



PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 1 de 22

Demandante : [REDACTED] y otro
Demandado : EsSalud
Materia : Indemnización
Juez : Carlos Polanco Gutiérrez

CAUSA N° 573-2012-0-0401-JR-CI-07

SENTENCIA DE VISTA N° 211-2019-3SC

RESOLUCIÓN N° 78 (TRECE)

Arequipa, dos mil diecinueve

Abril veintitrés.-

I. LA RECURRIDA:-----

Viene en grado de apelación la Sentencia número cero cincuenta y tres - dos mil diecisiete de fecha doce de junio del dos mil diecisiete, de folios mil noventa tres a mil ciento diez, que declara **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** que sobre indemnización por daños y perjuicios, presenta: [REDACTED] y otro, **ORDENA:** 1) Que la demandada ESSALUD, pague a favor de los demandantes, doña [REDACTED] don [REDACTED] y la menor [REDACTED] la suma de **UN MILLON DE SOLES** (S/1'000,000.00), por los siguientes conceptos: a) **daño a la persona (psicosomático-salud)** por daño a la salud sufrido por la menor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] la suma de Cuatrocientos Mil Soles (S/400,000.00); b) **daño a la persona (moral)** por daño moral sufrido por la menor [REDACTED] la suma de Trescientos Mil Soles (S/300,000.00); c) **daño a la persona (moral)** por daño moral sufrido por doña [REDACTED] y don [REDACTED] [REDACTED] la suma de Trescientos Mil Soles (S/300,000.00); 2) **Que la**



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC
2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C
Página 2 de 22

demandada ESSALUD de atención en forma vitalicia a la menor [REDACTED] a fin de que reciba las prestaciones de salud que requiera en los centros de atención, hospitales del país de la demandada, incluyendo de manera perpetua, costos de tratamiento, hospitalización, cirugías, transportes y desplazamientos, medicinas y material quirúrgico y todos los que resulten necesarios para el tratamiento hasta el máximo posible de su recuperación o cura, y asuma los costos íntegros de adquisición e importación de los productos farmacológicos con los que actualmente combate el VHC, o de aquellos que en el futuro desarrolle convenientemente la ciencia, siempre que se opte por un tratamiento farmacológico para el caso específico de la menor [REDACTED] así como los gastos íntegros de cualquier otro tratamiento que se decida aplicar o de cualquier intervención quirúrgica por la que se pueda optar incluyendo un eventual trasplante de hígado o de algún otro órgano afectado o comprometido como consecuencia de la infección del VHC; para el cumplimiento de esta prestación, no podrá exigirle a cambio ningún tipo de aporte o afiliación al Sistema de Seguridad Social, a la referida menor, inclusive cuando sea mayor de edad. 3) **INFUNDADA** la demanda en cuanto al monto pretendido, así como a la indemnización del proyecto de vida. -----

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN: -----

La demandante [REDACTED] mediante escrito de apelación de folios mil ciento quince, sucintamente, alega que: -----

- Apela el extremo de la sentencia que declara infundada la demanda en cuanto al monto pretendido, así como a la indemnización del proyecto de vida. -----
- El Juez a quo no ha expuesto las razones por las cuales ha considerado que la suma pretendida (cuatro millones de soles (S/4'000,000.00)) deba ser desestimada ni ha explicado los parámetros objetivos con los que ha llegado a establecer los montos que ha fijado “a su criterio.” -----



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 3 de 22

- Los jueces no pueden realizar una aplicación absolutamente libre del artículo 1332 del Código Civil porque no se juzga en abstracto sino en un caso concreto, enmarcado dentro de un proceso sustentado en medios probatorios. -----
- Utilizando los datos proporcionados por la Organización Mundial de la Salud en su portal web el Juez a quo debió considerar que el costo de un tratamiento prolongado de cirrosis hepática (cáncer al hígado) o la eventualidad de un trasplante de hígado, supondrá para los padres de la menor de edad infectada por culpa de la demandada, sumas de dinero muy superiores a la establecida “según su criterio” por concepto de daños a la persona, daño a la salud y daño moral. -----
- El profesor argentino Eduardo Zannoni señala que cada juez, en el caso concreto, condena a la reparación “equitativa” teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencia, individual y social de la víctima, etc. -----
- En cuanto al daño al **proyecto de vida** el Juez a quo no ha considerado que la demandada ha conculcado la proyección individual de una menor de edad afectándola directamente por las deficiencias en la atención hospitalaria. -----
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, ha señalado que proyecto de vida no conlleva que “indubitablemente” hubiera acontecido sino que se vincula más bien con que “probablemente”, dentro del curso natural y previsible de desenvolvimiento de la persona, el sujeto hubiera alcanzado ese proyecto.

