *“Si el resarcimiento no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo con valoración equitativa”*. Esta norma tiene la siguiente estructura: el supuesto de hecho es la imposibilidad de prueba exacta del monto del daño y la consecuencia jurídica es la habilitación de una *“valoración equitativa”* para establecer la cuantificación del daño.

Es evidente que los daños morales por naturaleza se encuentran dentro del supuesto de hecho del artículo 1332 del Código Civil. Por lo tanto, para la determinación de su cuantía se debe aplicar esta *“valoración equitativa”*. Consideramos que esta *“valoración equitativa”* es una norma que regula la motivación de los jueces. Ello pues el uso del término *“valorar”* hace alusión a la etapa de valoración de los jueces, donde estos últimos tienen expresar las razones en las que sustenta sus decisiones.

Al regular la motivación, establece una exigencia: que siga un criterio de equidad. Así, a diferencia de otros hechos donde la exigencia de motivación parte de que las premisas sean *“verdaderas”*, para el ejercicio de asignar un monto dinerario al daño moral, su justificación debe estar basada en un criterio de equidad. Evidentemente, el utilizar la

equidad implica aceptar un grado de discrecionalidad del juez. No obstante, ello no significa que se permita una decisión arbitraria.

Como señala Miño y Palacios, desde un análisis de una disposición similar en el derecho ecuatoriano, *“la invocación de la equidad tampoco releva a los jueces de la obligación de motivar sus decisiones. Por el contrario, será necesaria una exposición razonable de los argumentos o criterios que sustentan el juicio equitativo para que este goce de legitimidad. La motivación permite verificar que, al aplicar la equidad, los jueces no decidan en función de apreciaciones puramente subjetivas, prescindiendo de los hechos probados y de las circunstancias de cada caso particular”* (2023, p.139). En el derecho peruano, también no han faltado los autores como Linares (2015), que han criticado a los tribunales por solo mencionar el criterio de equidad sin darle contenido ni adecuarlo al caso concreto.

En efecto, si bien el ordenamiento al concebir un criterio equitativo está otorgando cierta discrecionalidad al juez, esta atribución no está exenta de motivación, ya que de lo contrario se permitiría una decisión arbitraria. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente No. 3167-2020-PA/TC ha reconocido que, en virtud del principio de interdicción a la arbitrariedad, las potestades discrecionales del Estado no pueden ser arbitrarias, sino que deben ejercerse siempre bajo criterio de racionalidad, encontrando la justificación lógica en los hechos, conductas y/o circunstancias.

Asimismo, destacamos que en casos de indemnización por daño moral es incluso más importante que se expresen razones idóneas y razonables para establecer la cuantificación del daño. En efecto, si bien la cuantificación del daño como parte de la premisa fáctica debe ser necesariamente motivada, es aún más importante que lo esté porque también va a ser parte de la consecuencia jurídica. Al fin al cabo, esta cuantificación va a ser el monto que será ordenado a la contraparte, afectándolo directamente.

También, es relevante tener en cuenta que la cuantificación no solo tiene un impacto individual, sino también social. Al fin al cabo, los montos que otorgan las cortes afectan las conductas de la sociedad, pudiendo generar incentivos a los agentes para que tomen medidas para prevenir daños o desincentivar actividades (Papayannis, 2014). Específicamente, en el sistema de responsabilidad contractual que es objeto del caso, las indemnizaciones subcompensatorias pueden motivar al deudor a incumplir el

contrato y las sobrecompensatorias la ejecución de contratos ineficientes; ambos son problemas que se multiplican frente a la ausencia de criterios claros para calcular el monto de las indemnizaciones, lo cual ocurre cuando la cuantificación se realiza de forma arbitraria como es el caso del daño moral (Haro, 2002).

Por todo lo anterior, en ninguna circunstancia es coherente con nuestro ordenamiento jurídico que se puede relevar de la exigencia de motivación.

5.2.2 ¿CÓMO SE DEBE JUSTIFICAR LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN BASE AL CRITERIO DE EQUIDAD?

Aceptando que el artículo 1332 del Código Civil establece que el daño moral debe ser motivado siguiendo un criterio de equidad, corresponde definir qué implica la “equidad”.

Unos primeros alcances los da Campos (2022a), quien señala que *“la valoración equitativa para fines de la estimación del daño puede ser comprendida; por un lado, como el juicio de prudente adecuación de varios factores de probable incidencia sobre el daño en el caso concreto; y, por otro lado, como un criterio aplicable de modo que casos iguales no sean tratados de forma desigual. En consecuencia, adecuación y proporcional son dos de las directrices que debe inspirar la valoración equitativa”*.

Con una similar opinión, Linares (2007), menciona que la cuantificación del daño moral debe buscar la compensación en el caso concreto (realizando para ello un análisis de los hechos específicos del caso) y la predictibilidad de los fallos a partir de un criterio que pueda aplicarse a otros casos.

Partiendo de esta interpretación, la equidad tendría dos exigencias: (i) un análisis de los hechos del caso que puedan influenciar la cuantía del daño y (ii) el establecimiento de un criterio que pueda ser replicado en otros casos. Consideramos que ambas exigencias son parámetros generales adecuados que guían un verdadero análisis y no la arbitrariedad que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, por su naturaleza general requiere de mayores explicaciones.

5.2.2.1 Primera exigencia del criterio de equidad: La evaluación del caso en concreto

Respecto a la primera exigencia, la doctrina y jurisprudencia han mencionado algunos criterios o factores que el juez debe considerar en un caso concreto para la cuantificación del daño moral. Por ejemplo, el tipo de lesión, la edad, si es que el afectado tiene hijos, estado civil, el nivel educación, el estado de salud previo, si las secuelas serán dolorosas, edad, relaciones familiares, comportamiento del dañante, intensidad del dolo o culpa, condiciones económicas de la víctima, etc. (Coronel, 2022; Campos, 2022a; Linares, 2015). Hacemos la precisión, como la hace Coronel (2022), que no hay una lista cerrada de estos criterios, en tanto dependerá de los hechos del caso concreto.

Evidentemente, el juez debe razonar por qué una determinada condición implica que deba existir una mayor o menor cuantía del daño moral. Caso contrario no estaría cumpliendo con su exigencia de explicitar las razones que justifican su decisión.

