



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA TERCERA SALA CIVIL

**Expediente N° 46961-2009-0-1801-JR-CI-14
(Ref. Exp. Sala N° 00438-2021-0)**

RESOLUCIÓN N° 03

Lima, veintitrés de agosto
de dos mil veintiuno

VISTOS

Interviniendo como ponente el señor Juez Superior **Solís Macedo**.

Con los ocho (8) tomos del expediente principal que se tienen a la vista.

MATERIA DEL RECURSO

Es materia del grado la Sentencia contenida en la Resolución N° 46, de fecha 20 de octubre de 2020 (fs. 4005 a 4020), en el extremo que declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, ordenó que la parte demandada cumpla con indemnizar a la parte demandante con la suma total de S/. 90,000.00 (noventa mil con 00/100 soles), por concepto de daño moral, más intereses legales, costas y costos del proceso.

DESCRIPCIÓN DE LOS AGRAVIOS

La Procuraduría Pública del Ejército del Perú interpone recurso de apelación, señalando, básicamente, los siguientes agravios:

- a) La judicatura no ha tenido en cuenta el tiempo transcurrido desde las transfusiones, la detección de la enfermedad y el peritaje presentado por la recurrente.
- b) Tampoco se ha tenido en cuenta que el peritaje realizado por el médico gastroenterólogo, Pedro Ricardo Carbajal Pacheco, no establece en forma alguna, si ha examinado personalmente o no al paciente demandante, conforme está ordenado en el punto 2) de las pruebas de oficio, contenido en la Resolución N° 07; ni tampoco establece el lapso por el cual estuvo hospitalizado el paciente en el Hospital Militar Central, en tanto dicho peritaje, sólo se limita a manifestar que el paciente estuvo hospitalizado un aproximado de 4 a 5 años.
- c) Resulta inaudito que el peritaje realizado asevere una presunta adquisición de la hepatitis viral B, si la sangre que se le transfirió al demandante había sido calificadas como “no reactivos” y, que las unidades de sangre han sido evaluadas para todas las pruebas de tamizaje requeridas según el manual de Normas del PRONAHEBAS, encontrándose “no reactivas”, para todas las pruebas, conforme se establece de la



Carta del 12 de octubre de 2004, expedida por el Jefe del Servicio de Laboratorio Clínico del Hospital Regional de Huacho y de la ampliación del informe suscrito por el TC San. Med. Carlos Mendoza Euribe del Servicio de Hemoterapia y Banco de Sangre del Hospital Militar Central.

- d) Debe tenerse en cuenta que el demandante es una persona joven que no ha quedado inhabilitado para trabajar, ya que tiene la condición de portador inactivo y, además, el recurrente le otorgó una pensión mensual de invalidez renovable (cada 5 años aumentará, conforme a la remuneración del grado inmediato superior), a pesar de no habersele acreditado fehacientemente su responsabilidad del mal que padece, además, de percibir bonificaciones por subsidio por invalidez, con lo cual su pensión es superior al promedio de cualquier pensionista peruano, y que por dicha condición, goza de todos los servicios de salud, bienestar y otros derechos que le corresponden, los que cubrirían cualquier enfermedad o complicación a futuro.
- e) En cuanto a la posibilidad de reactivación de la enfermedad, el Juzgado debió tomar en cuenta que el demandante tiene la condición de pensionista, por la que goza de los servicios de salud y bienestar ofrecidos por la recurrente, por lo cual la posible reactivación se encontraría plenamente atendida a efectos de evitar cualquier consecuencia.
- f) Conforme al literal g) del artículo 24° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde la exoneración del pago de costas y costos procesales.

CONSIDERANDO

1. En principio, de acuerdo a la limitación impugnativa contenida en el aforismo *“tantum appellatum quantum devolutum”*, derivada del principio de congruencia procesal, al momento de resolverse la impugnación planteada, la instancia revisora sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios que hayan sido invocados por la parte impugnante en su recurso. Al respecto, este Colegiado considera que, al no haber sido recurrido expresamente mediante agravio alguno, el extremo de la Sentencia que declaró infundada la demanda en cuanto a las pretensiones de daño emergente y lucro cesante, éste ha quedado consentido por las partes procesales¹. En consecuencia, este extremo no apelado no será conocidos por esta instancia superior, *sino únicamente el extremo de la Sentencia que declaró fundada en parte la demanda por daño moral*.

¹ Cabe precisar que, si bien la parte demandante interpuso recurso de apelación contra todos los extremos de la sentencia (tanto contra el monto del concepto de daño moral como contra lo infundado de los conceptos de daño emergente y lucro cesante), el juzgado rechazó el referido medio impugnatorio, mediante la Resolución N° 50 (fs. 4051), al haber efectivo el apercibimiento decretado en las Resoluciones N° 48 (fs. 4037) y 49 (fs. 4046), producto de no haber reintegrado el arancel judicial correspondiente.



2. Mediante la demanda incoada (fs. 26 a 46), el demandante, [REDACTED], solicitó que el demandado, Comandante General del Ejército del Perú, le pague, por concepto de indemnización derivada de responsabilidad contractual a título de negligencia médica y demás especificados en aquélla, la suma de S/. 829,250.00 (ochocientos veintinueve mil doscientos cincuenta con 00/100 soles), consistente en S/. 435,000.00 (cuatrocientos treinta y cinco mil con 00/100 soles) por daño emergente; S/. 294.250.00 (doscientos noventa y cuatro mil doscientos cincuenta con 00/100 soles) por lucro cesante; y, S/. 100,000.00 (cien mil con 00/100 soles) por daño moral.