El demandado SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD, mediante escrito de apelación de folios mil ciento treinta y tres, sucintamente, alega que:

- La judicatura debió pronunciarse sobre el hecho que erradamente la accionante invoca responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva,



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 4 de 22

cuando estas pretensiones son excluyentes entre sí; también son excluyentes entre sí la responsabilidad contractual y la extracontractual, habiéndose planteado ambas en la demanda; por ello, debió declararse improcedente la demanda al no existir conexión lógica entre los hechos y el petitorio. -----

- El Juez a quo pretende amparar la demanda en una supuesta responsabilidad “objetiva” de ESSALUD merced al artículo 48 de la Ley número 26842, pero no se ha acreditado ningún actuar negligente, imprudente o imperito de los profesionales médicos o asistenciales que intervinieron en la atención médica de la menor. La actividad médica no está considerada como una actividad riesgosa. -----
- No existe responsabilidad de ESSALUD en el contagio del virus de hepatitis C a la paciente. La comunicación interna número 147-JAP-DMI-GMQ-HNCASE-ESSALUD-2010 de fecha diecisiete de agosto del dos mil diez y el Informe de Auditoría Médica número 03-CAM-HNCASE-GMQ-GRAAR-ESSALUD-2010 de fecha seis de mayo dos mil diez, ofrecidos en la demanda, detallan la atención médica recibida por la paciente en el tratamiento por infección con el virus de Influenza AH1N1 habiendo sido tratada anteriormente en Emergencia de la Clínica San Juan de Dios y el Policlínico Melitón Salas, y ante su mal estado general fue llevada al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo donde fue tratada en la Unidad de Cuidados Intensivos con ventilación mecánica por neumonía severa, superando dicho mal. Por ello, no está acreditado con medio probatorio idóneo que la paciente haya sido contagiada en este último hospital. -----
- Tampoco se ha acreditado ninguna responsabilidad “subjctiva” puesto que como aparece en la Comunicación Interna número 392-DIV.LAB.GADT.GRAAR.ESSALUD.2010 de fecha veintiséis de agosto



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 5 de 22

del dos mil diez y en la Carta número 2406-GRAAR-ESSALUD-2010 de fecha veintisiete de octubre del dos mil diez, las unidades de sangre transfundidas a la menor en las tres oportunidades no han sido las causantes de la enfermedad de hepatitis C. -----

- No existe antijuridicidad puesto que los profesionales médicos tratantes de la paciente han actuado en ejercicio de una actividad médica; no existe daño causado por cuanto no se ha probado la responsabilidad de algún profesional de su representada; no existe relación de causalidad puesto que la responsabilidad subjetiva no ha sido desarrollada ni sustentada en la sentencia; en cuanto al factor de atribución sólo se está sancionando por un resultado sin ningún factor ni prueba que lo haya determinado. -----
- Existe una indeterminación de la pretensión resarcitoria; una ilegal cuantificación del daño establecido en la suma de un millón de soles (S/1'000,000.00), que no tiene sustento alguno. -----
- El Juez a quo se ha pronunciado sobre una especie de “daño emergente futuro” pero éste pedido no ha sido invocado ni desarrollado en la demanda. -----

III. VALORACION. -----

En lo atinente a los fundamentos de la apelación del demandado SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD: -----

1. Los fundamentos de la apelación referidos a una supuesta falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio de la demanda deben ser desestimados puesto que el apelante estaría cuestionando el auto admisorio contra el cual se tiene previstos y regulados a su favor, mecanismos técnicos de defensa, los cuales pueden ser de forma, como lo son las excepciones o defensas previas, o de fondo, como lo es la contestación de la demanda; siendo que de la revisión de los antecedentes se aprecia que no se ha formulado excepción ni defensa previa alguna,



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 6 de 22

asimismo, la Resolución número siete, de folios ochocientos dos, que declara la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes y da por saneado el proceso tampoco fue objeto de impugnación en su debida oportunidad. -----

2. En cuanto a determinar si el presente caso es uno de responsabilidad contractual o extracontractual y si es subjetiva u objetiva, siguiendo lo expuesto por el profesor Juan Espinoza Espinoza, si se sigue el criterio de incompatibilidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual, asumido por el formante legislativo nacional, se llegará a la conclusión que la responsabilidad civil del profesional, por haber incumplido una obligación preexistente, es contractual; la jurisprudencia ha fundamentado la responsabilidad contractual de los profesionales médicos, basándose en el criterio de la obligación tácita de seguridad; la responsabilidad objetiva de la estructura sanitaria es por el hecho de cualquier profesional médico dependiente, incluidos técnicos y auxiliares.¹ -----
3. En efecto, si bien se reconoce que en algunos casos de responsabilidad médica, existe una zona gris al respecto, en el presente caso, se forma convicción de que se está frente a una responsabilidad contractual por derivarse de un contrato de prestación de servicios médicos, por lo siguiente: **A)** El artículo 48 de la Ley General de Salud que establece dos supuestos de responsabilidad del establecimiento de salud: la primera, solidaria por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades, de sus profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia; el segundo supuesto, es la responsabilidad exclusiva por los daños y perjuicios que se ocasionen al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Séptima edición; editorial RODHAS, Lima, 2013; Págs. 762-771.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 7 de 22

evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece (criterio objetivo de responsabilidad). La demandada sostiene que no se puede estar frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, lo que, tal como se aprecia en la norma es un error, pues estamos frente al segundo supuesto, es decir, una responsabilidad objetiva. **B)** La demandante no cuestiona determinada actividad médica en concreto, sino las condiciones de la atención al momento de la transfusión de sangre, que es la manera en que se habría producido tal contagio, según la demanda, por lo que, dentro de la responsabilidad civil contractual, se evaluará si ello se debe o no a las condiciones del servicio prestado dentro del Hospital de la demandada. **C)** Adicionalmente, se toma en consideración si el prestador del Servicio era la demandada, que como persona jurídica lo hizo a través de sus servidores, también debe tenerse en cuenta el artículo 1325 del Código Civil que establece la responsabilidad de quien ejecuta la prestación de manera defectuosa, valiéndose de terceros, es el responsable por los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario (primera parte del artículo 48 de la Ley General de Salud); empero si se trata de una responsabilidad directa como centro de salud, no es necesario acreditar la existencia de dolo o culpa de algún trabajador (segunda parte del artículo 48 de la Ley General de Salud). Cabe agregar que la calificación del proceso como uno de responsabilidad civil contractual no significa que si existen hechos que configuran una responsabilidad civil extracontractual, el Juez no pueda valorarlos, teniendo presente que el resarcimiento de quien sufre el daño materia de la pretensión debe ser integral. -----

4. Ahora, para determinar la configuración de los elementos de la responsabilidad civil, se tiene esencialmente los siguientes antecedentes fácticos: -----



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 8 de 22

- a) A folios cuatrocientos veinticinco obra la comunicación interna número 265-DMI-GMQ-GM-RAAR-ESSALUD-10 de fecha veintiuno de octubre del dos mil diez, mediante la cual EL JEFE DE LA División Materno Infantil del Hospital Carlos Alberto Según Escobedo, señala que: (i) El diecisiete de marzo del dos mil diez la paciente [REDACTED] fue retirada a la ciudad de Lima a Infectología Pediátrica del Hospital, (ii) la paciente fue referida al área de Gastroenterología Pediátrica. -----
- b) A folios cuatrocientos veintiséis obra la Referencia número 180282190 de fecha seis de mayo dos mil diez en la que se señala que la paciente [REDACTED] tiene el siguiente diagnóstico: (B18.2) HEPATITIS VIRAL TIPO C CRONICA (DEFINITIVO). -----
- c) A folios cuatrocientos sesenta y seis obra el Informe de Auditoría número 03-CAM-HNCASE-GMP-GRRAAR-ESSALUD-2010 de fecha seis de mayo del dos mil diez referido a la paciente [REDACTED] que señala: -----
- i. El quince de marzo dos mil ocho la paciente nace de parto eutócico prematura tardía de treinta y seis semanas de gestación, con APGAR de ocho al minuto y nueve, a los cinco minutos con cuadro de taquicardia transitoria de recién nacido, requiere apoyo ventilatorio mecánico. A las cuarenta y ocho horas de vida presenta cuadro de bronconeumonía. -----
 - ii. Con fecha once de abril del dos mil ocho es dada de alta de Neonatología en buenas condiciones. -----
 - iii. El dieciocho de abril del dos mil ocho reingresa al servicio de neonatología por cuadro de distres respiratorio y polipnea marcada, con diagnóstico de: Injuria Pulmonar Crónica y Enfermedad diarreica aguda. Displasia broncopulmonar, dada de



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 9 de 22

- alta con oxígeno dependiente con fecha veinticinco de abril del dos mil ocho. -----
- iv. Con fecha veintinueve de octubre del dos mil nueve, a la edad de un año y siete meses ingresa al servicio de pediatría con el diagnóstico de Insuficiencia Respiratoria Aguda, infección por virus influenza H1N1, por su gravedad ingresa a ventilación mecánica, recibe tres transfusiones de paquete globular con fechas: treinta y uno de octubre del dos mil nueve, tres de noviembre del dos mil nueve y dieciocho de noviembre del dos mil nueve. -----
- v. Con fecha veintinueve de noviembre del dos mil nueve es dada de alta. -----
- vi. En consulta externa se solicitan exámenes auxiliares, encontrándose transaminasas elevadas y anticuerpos de Hepatitis C. -----
- vii. Con fecha dos de marzo del dos mil diez se realiza prueba confirmatoria, resultando Hepatitis Viral C Positiva. -----
- viii. Con fechas nueve de marzo del dos mil diez y trece de marzo del dos mil diez se realizan exámenes a donantes de las unidades transfundidas a la paciente para tamizaje de Hepatitis C, obteniéndose resultados NO REACTIVOS (negativo en ambos casos). -----
- ix. Con fecha diecisiete de marzo del dos mil diez la paciente es transferida al Hospital Rebagliati – Lima. En dicho informe se concluye expresamente: *“5.1. Efectivamente la paciente recibió 03 transfusiones sanguíneas. 5.2. En la Historia se encuentra registrado que la paciente es portadora de Hepatitis C. 5.3. existen varias vías para la*



PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 10 de 22

transmisión de Hepatitis C. 5.4. Toda transfusión implica riesgo para el paciente. -----

- d) A folios cuatrocientos ochenta y cinco obra la Comunicación Interna número 392-DIV.LAB.GADT.GRAAR.ESSALUD.2010, de fecha veintiséis de agosto del dos mil diez, que señala lo siguiente: -----
- i. La paciente [REDACTED] estuvo hospitalizada el treinta y uno de octubre del dos mil nueve en el servicio de pediatría del HNCASE y al tener hemoglobina 9 gr/dl se solicitó paquete globular (160cc) como muy urgente, siendo atendida por banco de sangre con paquete globular número 4234, grupo O+, el mismo día. -----
 - ii. El día tres de noviembre del dos mil nueve se solicita nueva transfusión, agregando al diagnóstico de ingreso el de Anemia sustentada en hemoglobina de 10 gr/dl, siendo atendida con paquete globular número 4234, grupo O+ el mismo día. -----
 - iii. El día dieciocho de noviembre del dos mil nueve se solicita una unidad como urgente y es atendida con paquete globular número 4552, grupo O+. -----
 - iv. El paquete globular número 4234, grupo O+ empleado con fechas treinta y uno de octubre del dos mil nueve y tres de noviembre del dos mil nueve fue obtenido de la donante voluntaria [REDACTED]. El paquete globular número 4552, grupo O+ se obtuvo de donación exclusiva (unidad asignada) de [REDACTED] madre de la paciente. -----
 - v. Las unidades de sangre fueron empleadas a solicitud del servicio de pediatría y fueron tamizadas de acuerdo a la normativa vigente, resultando NEGATIVAS. -----



PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 11 de 22

- vi. A la paciente se le somete a nuevas pruebas y se le hace el diagnóstico serológico para el virus Hepatitis C POSITIVO, y posteriormente prueba confirmatoria (dos de marzo del dos mil diez) HEPATITIS VIRAL C, resulta POSITIVA. -----
- vii. El dieciséis de marzo del dos mil diez se realiza a la paciente prueba de carga para virus de Hepatitis C, la cual arroja un resultado de > de 700 000 UI/ml. -----
- viii. En la presunción de haber sido transmitida la enfermedad diagnosticada a través de las transfusiones de sangre y para descartar o confirmar esa posibilidad se citó a la madre de la paciente (Señora [REDACTED] y a la donante [REDACTED] siendo los resultados de sus pruebas NO REACTIVO (negativo). Concluyéndose lo siguiente: *“Al haberse obtenido resultados NEGATIVOS (NO REACTIVOS) en las pruebas serológicas para los anticuerpos del virus de la HEPATITIS C (anti HCV) en las donantes en tres (03) ocasiones distintas, y pruebas de acuerdo a las normas universales para el uso de sangre segura, se puede concluir que las unidades transferidas no han sido causantes de dicha enfermedad.”* -----
- e) A folios novecientos cincuenta y cinco obra el Dictamen Pericial presentado por el perito José Seijas Mogrovejo – Médico Pediatra y Gastroenterólogo Pediatra, el cual desarrolla ampliamente el Pliego Abierto de Puntos para la Pericia Médica admitida como medio probatorio, señalando: *“A) CONSECUENCIAS (POTENCIALES) DE LA INFECCIÓN CRÓNICA GENERADA POR EL VIRUS DE LA HEPATITIS C EN LA MENOR [REDACTED] (...), E) POSIBILIDADES DE RIESGO DE ADQUIRIR LA INFECCIÓN DEL VHC EN LA ESTANCLIA HOSPITALARIA A NIVEL LOCAL, NACIONAL E INTERNACIONAL (...).”* En el



PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 12 de 22

punto E), respecto a la “Transmisión nosocomial” se precisa que: “*Para adquirir la infección por VHC, la hospitalización es un factor de riesgo por: - Desinfección inadecuada del material, - Compartir material contaminada entre los pacientes, - Practicar procedimientos invasivos.*” -----