Un último punto importante respecto a esta primera exigencia es tener en cuenta la función que se le pueden atribuir al daño moral. Tal como señala Campos (2022a), la aplicación de ciertos criterios depende de la función que se le asigne al daño moral: sea punitiva, mitigadora o mixta. Por supuesto, la determinación de la función que debe cumplir depende de una interpretación de la regulación de la responsabilidad civil y el concepto del daño moral. Ello también deberá ser justificado por el juez debidamente.

5.2.2.2 Segunda exigencia del criterio de equidad: establecer un criterio que garantice predictibilidad

Conforme se ha señalado, la predictibilidad implica que el método usado para estimar el daño moral pueda ser replicado en otros casos. Consideramos que los criterios antes mencionados por sí mismos no pueden cumplir con esta exigencia en tanto no expresan una verdadera metodología para la estimación del daño.

Por ejemplo, pongamos un caso de responsabilidad civil por una lesión permanente al brazo de la víctima tras un accidente de tránsito. Un juez puede estimar el daño moral en 100, justificándolo en que la lesión es de carácter grave porque la víctima tiene una movilidad reducida que afecta sus actividades cotidianas (criterio tipo de lesión) y la duración es permanente (criterio de duración). Sin embargo, un segundo juez podría considerar bajo los mismos criterios que la indemnización por daño moral debe ser 300.

Si aceptamos que la expresión de estos criterios es suficiente para estimar en un monto específico el daño moral, entonces estamos permitiendo que pueda haber una alta variabilidad en la estimación del daño pese a estar ante casos iguales. Evidentemente, esto es contrario a la exigencia de predictibilidad, por lo cual no es una motivación que deba ser aceptada.

Para efectivamente cumplir con tener un criterio que garantice predictibilidad, consideramos que los jueces deben adoptar una fórmula para la estimación de daños morales. Esta debe tener un monto referencial el cual pueda ser variado por las particularidades del caso concreto. Cabe mencionar que el monto referencial debe igual justificarse. Existen múltiples razones que se podrían elegir para establecerlo: la jurisprudencia peruana de casos similares, jurisprudencia extranjera, legislación extranjera que establece baremos en la determinación de daño, estudios el valor de la vida, el daño emergente, el valor de un departamento, el costo de vida, etc.

Asimismo, notamos que la determinación de una fórmula para estimación del daño moral no solo garantiza la predictibilidad, sino que es necesaria para que exista una debida motivación interna. En efecto, resulta un imposible lógico la conclusión de un monto dinerario teniendo como premisa únicamente la descripción cualitativa de un daño. Se requiere pues de una premisa adicional según la cual se establezca que determinada cualidad del daño moral equivale a un monto específico. Para ello se requiere tener una fórmula de conversión, la cual evidentemente también deberá estar justificada en su razonabilidad.

5.2.3 ¿LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA JUSTIFICÓ LA ESTIMACIÓN DEL DEL DAÑO MORAL SEGÚN LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS?

Habiendo definido las exigencias que deber cumplidas para que se puede reconocer que hay una debida motivación de la cuantificación del daño moral, corresponde realizar el análisis de la Sentencia de Segunda Instancia. Para ello es necesario observar las razones que dieron para confirmar la cuantía de S/ 3'500,000.00. Esta fueron las siguientes:

“4.3. Asimismo en cuanto al quantum indemnizatorio apelado por los demandados se ha de señalar que, entre otros documentos y características que se han tomado en cuenta para establecer el monto indemnizatorio, el mismo obedece a criterios de la magnitud del daño a la persona causada por la culpa

inexcusable de los demandados siendo coherente la sentencia con la imposición del monto”

Así, podemos identificar dos razones: (i) en primera instancia se han analizado documentos y características para establecer el monto indemnizatorio y (ii) que el monto obedeció al criterio de magnitud del daño.

Ambos argumentos se remiten a los fundamentos de la sentencia de primera instancia. En este sentido, estaríamos ante una motivación por remisión o *per relationem*, según la cual el juez se justifica en la decisión de otro órgano, en este caso el de primera instancia. El Tribunal Constitucional ha aceptado como válida esta motivación en múltiples pronunciamientos como en el Expediente No. 1230-2002-HC/TC, Expediente No. 3530-2008-PA/TC y en el Expediente No. 1856-2014-PA/TC; y expresamente ha señalado que no se infringiría el derecho de motivación siempre que el juez explicita las razones de por qué es justificado realizar la remisión.

Por otro lado, la doctrina ha señalado que la validez de este tipo de motivación depende del “juicio de idoneidad” que realice el *ad quem* respecto de los argumentos del *aquo* para incorporarlos en su propia decisión (Aliste, 2011). Asimismo, también se ha señalado que el juez demostrar que “*valoró críticamente la suficiencia y la fundamentación de los argumentos que adopta ofreciendo su confirmación mediante la confutación de los motivos de impugnación*” (Taruffo, 2006, p. 366). Caso contrario, no existiría motivación en la sentencia de segunda instancia, incurriendo en un vicio de motivación interna según el marco teórico explicado en el presente trabajo o, siguiendo la clasificación del Tribunal Constitucional, en un vicio de motivación inexistente o aparente.

Ambas razones de la sentencia de segunda instancia no cumplen estos requisitos de la motivación *per relationem*. En primer lugar, no se expresado por qué es justificado o idóneo realizar remisión, sino simplemente se ha hecho. En segundo lugar, no existe un análisis de la suficiencia de los fundamentos de la sentencia de primera instancia, sino que solo se describió que se utilizó el criterio de magnitud del daño. En tercer lugar, no se ha respondido a los argumentos de apelación de EsSalud Pasco, entidad que apeló la cuantía del daño moral en primera instancia arguyendo que el monto otorgado era exorbitante y no se condice con las indemnizaciones concedidas en casos similares. De esta forma, existe un vicio de motivación interna.

Agregado ello, conforme se ha mencionado previamente, el criterio cualitativo de magnitud del daño no es una razón suficiente para cuantificar el daño moral. En efecto, de que yo determine una magnitud “x” de un daño moral, no se puede derivar que se deba indemnizar un monto específico. Se necesita pues establecer algún tipo de fórmula para convertir dicha magnitud “x” a un monto dinerario “y”. Al no haber hecho esto en la sentencia de segunda instancia ni en primera instancia, entonces se incurre en vicio de motivación interna por un defecto inferencia lógica sensu largo que implica que de la premisa (en este caso, el criterio de magnitud del daño) no se puede derivar la conclusión (la estimación del daño moral en S/ 3,500,000.00).

5.2.4 ¿LA MOTIVACIÓN DE LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL DEBE SEGUIR LA JURISPRUDENCIA RECABADA POR EL RECORRENTE?

Previamente, hemos mencionado que la jurisprudencia de casos similares puede ser usada para establecer un monto referencial para la estimación del daño moral en un caso concreto. Dicho criterio pues coadyuva a que se cumpla con el requisito de predictibilidad, ya que cualquier persona de la revisión de la jurisprudencia puede saber aproximadamente cuánto los jueces pueden otorgar por daño moral en su caso.

Además, cabe mencionar que el uso de este criterio ha sido reconocido por la doctrina. Por ejemplo, Fernández (2023) señala que la reparación del daño moral en casos similares es uno de los principales criterios que deberían ser usados para la estimación del daño moral.

Aunque el uso de la jurisprudencia cumple con las exigencias de motivación, no es un requisito el uso de este criterio para que esté debidamente motivada la estimación de la moral. Es pues perfectamente posible que el juez utilice otros fundamentos para determinar un monto referencial. Si bien ello es así, lo que no puede pasar es que una de las partes alegue como argumento principal que debe utilizarse la jurisprudencia de casos similares, pero que este no tenga respuesta por el juez y, peor aún que no exista fundamento respecto a una metodología de estimación. Sin embargo, conforme hemos señalado previamente, esto fue exactamente lo que sucedió en segunda instancia.

5.2.5 CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA

En base a lo explicado, el recurso de casación interpuesto por EsSalud debió haber sido declarado fundado, por las siguientes razones:

- La estimación del daño moral es un análisis que no está exento de motivación. Si bien existe cierta discrecionalidad derivada de la dificultad inherente en atribuirle un monto al daño moral, ello no justifica la arbitrariedad en su determinación.
- La sentencia de segunda instancia para confirmar la estimación del daño moral realizó una motivación por remisión (o *per relationem*) a la sentencia de primera instancia; sin embargo, sus fundamentos no cumplieron con los requisitos de validez de este tipo de motivación. Ello es así porque no se expresó por qué era idónea la remisión, no se analizó la suficiencia de los fundamentos del a quo y tampoco se respondió ni se mencionó los argumentos de apelación del recurrente a la cuantía del daño moral.
- Asimismo, la sentencia de segunda instancia únicamente mencionó el criterio de magnitud del daño como sustento para confirmar la estimación del daño mora. Sin embargo, de dicho criterio cualitativo no es capaz de determinar la asignación de un monto dinerario, ya que este una descripción del daño y no una fórmula para asignarle una estimación dineraria. Por ello, se incurre en un defecto de inferencia lógica *sensu largo*.

5.2.6 LOS ERRORES COMETIDOS POR LA CORTE SUPREMA EN LA CASACIÓN NO. 5710-2018 PASCO EN EL ANÁLISIS DE FONDO DEL RECURSO DE CASACIÓN

Habiendo realizado este análisis, podemos observar los tres errores en los que incurre la Corte Suprema en la Casación No. 5710-2018 Pasco al momento de señalar que la sentencia de segunda instancia estaba debidamente motivada.

El primer error, se observa en el considerando sexto de la Casación. En este, la Corte Suprema alega que hubo debida motivación porque la decisión de segunda instancia valoró adecuadamente que la sentencia de primera instancia y evaluó correctamente los elementos fácticos y medios de pruebas aportados del proceso para establecer los presupuestos del daño moral. Además, porque indicó que la magnitud del daño resulta coherente con el monto señalado en la sentencia.

Esta argumentación, sin embargo, únicamente se limita a citar textualmente lo señalado en la sentencia de segunda instancia y en la primera instancia. No expresa ningún

argumento de por qué la fundamentación realizada en segunda y primera instancia resulta suficiente para establecer el monto indemnizatorio de S/ 3'500,000.00. En ese sentido, la Corte Suprema comete el mismo defecto de motivación que la sentencia de segunda instancia.

El segundo error se encuentra en el considerando octavo de la Casación. En este, la Corte Suprema menciona que el argumento de recurrente sobre que “no se expresaron razones válidas de la equidad del monto” debe ser desestimado, ya que el artículo 1332 del Código Civil permite la aplicación del criterio de equidad que implica la aplicación de la justicia en el caso concreto.

Al respecto, la Corte Suprema está interpretado incorrectamente el artículo 1332 del Código Civil, ya que está considerando como si el criterio de equidad permitiera cualquier fundamentación o incluso la ausencia de esta, cuando ello no es así. Conforme hemos mencionado anteriormente, la equidad como criterio exige un análisis de las particularidades del caso y el uso de un criterio que genere predictibilidad; por lo cual, no cualquier motivación puede considerarse equitativa, menos aún una que solo mencione de forma genérica el criterio de magnitud del daño como lo ha hecho la sentencia de segunda instancia.

El tercer error está en el considerando noveno de la Casación. Ahí, la Corte Suprema señala que los S/ 3'500,000.00. son un monto equitativo en base a *“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 vida, 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 la experiencia”*. Como se observa, se enumeran varios criterios cualitativos que sirven para describir la afectación de la víctima, pero ninguno de ellos establece una metodología de cuantificación.

Así, la Corte Suprema repite los defectos de las instancias inferiores, solo que agrega más criterios. Recalamos pues que la justificación de la estimación del daño moral no se determina en la mera mención de criterios descriptivos del daño, por muchos que estos sean, sino a partir de razones que establezcan la equivalencia de dichas cualidades del daño a un monto monetario específico. Estas razones, sin embargo, no han sido expresadas en ningún momento del proceso.

Por último, también nos parece relevante mencionar que, en el considerando sétimo de la Casación, la Corte Suprema niega el argumento del recurrente sobre el uso de jurisprudencia de casos similares, ya que ninguno de los casos citados constituye un precedente judicial. Así, la Corte Suprema evita pronunciarse sobre el argumento del recurrente de que el monto indemnizatorio debería haber sido determinado en base a la jurisprudencia de casos similares al ampararse que una causal del recurso de casación fue el apartamiento de precedentes judiciales (que obviamente no había el caso).