5. En cuanto a la **conducta antijurídica**, teniendo en cuenta los elementos de convicción señalados se tiene que la paciente [REDACTED] [REDACTED] ingresó al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo con fecha veintinueve de octubre del dos mil nueve, a la edad de un año y siete meses, al servicio de pediatría, con el diagnóstico Insuficiencia Respiratoria Aguda, infección por virus influenza H1N1; la paciente recibió tres transfusiones de sangre con fechas treinta y uno de octubre del dos mil nueve, tres de noviembre del dos mil nueve y dieciocho de noviembre del dos mil nueve que correspondían a los paquetes globulares número 4234 grupo O+ y número 4552 grupo O+ que correspondían a las donantes [REDACTED] y [REDACTED], esta última madre de la paciente. Posteriormente, a su salida del hospital, al realizársele exámenes auxiliares se le encontró transaminasas elevadas y anticuerpos de Hepatitis C y con fecha dos de marzo del dos mil diez se le realiza prueba confirmatoria, resultando Hepatitis Viral C Positiva. Al realizarse análisis posteriores a las donantes de las unidades transfundidas a la paciente para tamizaje de Hepatitis C se obtuvo resultados no reactivos (negativo) en ambos casos. -----
6. Siendo así, se debe concluir que la paciente [REDACTED] al ingresar al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo no tenía diagnóstico de (B18.2) HEPATITIS VIRAL TIPO C CRONICA (DEFINITIVO), y que el mismo se originó luego de su hospitalización en el citado hospital; también se ha verificado que los paquetes globulares que fueron utilizados en su tratamiento no se encontraban contaminados con



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 13 de 22

el virus de Hepatitis C al haberse realizado análisis posteriores a las donantes con resultados negativos; en el caso de la madre de la paciente, al ser una de las donantes, también se ha descartado la contaminación vertical (transmisión en el embarazo); en tal sentido se descarta otra posible vía de contagio a la paciente [REDACTED] que no fuera durante su hospitalización en el hospital producida del treinta y uno de octubre del dos mil nueve al veintinueve de noviembre del dos mil nueve. Además, se tiene en cuenta lo señalado en el informe pericial, en su rubro E), respecto a la “Transmisión nosocomial,” precisa que: “*Para adquirir la infección por VHC, la hospitalización es un factor de riesgo por: - Desinfección inadecuada del material, - Compartir material contaminada entre los pacientes, - Practicar procedimientos invasivos.*” -----

7. El apelante sostiene que la comunicación interna número 147-JAP-DMI-GMQ-HNCASE-ESSALUD-2010 de fecha diecisiete de agosto del dos mil diez y el Informe de Auditoría Médica número 03-CAM-HNCASE-GMQ-GRAAR-ESSALUD-2010 de fecha seis de mayo dos mil diez, ofrecidos en la demanda, detallan la atención médica recibida por la paciente en el tratamiento por infección con el virus de Influenza AH1N1 habiendo sido tratada anteriormente en Emergencia de la Clínica San Juan de Dios y el Policlínico Melitón Salas, y ante su mal estado general fue llevada al Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo donde fue tratada en la Unidad de Cuidados Intensivos con ventilación mecánica por neumonía severa, superando dicho mal. Sin embargo, no obra en el expediente medio probatorio alguno que acredite que la paciente [REDACTED] [REDACTED] haya recibido algún tipo de intervención o que se haya encontrado hospitalizada en los centros hospitalarios que refiere el apelante y mucho menos que haya sido contagiada en dichos centros,



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 14 de 22

siendo que la carga de la prueba corresponde a quien alega el hecho según lo estipula el artículo 196 del Código Procesal Civil.² -----

8. Coincidiendo con lo expuesto en este punto por el Juez a quo, si es que la menor ingresó sin estar contagiada por Hepatitis C y salió contagiada con tal virus, lo más probable es que el contagio se haya producido al momento de hacerle la transfusión de sangre y, teniendo en cuenta, que la sangre que se le colocó fueron de dos personas no infectadas, la única explicación posible es que el contagio se haya producido al momento de la transfusión a través del uso de instrumental médico no manipulado adecuadamente o reutilizado. No existe otra razón suficiente: Paciente no portador + sangre de no portadores + adecuada manipulación de instrumental médico para la transfusión de sangre, no puede dar como resultado que el paciente resulte infectado; empero si a dicha ecuación le restamos la adecuada manipulación del instrumental médico, puede dar como resultado la existencia de una infección, que es lo que ha podido suceder en el caso de autos. Para concluir sobre la forma en que se contagió la menor, y tal como se ha señalado en este considerando, si no fue en la sangre, ha sido en el momento de la manipulación del instrumental médico para hacer la transfusión, sea porque se utilizó material reciclado, sea porque quienes hicieron la labor, no lo hicieron cumpliendo los protocolos de ley, o sea, por otra conducta que se presentó al momento de la transfusión, por lo que se forma convicción, de que al existir un daño producido al momento de la atención médica, es consecuencia de una conducta antijurídica al realizar la transfusión sin observar las condiciones que sanitariamente deben cumplirse. -----

² Código Procesal Civil. Artículo 196. Carga de la prueba: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 15 de 22