Esta evasión del argumento nos parece una oportunidad perdida, porque si bien consideramos que la estimación del daño moral no tiene que ser determinada necesariamente en base a jurisprudencia de casos similares, es igual un criterio relevante y que garantiza predictibilidad, por lo que merece al menos un pronunciamiento. Más aún, considerando que la doctrina peruana lo ha tomado en cuenta como principal criterio, al igual que la doctrina y jurisprudencia extranjera¹.

6 ANÁLISIS DEL PROBLEMA COMPLEMENTARIO: ¿Cuál debe ser la metodología para estimar el daño moral?

Conforme hemos señalado previamente, la estimación del daño moral debe realizarse mediante una fórmula o un método determinado para estar debidamente motivada. Lógicamente, cada paso o variable también debe estar justificado. Sin embargo, un problema distinto es establecer, dentro de todas las posibilidades de métodos de estimación, el más adecuado. En el presente apartado buscaremos encontrar esta respuesta considerando las propuestas elaboradas por doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, y elaborando una propuesta propia para la estimación del daño moral.

6.1 Criterios para evaluar la metodología más adecuada para estimar el daño moral

Para determinar qué método es más adecuado se debe analizar cuál garantiza de mejor forma las finalidades del sistema de responsabilidad civil. Estas finalidades son: minimizar los costos de los accidentes, los costos de prevención de accidentes y los costos administrativos derivados; todo ello procurando mantener una “equidad

¹ En el siguiente apartado del presente informe se podrá ver cómo se utilizan las decisiones de casos similares para la estimación del daño moral

horizontal”, en el sentido de que lesiones similares sean tratadas de la misma forma (Avraham, 2006).

Para que un método de estimación el daño moral garantice estas finalidades debe principalmente: (i) reducir en el mayor grado posible la impredecibilidad de los montos otorgados y (ii) no debe generar altos costos administrativos al sistema judicial (Avraham, 2006).

Respecto al primer criterio, este se sustenta en que la ausencia de predictibilidad afecta totalmente la posibilidad de incentivar a los agentes generadores del daño a tomar medidas de prevención adecuada. Ciertamente, es imposible asignar recursos para prevenir un daño moral cuando se desconoce a cuánto se va a valorizar. Por ello, la impredecibilidad impide totalmente una disuasión óptima, mientras que la predictibilidad al menos garantiza que pueda generarse y también favorece la posibilidad de llegar a transacciones (Chang, Eisenberg y Wells, 2017; López, 2018). Así, el cumplir con este primer criterio implica minimizar los costos de prevención.

Respecto al segundo criterio, dependiendo de la fórmula que se utilice esta va a generar más o menos tiempo al juez para establecer la estimación del daño moral. Esta demora implica que se invierta más tiempo en estos casos que en otros, por lo tanto, se pueden generar costos administrativos altos para el sistema judicial (Avraham, 2006). En esa línea, podría no ser óptima una fórmula muy compleja de realizarse frente a una más simple. Sin embargo, podría considerarse un costo adecuado si es que la complejidad se justifica en una mayor predictibilidad.

Cabe mencionar que pueden existir otras razones para criticar una metodología particular. Por ejemplo, establecer alguna variable o valor predeterminado sin sustento suficiente o razonable. De ser el caso, también se va a evaluar ello.

6.2 Algunos métodos de estimación del daño moral: funcionamiento y crítica

6.2.1 La estimación de daño moral “por puntos de incapacidad” / baremos judiciales

En Francia, Italia, Alemania y Holanda se ha utilizado una metodología, inspirada del derecho de accidentes laborales, que se denomina “cálculo por puntos de incapacidad”. Esta consistente esencialmente en dos pasos: (i) una apreciación médica de la

condición de una persona, la cual realiza un médico que va a determinar en que “punto” (del 1-99) de invalidez se encuentra la víctima y (ii) la estimación de monetaria del punto en base a los montos concedidos en la jurisprudencia de casos pasados por la misma lesión. Para este último paso, las cortes tienen tablas de montos referenciales que han sido determinadas en base a casos pasados (Karapanou y Wisscher, 2010; Koteich, 2010).

A modo de ejemplo, Karapanou y Wisscher (2010), tomando en consideración la experiencia francesa, señalan que la determinación del valor del punto se realiza de la siguiente forma: si en un año las cortes otorgan 75,000 euros a una víctima de una edad X que ha perdido 40 puntos (o 40%) su capacidad funcional, entonces el valor de punto será 1875 euros (75,000/40). De esta forma, si llega un caso donde la víctima ha perdido 30 puntos de su capacidad funcional, entonces le correspondería 56,250 euros. Cabe mencionar que el valor del punto variaría dependiendo de la edad de la víctima y el porcentaje de incapacidad.

En caso no estemos ante lesiones a la integridad física (donde se puede hablar de grados de invalidez) la determinación de monto se sigue en base montos referenciales otorgados en casos similares. Karapanou y Wisscher (2010), señalan que sufrimientos muy ligeros se otorga de entre 600 a 1200 euros, para ligeros entre 1000 a 2000 euros, Moderados entre 2,000 a 5,000 euros, para medios entre 5,000 a 16,000 euros, medianamente importantes entre 16,000 a 20000 euros, importante entre 20,000 a 30,000 euros y muy importante más 30,000 euros.

Esta forma de estimación del daño moral puede realizarse tres críticas. La primera es por el alto costo administrativo que representa, ya que para la determinación de valor del punto se tendría que buscar suficiente jurisprudencia con un mismo tipo de lesión (si es que se logra encontrar) y además identificar el déficit de capacidad funcional en el que se encontraban las víctimas en esos casos (para lo cual el juez no tiene el conocimiento especializado). Incluso logrado ello, en el proceso necesariamente tendría que contar con una pericia médica que determine el grado de invalidez que tiene la víctima según un estándar de puntos. Todo lo vuelve una tarea sumamente compleja y que demorará tiempo para la administración del caso.

La segunda crítica es que, incluso con las tablas, existe alta variación en las cuantías otorgadas entre los diferentes Estados europeos como dentro de los mismos, lo que no garantiza predictibilidad ni que se calcule la indemnización según la severidad y

duración de la lesión. Ello pues guiarse en jurisprudencia pasada no implica que están fueron correctas desde un inicio, pues estas pudieron ser sobrecompensatorias, subcompensatoria o simplemente arbitrarias (Karapanou y Wisscher, 2010; Geistfeld, 1995).

Por último, una tercera crítica es que es tipo de indemnización trata al daño moral como un daño directamente compensable, ya que pretende calcular cuánto vale la lesión de una persona. Sin embargo, esta tarea es verdaderamente imposible conforme hemos detallado previamente. Creemos que esta imposibilidad es justamente la que genera la alta variación de montos.

6.2.2 Fórmula de estimación en base al QALY/AVAC y el VEV

En la doctrina se propone realizar una estimación del daño moral en base al QALY (o AVAC en español), que es una medida que termina el valor de vida de un año libre de discapacidad o lesión. La lógica es que el daño moral equivale a los QALY que pierde una persona.

Concretamente, para la cuantificación se requiere dos pasos: (i) definir el “peso” de una lesión en el QALY, es decir, si un QALY equivale a 1 que es una condición de salud perfecta, cuando el estado de la víctima reduce dicha condición, y (ii) el valor monetario de los QALY calculado en base a los estudios del Valor Estadístico de la Vida (o VEV) que se calcula a partir de un criterio de *willingness to pay* que implica establecer lo que una potencial víctima se encuentra dispuesta a pagar para eliminar o aceptar un riesgo particular (Navarro y Martin, 2008; Karapanou y Wisscher, 2010; Zanitelli, 2009).

Conforme se observa, es una metodología muy similar a la estimación por puntos. Lo único es que la determinación del valor de QALY no va a ser en base a jurisprudencia sino por estudios que calculan el valor estadístico de vida. Esto se logra a partir encuestas a un número considerable de personas y/o el análisis sobre los riesgos que asumen trabajadores para lograr un determinado sueldo. Dicha data tiene como finalidad determinar lo que las víctimas están dispuestas a pagar (*willingness to pay*) para eliminar un riesgo de que tengan una lesión. A continuación, se puede ver un ejemplo de este cálculo:

“supongamos que un grupo de 100.000 personas se someten a un tratamiento preventivo que reduce la probabilidad de muerte (o de estar enfermo) en un 1

entre 100.000. El número esperado de muertes se reduce en 1 unidad dentro del grupo. Supongamos que los individuos que pertenecen a dicho grupo están dispuestos a pagar, por término medio, 20€ por dicha reducción del riesgo. La disposición a pagar total será 20€ x 100.000 (Navarro y Martin, 2008, p.8)”

En dicho ejemplo, el valor estadístico de la vida equivale a 200,000 euros, monto que dividido entre los años de vida de una persona sin discapacidad dará la cuantificación del QALY. Cabe mencionar que el valor del QALY varía mucho según la metodología que se use y la data que se tenga. Por ello, se señala que hay autores que han valuado entre 32,000 a 300,000 euros (Karapanou y Wisscher, 2010).

Esta metodología de estimación también se le puede criticar de la misma forma el alto costo administrativo para determinar el valor del QALY y para establecer el peso de una lesión en la reducción del QALY. Asimismo, al igual que la metodología por puntos presume una función estrictamente compensatoria del daño moral, la cual no puede tener por su naturaleza jurídica.

Agregado a ello, existen críticas particularmente fuertes a los estudios que valorizan la disposición de pagar. Estas se sustentan en que el valor estadístico de la vida es un método que no pretende ni puede valorar el valor de la vida una persona específica, ya que únicamente calculan el valor que le da un grupo de personas a un pequeño riesgo de muerte. Así, el valor que le asignan a su vida puede ser completamente distinto y variar con el tiempo. Inclusive, Viscusi, uno de los principales investigadores y pioneros del Valor de Estadístico de la Vida, ha confirmado en múltiples ocasiones que esta metodología no puede medir el valor la vida de una persona específica (Cargill y Larmore, 2021).

6.2.3 Estimación del daño moral en base a daño emergente

Avraham (2006), propone que la estimación del daño moral se realice en virtud de los costos pasados y futuros del tratamiento de la lesión; es decir, el daño emergente. Dicha relación la justifica en que mientras más grave sea la lesión mayor dinero se gasta en el tratamiento de esta; por lo tanto, el monto del daño emergente estimaría el valor de la gravedad de la lesión.

A dicho monto, mediante un sistema de multiplicadores que puedan variar según la edad de la persona, considerando que una persona menor que vive con una incapacidad por

mayor tiempo merece una mejor compensación que aquellas personas mayores de edad que pueden sufrir la incapacidad por menor tiempo. Cabe mencionar que cada multiplicador se determina judicialmente en base a casos anteriores o también se podría asignar un número de forma legislativa.

De forma referencial, Avraham (2006), propone que de costos médicos de \$0 a \$100,000 exista un multiplicador de 0.5, estableciendo un daño moral entre 0\$ y \$ 50,000.00. De costos médicos de \$ 100,001 a \$ 500,000.00 un multiplicador de 0.75. Para costos médicos de \$ 500,001 - \$ 1,000,000.00 un multiplicador 1 y para los superiores a \$ 1,000,000.00 un multiplicador de 1.25.

Entendida así, esta metodología implica bajo costos administrativos porque deriva de la cuantificación del daño emergente y también genera un grado razonable de predictibilidad.

Sin embargo, existen tres problemas: (i) este método no sirve para cuantificar el daño moral en sentido estricto, porque una aflicción emocional no genera necesariamente consecuencias patrimoniales o podría no generarlas de la misma magnitud (ii) se ha establecido que un mayor costo de tratamiento implica una mayor gravedad del daño; sin embargo, de dicha conclusión no se deriva que la estimación del daño moral deba realizarse en base al monto del daño emergente, y (iii) no queda claro cuál es la justificación para que en determinados rangos de costos médico el multiplicador sea mayor.

6.2.4 Estimación del daño moral en base a escalas

Otro método de estimación de daño moral es el propuesto por el profesor argentino Martín Juárez Ferrer. Este postula un modelo que recoge la teoría de los placeres compensatorios, según la cual la indemnización del daño moral se determina en base a un dinero que permitirá la víctima obtener placeres que mitigaran el daño moral, y un sistema tarifado judicial, determinando pisos o escalas de categorías de afectaciones. Considerando la teoría de los placeres compensatorios, usa como monto de referencia el costo de un departamento en los casos donde fallece un hijo, que ha sido utilizado con frecuencia por jurisprudencia cordobesa. Dicho monto, que lo define con la variable "UDM" (por cuestiones de inflación), estaría valorizado en el 2016 en \$ 75,000.00 (Juárez, 2016; López, 2018).