9. En cuanto al **factor de atribución**, la segunda parte del artículo 48 de la Ley General de Salud, contiene un criterio de responsabilidad objetiva, por lo que no es necesario se acredite dolo y/o culpa en la conducta de la parte demandada ni es necesario demostrar que sus servidores incurrieron en dolo o culpa en las atenciones. Asimismo, resulta de observancia el artículo 1325 del Código Civil, sólo para efectos de determinar que es el deudor el que responde directamente por sus dependientes que actuaron con dolo y culpa, empero sobre el dolo y culpa el ya citado segundo párrafo del artículo 48 de la Ley General de Salud, adopta un criterio totalmente objetivo; es decir, que en el caso de la responsabilidad civil médica, no es necesario acreditar dolo y/o culpa en los profesionales, técnicos y demás que atendieron a la paciente dañada. -----
10. En cuanto al **nexo causal**, al tratarse de responsabilidad civil contractual, el responsable está obligado a indemnizar los daños que provengan por la ejecución de un contrato. Cabe indicar que tanto la doctrina y la jurisprudencia, reconocen que uno de los problemas que suele presentarse en la responsabilidad derivada de la actividad médica, es la prueba del nexo causal entre la conducta y el daño sufrido; pues su probanza es difícil; en el caso, se ha formado convicción sobre la inadecuada manipulación del instrumental médico al momento de la transfusión de sangre, como causa directa del daño que padece la menor y que para que ello suceda, el Hospital de la demandada, creó un riesgo involuntario de lo sucedido, por lo que está obligado a resarcir. En conclusión, se acredita como criterio de imputación el de la responsabilidad objetivo y se forma convicción de la causa directa entre conducta y daño sufrido. -----
11. En cuanto al **daño**, como se refiere en el informe pericial, la hepatitis C, es una enfermedad que afecta al hígado, por lo que, con el tiempo, el infectado con el virus de esta enfermedad, puede terminar sus días con



PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 16 de 22

cirrosis o cáncer al hígado. El daño acreditado en este proceso es el contagio con el virus de la Hepatitis C a la menor [REDACTED]

[REDACTED] Este daño puede originar un daño patrimonial y otro extrapatrimonial. -----

12. El apelante sostiene que existiría una indeterminación de la pretensión resarcitoria, una ilegal cuantificación del daño establecido en la suma de un millón de soles (S/1'000,000.00), que no tendría sustento alguno. -----
13. Al respecto el **petitorio** de la demanda, de folios setecientos ocho, subsanado a folios setecientos cincuenta y ocho, se aprecia que el monto pretendido (cuatro millones de soles (S/4'000,000.00)) se circunscribió al daño ocasionado a la menor [REDACTED] (daño a la persona y daño moral, o siguiendo a Fernández Sessarego, daño somático (daño biológico, y a la salud o al bienestar, y daño a la libertad o al proyecto de vida), además de que quede asegurada de forma vitalicia con todas las prestaciones de salud; apreciándose con claridad que no se incluyó la pretensión de indemnización en lo concerniente a los padres de la menor ni se solicitó monto resarcitorio alguno para ellos; más aún, los puntos controvertidos establecidos en el proceso mediante Resolución número nueve, de folios ochocientos catorce, también se han circunscrito a la indemnización para la menor, no así para los padres. Siendo así, el extremo de la sentencia que ha emitido pronunciamiento sobre el “daño moral” ocasionado a los padres de la menor debe ser anulado puesto que se trataría de un pronunciamiento *extra petita*,³ lo que no incide en los demás extremos de la sentencia. Si bien podría deducirse que los familiares de una persona agraviada, en especial sus padres, también padecerían un

³ “La incongruencia *extra petita* se presenta en un proceso cuando el Juez al emitir pronunciamiento se pronuncia sobre un pedido o pretensión no propuesta por las partes, es decir decide sobre algo que no fue discutido en el proceso por las partes, en consecuencia se aparta del *thema decidendum*.” HURTADO REYES, Martín. *La incongruencia en el proceso civil*. Ver: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf>



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 17 de 22

daño moral como consecuencia del daño sufrido por su hijo, el principio dispositivo y el de congruencia procesal impide al juzgador pronunciarse sobre una pretensión que no ha sido parte del petitorio de la demanda incoada. -----

14. En cuanto a la cuantificación y determinación del monto resarcitorio, se emitirá pronunciamiento al absolver los fundamentos de la apelación de la parte demandante. -----

15. Finalmente, el apelante aduce que el Juez a quo se ha pronunciado sobre una especie de “daño emergente futuro” pero que éste pedido no habría sido invocado ni desarrollado en la demanda; sin embargo, el Juez a quo ha explicitado que se trata del seguro vitalicio que se ha solicitado a favor de la menor en la demanda (véase considerando 6.2 de la sentencia), por lo que se trataría únicamente de la denominación que ha realizado el juzgador; sin perjuicio de ello, se verifica que en la Resolución número nueve se ha incluido como punto controvertido lo siguiente: “e) *Determinar si **además** de la indemnización, corresponde que la entidad demandada asegure en forma vitalicia a [REDACTED] a fin de que reciba las prestaciones de salud que requiera;*” resolución que no fue objeto de impugnación en su oportunidad. -----