Con este monto, estable tanto los “pisos” como los “techos” de 10 tipos de daños. A modo de ejemplo, señalamos los dos tipos de daño con mayor indemnización. El primero es denominado “gran discapacidad/estado vegetativo” cuyo valor se encuentra entre 2-6 UDM (\$ 150,000.00 – \$ 450,000.00). El segundo es “muerte de hijo / estado vegetativo / gran incapacidad” cuyo valor se encuentra entre 1-3 UDM (\$ 75,000.00 - \$ 225,000.00) (Juárez, 2016).

Se pueden realizar múltiples críticas a esta metodología. La primera es la falta de razones para establecer porque una determinada lesión o daño tiene un tope o un mínimo específico; por ejemplo, por qué la primera escala está entre 2-6 UDM y no entre 3-8 UDM. La segunda es que su sistema tarifado no ha considerado los daños morales en sentido estricto, salvo el caso de muerte de un familiar. En tercer lugar, no se ha evaluado por qué resulta correcta la estimación del UDM en \$75,000.00., siendo que prácticamente se ha aceptado como acto discrecional y necesario para realizar el sistema tarifado propuesto.

6.3 Nuestra propuesta de un método de estimación del daño moral

Tras el análisis de los problemas en los métodos de estimación del daño moral, hemos optado por diseñar un método distinto que garantiza de mejor forma los fines de la responsabilidad civil a los que hemos hecho referencia. Pasaremos a explicar tanto la fórmula para su aplicación como la justificación de cada variable y su determinación.

6.3.1 Fórmula para estimar el daño moral en un caso concreto

Proponemos una fórmula compuesta de tres variables. La primera la denominaremos monto referencial mensual (M) que equivale al dinero que en un mes es necesario para que una persona que sufra de daño moral lo mitigue. Dicho valor lo hemos determinado en el costo de vida mensual promedio de una persona en Perú, el cual hemos estimado en S/ 2,322.00.

La segunda variable es la gravedad del daño (a) que equivale a un multiplicador del M, en un rango de 0.5 – 1.5. Para determinar dentro de ese rango el multiplicador para el caso concreto, el juez deberá analizar mediante múltiples criterios cualitativos a los que ha hecho referencia la doctrina peruana y extranjera, si es que dicho daño es levísimo, leve, moderado, grave o gravísimo.

Por último, la tercera variable es la duración del daño moral, determinado en la cantidad de meses que se estima que persista la afectación a la víctima.

La fórmula se expresaría de la siguiente forma:

$$\text{Estimación del daño moral} = (M \times a) \times d$$

$$M = \text{Costo de vida mensual} = S/ 2,322.00 \text{ en el 2024}$$

$$a = \begin{cases} 0 \leq a < 0.5 & \text{si el daño es levísimo} \\ 0.5 \leq a < 0.9 & \text{si el daño es leve} \\ 0.9 \leq a < 1.1 & \text{si el daño es moderado} \\ 1,1 \leq a < 1.3 & \text{si el daño es grave} \\ 1.3 \leq a \leq 1.5 & \text{si el daño es gravísimo} \end{cases}$$

$$d = \text{duración mensual del daño}$$

Teniendo clara la fórmula, a continuación, justificaremos la finalidad de cada variable.

6.3.2 Justificación de la variable “M”

Esta variable tiene como fundamento principal la tesis de que el daño moral tiene una función principalmente consolatoria. Siguiendo la mencionada teoría de los placeres compensatorios que señala Lopez (2018), el dinero de la indemnización debe poder servir a la víctima para obtener algún tipo de placer alternativo que ayude a sopesar la lesión o sufrimiento al que se ha visto expuesto. Adicionalmente, creemos el dinero también puede estar destinado a (i) que la víctima tenga una mejor calidad de vida, lo que ocurrirá en casos donde los llamados placeres compensatorios estarían particularmente limitados por la condición de la víctima, y/o (ii) a garantizar que la persona pueda tener tiempo para lidiar con su sufrimiento o lesión, a efectos superarlo.

Consideramos que el costo de vida mensual es un monto que cumple con esta finalidad consolatoria. Esta conclusión parte de la premisa de que, si una persona tiene cubierto su costo básico de vida, entonces puede avocarse en un placer alternativo, tener tiempo para lidiar con su sufrimiento o en todo caso mejorar su calidad de vida a través de otros ingresos que reciba.

Para determinar el costo de vida mensual se ha considerado la suma del costo de la canasta básica (costo de alimentación en un mes) más el costo de vivienda. Respecto al primero, Angulo (2024), siguiendo los resultados de INEI, señala que equivale a S/ 446 mensuales. Respecto al segundo, el costo de vivienda se ha considerado el costo de alquiler mensual de un departamento de dos habitaciones en Lima, que según un estudio de mercado de la plataforma web Urbania² equivale a S/ 1,878. Cabe mencionar que se ha considerado el valor alquiler en Lima porque es la ciudad más habitada y también más costosa, garantizando así que en abstracto cualquier persona que sufra un daño moral podría tener asegurado el costo de su vivienda en cualquier parte del Perú.

No se va a negar que puede ser cuestionable el que el monto de S/ 2,322.00 represente verdaderamente el costo de vida mensual en Perú. Sin embargo, definir el costo de vida es una tarea que sí es posible de realizar y tiene un menor costo administrativo que determinar un valor monetario a una afectación que tiene naturaleza inmaterial. Inclusive, consideramos que el juez podría hacer uso de las máximas de la experiencia para ajustar monto por el costo de vida.

6.3.3 Justificación de la variable “a”

Conforme hemos señalado, el criterio de equidad exige que se analice las particularidades del caso concreto. Asimismo, es aceptado que ante mayor gravedad del daño debería corresponder una mayor indemnización (Avraham, 2006). Considerando esta relación, se puede determinar que las particularidades tienen una relación de multiplicador con el monto estándar por daño moral.

Existen dos problemas con los multiplicadores. El primero es establecer su valor específico. Si bien resulta razonable considerar que el daño moderado debe comprender necesariamente el valor de 1 y que, por ende, el daño leve y levísimo deben estar por debajo de dicho valor; lo mismo no ocurre con los daños graves o gravísimos. Por ejemplo, podría argumentarse que un daño particular calificado como gravísimo (p.e. el estado vegetativo) es tres/cuatro/cinco veces más grave que un daño calificado como moderado y, por ende, el multiplicador debería variar en 3,4,5, etc.

² Plataforma que es ampliamente utilizada por peritos judiciales para estimar el valor de inmuebles

Al respecto, creemos que no se debe utilizar multiplicadores altos, sino limitarlos como en el máximo de 1.5 como lo hemos hecho. El sustento de ello recae en dos motivos: (i) la dificultad e imprecisión de definir cuándo una lesión/sufrimiento es 2,3,4,5 veces mayor que otra y (ii) que el finalmente el monto referencial base ya cubre las necesidades básicas, por lo tanto, otorgar un monto que supere en exceso el monto referencial parece innecesario y sobrecompensatorio.

6.3.4 Justificación de la variable “d”

Por último, la variable de duración del perjuicio se sustenta en que la víctima debería tener derecho a recibir un monto específico por el tiempo en que se ha visto afectada. Así, el dinero que reciba ayudaría a lidiar con la afectación particular que tenga durante el tiempo que la sufra, logrando cumplir con la función consolatoria a la hemos hecho referencia.

Un punto relevante para considerar es que esta variable implica que el juez determine específicamente cuánto un daño de determinada magnitud va a durar. Lo cual no necesariamente está claro como en el caso de daño moral en sentido estricto. Por lo tanto, corresponderá hacer uso de las máximas de la experiencia para evaluar cuánto duraría un determinado daño. Asimismo, debe considerarse que la magnitud del daño puede variar. Por ejemplo, una lesión particular puede durar 10 años; sin embargo, puede ser el caso que se califique los primeros 3 años como particularmente graves y el resto de tiempo como leves. De ser así, la estimación de variar, definiendo un monto por cada periodo y sumarlos para determinar la totalidad del daño moral.

6.3.5 Ventajas comparativas de nuestra propuesta de método de estimación

La fórmula que hemos expuesto es la más óptima por las siguientes razones:

- (i) Garantiza de mejor forma la predictibilidad porque el monto base no se determina en base a decisiones jurisprudenciales que estimaron el daño moral de forma arbitraria.
- (ii) El método representa un costo administrativo bajo, ya que no requiere que se elaboren estudios complejos -que no existen en el Perú- de recopilación y uniformización de jurisprudencia ni del valor estadístico de la vida.

- (iii) Cada variable se justifica en la finalidad aflictivo-consolatoria del daño moral, sin pretender cuantificar lo incuantificable como la metodología de estimación del daño moral por puntos o por el QALY.
- (iv) Puede determinar la estimación de daños morales en sentido estricto a diferencia de las propuestas que se centran únicamente en las lesiones a la integridad física.

7 CONCLUSIONES

A partir de lo desarrollado en el presente informe se puede presentar las siguientes conclusiones.

El recurso de casación interpuesto por EsSalud Pasco debió haber sido declarado procedente porque se interpuso sobre una afectación al derecho a la debida motivación, causal que es y deber ser atendida en casación porque es una afectación al derecho al debido proceso. Si bien el vicio de motivación recayó sobre la premisa fáctica, ello no implica que deje de tener la naturaleza de vicio de motivación. Por ello, la Corte Suprema en la Casación 5710-2018 Pasco se equivoca al declarar la improcedencia bajo el argumento de que existe un cuestionamiento hecho, cuando en verdad se ha postulado adecuadamente un vicio de motivación.

El recurso de casación debió también ser declarado fundado porque efectivamente la sentencia de segunda instancia incurrió en vicio motivación al estimar el daño moral. Ello es así, porque se limitó a la mera remisión a los argumentos de la sentencia de primera instancia y mencionar el criterio de magnitud del daño. Al respecto, el criterio de magnitud del daño es uno carácter cualitativo e incapaz de determinar por su sola mención la asignación de un monto dinerario. Se requiere pues, como exigencia de motivación, el establecimiento de una fórmula o metodología de estimación bajo la cual se realice una equivalencia entre estos aspectos cualitativos y un monto dinerario.

Así, la Corte Suprema evaluó incorrectamente el fondo del recurso cuando señaló que no existiría vicio de motivación. Inclusive realiza una interpretación del artículo 1332 del Código Civil totalmente incorrecta, al considerar como si el criterio de equidad permitiera cualquier tipo de fundamentación o, en este caso, la ausencia de esta. Asimismo, la Corte Suprema menciona también una serie de criterio cualitativos los cuales respaldarían el monto otorgado en la sentencia de segunda instancia; sin embargo, ello

no es así, porque al igual el criterio de magnitud, estos criterios únicamente describen el daño y no sirven para la asignación de un monto dinerario.

Por último, hemos propuesto la siguiente fórmula de estimación del daño moral: Mf (Costo de vida) \times a (gravedad del daño) \times d (duración del daño). Realizando la comparación con otros métodos propuestos en la doctrina y usados en la jurisprudencia extranjera, se llegó a la conclusión de que resultaba la opción más óptima porque tiene un bajo costo administrativos, garantiza de mejor forma la predictibilidad de los fallos. Además, todas las variables están razonablemente justificadas en función consolatoria que debe tener el daño moral.

8 BIBLIOGRAFÍA

Aliste, T. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Marcial Pons.

Angulo, J. (2024, mayo 9). ¿En cuánto se incrementó la canasta básica en el Perú?: Cerca de 10 millones no alcanzan a cubrirla, revela el INEI. *Infobae*. <https://www.infobae.com/peru/2024/05/09/en-cuanto-se-incremento-la-canasta-basica-en-el-peru-cerca-de-10-millones-no-alcanzan-a-cubrirla-revela-el-inei/>

Avraham, R. (2006). Putting a price on pain-and-suffering damages: a critique of the current approaches and a preliminary proposal for change. *Northwestern University Law Review*, 100 (1), 87-120.

Ariano Deho, E. (2015). *Impugnaciones procesales*. Primera edición. Instituto Pacífico S.A.C.

Cargill, T., y Larmore, E. (2021). The Value of the Value of a Statistical Life in the Courtroom. *Journal of Legal Economics*, 27(2), 1–41.

Campos, H. (2022a). Comentario al artículo 1332. En J. Espinoza (Ed.) *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano (Tomo VIII)* (pp. 476-486). Instituto Pacífico.