En lo atinente a los fundamentos de la apelación de la demandante

[REDACTED] -----

16. De los fundamentos de la apelación se aprecia que la demandante no ha cuestionado la indemnización determinada por el Juez a quo en cuanto al daño patrimonial (daño emergente futuro); y en cuanto a los daños extra-patrimoniales que ha identificado el juzgador respecto a la menor (daño a la persona en la modalidad de daño psicosomático-salud y daño moral) ha cuestionado sólo lo concerniente al monto del resarcimiento determinado por el juzgador, aduciendo que en la sentencia no se habría expuesto las



PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 18 de 22

- razones por las cuales no se le ha concedido la suma que ha consignado en su petitorio (cuatro millones de soles (S/4'000,000.00)). -----
17. Al respecto, debe resaltarse que corresponde a la parte acreditar los hechos que configuran su pretensión por lo que correspondía a la demandante ofrecer y precisar los medios probatorios concernientes al *quantum* indemnizatorio, no debiéndose confundir la acreditación del daño con la acreditación de la cuantificación del daño. -----
18. El Juez a quo ha determinado el quantum indemnizatorio en lo concerniente al daño extra-patrimonial sufrido por la menor [REDACTED] en la suma de cuatrocientos mil soles (S/400,000.00) por daño a la persona en la modalidad de daño psicosomático-salud y la suma de trescientos mil soles (S/300,000.00) por daño moral. -----
19. En cuanto a lo primero el juzgador ha explicitado que por razón de que la menor ha quedado permanentemente afectada en su salud con una enfermedad cuya curación no es cierta y con el tiempo puede tornarse degenerativa afectando la calidad de vida que toda persona merece; inclusive aún en el caso que la enfermedad no llegue a desarrollar por completo o se le cure, ya ocasionó un daño en el desarrollo de la menor; los daños a la salud, son *in res ipsa*, es decir que el solo hecho de ocasionarse un daño injusto, tiene que ser reparado; esta cantidad, es considerada equitativa, por la Sala Superior por el daño a la salud infringido. En cuanto a lo segundo, ha llegado al monto fijado por el padecimiento, sufrimiento que ha tenido la menor durante los primeros años de su vida, así como el sufrimiento que llevará a lo largo de su vida hasta su curación o control de la enfermedad, pero que puede en el futuro agravarse afectando su vida social y aumentando su sufrimiento. -----
20. De lo expuesto por el Juez A quo se aprecia que ha tenido como criterios objetivos la “gravedad” del hecho y la “intensidad” del padecimiento



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 19 de 22

anímico, además de haber compulsado previamente la conducta de la demandada (véase su considerando 6.5) donde ha meritado que a folios mil veinticinco, obra el Oficio número 718-2015-DGE-DVE-JSVP/MINSA, donde la Dirección General de Epidemiología informa que el Hospital Nacional Carlos Alberto Segúin Escobedo (HNCASE), es un unidad notificante de la Gerencia de Salud de Arequipa, sobre vigilancia de infecciones intrahospitalarias (SVEIIIH), no existiendo información sobre la menor [REDACTED] conducta que revela un peligro a la salud pública en general, puesto que el Hospital de la demandada tiene la obligación de reportar estos incidentes (independientemente de las causas) para tomar las medidas de seguridad del caso; informe que queda corroborado con las instrumentales que obran de folios mil cuarenta y mil cincuenta y uno, también remitida por el Gobierno Regional de Arequipa a través de su Gerente Regional de Salud; también ha meritado la conducta procesal de la demandada que no cumplió debidamente con proporcionar los casos de contagio del VHC (Virus de la Hepatitis C), al Despacho, pese a ser requerido y solicitando un plazo mayor a cinco días el día nueve de abril del año dos mil quince (fojas novecientos noventa y cinco); y finalmente, la prueba extemporánea (fojas un mil sesenta a un mil sesenta y cinco), que acredita la certificación del Hospital de la demandada, pero que de ninguna manera lo exime de su responsabilidad, puesto que acredita que desde junio del dos mil quince se han inscrito en el Programa de Control de Calidad para Inmunoserología de Bancos de Sangre y los hechos que ocasionaron los daños, ocurrieron el dos mil nueve y dos mil diez y con relación al Programa de Evaluación Externa del desempeño en Inmunoserología para Bancos de Sangre el año dos mil seis, tampoco los libera de responsabilidad alguna, puesto que el daño injusto se produjo cuando realizaban tal labor (de transfusión). -----