Campos, H. (2022b). Comentario al artículo 1985. En J. Espinoza (Ed.) *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano (Tomo XIII)* (pp. 145-181). Instituto Pacífico.

Campos, H. (2022c). Comentario al artículo 1331. En J. Espinoza (Ed.) *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano (Tomo XIII)* (pp. 452-476). Instituto Pacífico.

Cavani, R. (2018). *Teoría impugnatoria: Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Primera edición. Gaceta Jurídica S.A.

Chang, Y., Eisenberg, T., Li, T., y Wells, M. (2017). *Pain and suffering damages in personal injury cases: An empirical study*. *Journal of Empirical Legal Studies*, 14(1), 199-237. a

Coronel Larrea, L. (2022). La cuantificación de daños morales: El correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano. *USFQ Law Review*, 9(2), 95-113.

Domínguez, R. (2020). La prueba del daño moral y su estimación por equidad. *Actualidad Civil*, 74, 143-180. <https://doi.org/10.31207/ih.v9i2.46>

Ferrer, J. (2011). *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*. *Isonomía*, (34), 87-102.

Ferrer, J. (2018). Los hechos en la casación penal. *Actualidad Penal*, 48, 153–175.

Fernández, G (2023a). Artículo 1984 Daño moral. En J. Espinoza (Ed.) *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano (Tomo XIII)* (pp. 19-115). Instituto Pacífico.

Fernández, G. (2023b). *El daño no patrimonial y el daño moral: Dos ensayos*. Ara Editores.

Fernández, G. (2015). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, (031), 317-338. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n031.4370>

Fernández, G. (2001). Las transformaciones funciones de la responsabilidad civil: la óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law). *Ius et Veritas*, (22), 11-33.

Geistfeld, M. (1995). Placing a price on pain and suffering: A method for helping juries determine tort damages for nonmonetary injuries. *California Law Review*, 83(3), 773-852.

Haro, J. (2002). De t'n mar'n de do pingué... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. *Themis*, 44, 83-101.

Juárez, M. (2016). *Cuantificación del daño moral por escalas*. Academia.edu. Recuperado de https://www.academia.edu/27941806/Cuantificaci%C3%B3n_del_Da%C3%B1o_Moral_por_Escalas

Karapanou, V., y Wisscher, L. (2010). Towards better assessment of pain and suffering damages. *Journal of European Tort Law*, 1(1), 48-74.

Koteich, M. (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*, 18, 159-204.

León, L. (2024). Adiós a los punitive damages a la peruana (pero sin desconocer la función punitiva de la responsabilidad civil). *Actualidad Civil*, (117), 5-14.

Linares, D. (2007). "Deme su voluntad, Señor": Sobre la cuantificación del daño moral. *Revista de Economía y Derecho*, 4(16), 93-104.

Linares, D. (2015). Buscándole cinco patas al gato: El laberinto de la cuantificación del daño moral con una mirada desde la óptica procesal. *Derecho & Sociedad*, 38, 76-85.

López, J. M. (2018). Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva. *Revista de la Facultad*, 9(1), 123-144

Papayannis, D. (2014). La responsabilidad civil como asignación de pérdidas. *Indret*, 1, 1-44.

Miño, M. y Palacios, I. (2023). Equidad o arbitrariedad: análisis de las compensaciones por daños otorgadas por la Corte Constitucional del Ecuador. *USFQ Law Review*, 10(2), 132-156. <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3029>

Navarro, J., y Martín, J. (2008). Evaluación económica del daño moral en el ámbito de los accidentes de trabajo: Un método basado en indicadores estadísticos normalizados. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 54(211), 1-13.

Sotomayor, J. (2021). Apuntes históricos, conceptuales y jurisprudenciales sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales. En E. Alvites (Coord.), *La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (pp. 23-52). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Taruffo, M. (2006). *La obligación de motivación de la sentencia civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Weber, S. (2020). Demystifying moral damages in international investment arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 19(3),417-450.

Zanitelli, L. (2009). Determining pain-and-suffering awards accurately: general or case-by-case law. *QLR*, 28(1), 183-218.

Sentencia del Expediente 1230-2002-HC/TC. Tribunal Constitucional (Aguirre Roca). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>

Sentencia del Expediente 728-2008-PHC/TC. Tribunal Constitucional (Mesía Ramirez). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

Sentencia del Expediente 3530-2008-PA/TC. Tribunal Constitucional (Vergara Gotelli). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03530-2008-AA.html>

Sentencia del Expediente 3167-2010-PA/TC. Tribunal Constitucional (Álvarez Miranda). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03167-2010-AA.html>

Sentencia del Expediente 1747-2013-PA/TC. Tribunal Constitucional (Miranda Canales). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01747-2013-AA.pdf>

Sentencia 808/2020. Tribunal Constitucional (Ledesma Narváez). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01856-2014-AA.pdf>

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 Fabiola Cecilia Fuentes Parco y Huber Panduro Atahuamán, en representación de su menor hijo, Fabricio Piero Panduro Fuentes, 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Virrueta Medina, conforme al argumento de la sentencia, con lo demás que contiene.

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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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-

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

2017-Lima, se ha pronunciado respecto a la indemnización por daños y perjuicios, en un proceso que constituye precedente judicial.

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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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, Fabricio Piero Panduro Fuentes, 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 Fabrizio Piero Panduro Fuente (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*

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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 psicosomático 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 Fabricio Piero Panduro Fuentes, 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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 Fabrizio Piero Panduro Fuente, 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 cardiorrespiratorio 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*

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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 nexos causal**, señalando: “El menor Fabrizio

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Piero Panduro Fuentes, antes de la operación se hallaba neurológicamente normal, en su desarrollo psicomotor como lo comprueba la epicrisis del recién nacido del Hospital Il Pasco y el informe del Jefe de la posta médica de Paucartambo, prueba de test de desarrollo psicomotor. Sin embargo, la 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)".

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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 apartamento 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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.

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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, Fabrizio Piero Panduro Fuente, sufrió un daño cerebral irreversible, que impide su desarrollo psicomotor, el movimiento de sus extremidades y lo ha dejado postrado en cama (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 anestesiólogo). 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

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 agreda 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

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, Fabrizio Piero Panduro Fuentes, -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 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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, 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

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

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

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 Fabiola Cecilia Fuentes Parco y otro, contra José Enrique Argandoña Nieves y otro, sobre 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.