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 20 de 22

21. Por tanto, no se evidencia una indebida motivación de los montos que han sido determinados en la sentencia, apreciándose que el Juez A quo ha explicitado las razones que han justificado debidamente su decisión sobre este punto. -----
22. De otro lado, la demandante sostiene que debió disponerse adicionalmente una indemnización por daño al **proyecto de vida** de la menor puesto que la demandada habría conculcado la proyección individual de una menor de edad afectándola directamente por las deficiencias en la atención hospitalaria; que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, ha señalado que proyecto de vida no conlleva que “indubitablemente” hubiera acontecido sino que se vincula más bien con que “probablemente”, dentro del curso natural y previsible de desenvolvimiento de la persona, el sujeto hubiera alcanzado ese proyecto. -----
23. Al respecto, debe señalarse que en la sentencia a que hace alusión la apelante la Corte Interamericana, al acoger el daño al proyecto de vida, corroboró que se había interrumpido los estudios de la persona y que se le habría obligado a trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, alterando en forma grave y tal vez irreparable dicho proyecto profesional, sin embargo, en el caso de autos, ni en la demanda ni en la apelación se ha precisado el proyecto que se le habría dañado a la menor, debiendo resaltarse que las afectaciones bio-psico-sociales son aspectos, entre otros, que ya han sido considerados al cuantificar los daños a la salud y moral de dicha menor; por lo que debe confirmarse la decisión que desestima este extremo de la demanda. -----
24. Finalmente, el principio del interés superior del menor, impulsa a este Colegiado a que se tome medidas para asegurar que el dinero por indemnización que se ha concedido sea utilizado en exclusivo beneficio de



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 21 de 22

la menor por lo que en coincidencia con lo opinado en este punto por el Ministerio Público en su dictamen de folios mil doscientos treinta y siete debe disponerse que el dinero sea depositado en una entidad bancaria a nombre de la menor. -----

IV. DECISIÓN: -----

Por los fundamentos expuestos: -----

- 1) **Confirmaron** la Sentencia número cero cincuenta y tres - dos mil diecisiete de fecha doce de junio del dos mil diecisiete, de folios mil noventa tres a mil ciento diez, que declara **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** sobre indemnización por daños y perjuicios, presentada por [REDACTED] y otro en contra del SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD; -----
- 2) La **confirmaron** en cuanto dispone: **A)** Que la demandada ESSALUD, pague a favor de la menor [REDACTED] la suma de **cuatrocientos mil soles (S/400,000.00)** por daño a la persona (psicosomático-salud) y la suma de **trescientos mil soles S/300,000.00** por daño a la persona (moral); **B)** Que la demandada ESSALUD **de atención en forma vitalicia a la menor** [REDACTED] a fin de que reciba las prestaciones de salud que requiera en los centros de atención, hospitales del país de la demandada, incluyendo de manera perpetua, costos de tratamiento, hospitalización, cirugías, transportes y desplazamientos, medicinas y material quirúrgico y todos los que resulten necesarios para el tratamiento hasta el máximo posible de su recuperación o cura, y asuma los costos íntegros de adquisición e importación de los productos farmacológicos con los que actualmente combate el VHC, o de aquellos que en el futuro desarrolle convenientemente la ciencia, siempre que se opte por un tratamiento farmacológico para el caso específico de la menor [REDACTED] así como los gastos íntegros de cualquier



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA TERCERA SALA CIVIL

S.V. 211-2019-3SC

2012-573-3SC/7JC/Polanco/Cárdenas/Indemnización

RD-C

Página 22 de 22

otro tratamiento que se decida aplicar o de cualquier intervención quirúrgica por la que se pueda optar incluyendo un eventual trasplante de hígado o de algún otro órgano afectado o comprometido como consecuencia de la infección del VHC; para el cumplimiento de esta prestación, no podrá exigirse a cambio ningún tipo de aporte o afiliación al Sistema de Seguridad Social, a la referida menor, inclusive cuando sea mayor de edad. -----

- 3) La **integraron**, disponiendo que los montos indemnizatorios por daño a la persona (psicosomático-salud) y por daño a la persona (moral) que se ha concedido sean depositados en una entidad bancaria a nombre de la menor [REDACTED] -----
- 4) La **confirmaron** en cuanto declara INFUNDADA la demanda respecto al monto de cuatro millones de soles (S/4'000,000.00) pretendido por los actores, así como a la indemnización del proyecto de vida de la menor. ----
- 5) Declararon **nulo e insubsistente** únicamente el extremo de la sentencia que se pronuncia sobre el daño a la persona (moral) sufrido por doña [REDACTED] [REDACTED] y don [REDACTED] *y los devolvieron.*
En los seguidos por [REDACTED] y otro, en contra de EsSalud, sobre indemnización. Tómese razón y hágase saber. Juez superior ponente: señor Rivera Dueñas.

SS.

Marroquín Mogrovejo

Rivera Dueñas

Valencia Dongo Cárdenas