3. En la referida demanda, la indemnización que se solicita tiene su sustento en la presunta negligencia médica incurrida por los médicos del Hospital Militar Central, al cual fue evacuado en septiembre de 2004 debido a sus malestares producidos durante su Servicio Militar a causa de su diagnóstico de leucemia linfocítica aguda, en tanto se le realizaron transfusiones de hemoderivados entre 2004 y 2005, a causa de los cuales fue contagiado de hepatitis B crónica, lo que quedó evidenciado en el Peritaje Médico Legal de fecha 01 de abril de 2008 y en el Informe Médico del 22 de septiembre de 2009. Asimismo, manifiesta que en los Peritajes Médicos Legales del 06 de agosto del 2008 y 12 de marzo del 2009, se habría omitido en forma maliciosa su enfermedad de leucemia linfocítica aguda, mencionándola sólo como un antecedente, dando a entender que ha sido curado de ella, con el ánimo de evadir su responsabilidad, al igual de no considerar las transfusiones de hemoderivados, que ocasionaron su contagio de hepatitis B crónica; y posteriormente, se decidió darle el alta médica por Junta Médica del 16 de julio de 2009, al considerarlo un paciente desde el punto de vista de oncohematología curado y no haber un tratamiento alternativo al momento respecto de su hepatitis B crónica, a partir de lo cual se expidió un Peritaje Médico Legal final del 24 de julio de 2009. Además, se ha hecho caso omiso a sus solicitudes de reinicio del tratamiento de su hepatitis B crónica mediante medicamentos superiores para el hígado (Tenofovir 300 mg). Los hechos antes señalados, le ha generado un detrimento patrimonial en base al contagio de la hepatitis B crónica, la suspensión del tratamiento y el alta hospitalaria forzada (daño emergente), además, de la frustración de su proyecto de vida (lucro cesante) y, del sufrimiento moral a su persona y a la familia, por los daños a su integridad y el



diagnóstico mortal de la hepatitis B crónica, más las dificultades económicas que viene atravesando por dicha causa (daño moral).

4. Al respecto:

a) De acuerdo al artículo 1321° del Código Civil vigente:

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

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

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

b) Conforme al artículo 1322° del Código Civil: *“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.*

c) De acuerdo al artículo 1325° del mencionado Código: *“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.*

d) El artículo 1332° del referido Código señala que: *“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.*

e) Con arreglo al Título Preliminar de la Ley N°26842 – Ley General de Salud:

“(…)

II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.

El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.

(…)

VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.



Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.

(...)

- f) El artículo 3° de la Ley General de Salud establece :

“Artículo 3.- Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico quirúrgica de emergencia cuando lo necesite, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud.

Después de atendida la emergencia, el reembolso de los gastos será efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago.

El Reglamento establece los criterios para determinar la responsabilidad de los conductores y personal de los establecimientos de salud, sin perjuicio de la denuncia penal a que hubiere lugar contra los infractores”.

- g) De conformidad con el artículo 15° de la Ley General de Salud:

“Artículo 15.- Toda persona tiene derecho a lo siguiente:

15.1 Acceso a los servicios de salud

(...)

e) A obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, conservar o restablecer su salud, según lo requiera la salud del usuario, garantizando su acceso en forma oportuna y equitativa.

15.2 Acceso a la información

(...)

f) A recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. Tiene derecho a recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento al ser dado de alta.

15.3 Atención y recuperación de la salud

(...)

g) A recibir tratamiento inmediato y reparación por los daños causados en el establecimiento de salud o servicios médicos de apoyo, de acuerdo con la normativa vigente.

(...)



5. En una pretensión de indemnización por responsabilidad civil contractual², resulta necesario evaluar la concurrencia de elementos comunes para amparar la petición del justiciable, a saber: **a)** la existencia de una **conducta antijurídica** (antijuricidad de la conducta), que es entendida como aquel comportamiento o conducta que no se ajusta a Derecho, o se encuentra dentro del marco de lo ilícito o no permitido por el ordenamiento jurídico; **b)** la existencia de un **daño causado**, ya que si no hay daño no hay nada que reparar, entendiéndose por daño la lesión o menoscabo a todo interés jurídicamente protegido, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, el daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante y el daño extrapatrimonial comprende el daño moral y el daño a la persona; **c)** la **relación de causalidad**, esto es, que debe existir una relación de causa – efecto o antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica (típica) del autor y el daño causado a la víctima, debiéndose tener en cuenta las figuras de la concausa y la fractura causal; y, finalmente, **d)** el **factor de atribución**, que en materia de responsabilidad civil contractual según el sistema subjetivo, es la culpa (entiéndase dolo o culpa), que se clasifica en culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo, y, en materia de responsabilidad civil extracontractual, además de la culpa, según el sistema objetivo, también lo es el riesgo creado³.
6. Respecto a la antijuricidad de la conducta, esto es, la contravención de una norma prohibitiva o la violación del sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico, se aprecia que este elemento se encuentra configurado por la actuación del personal médico del Hospital Militar Central [perteneiente a la Dirección de Salud del Ejército del Perú], en tanto no se le ha brindado una atención de calidad al demandante, [REDACTED], con el cuidado necesario para el tratamiento de su leucemia linfocítica aguda, producto de lo cual, durante el suministro de diversas transfusiones de sangre, fue contagiado de hepatitis B crónica, sumándose una nueva dolencia a la ya diagnosticada al ingreso de emergencia a dicho establecimiento sanitario.

² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*. 3a. ed., Ed. Grijley, Lima, 2013, pp. 35-36: “[D]ebe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada, y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás”.

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



7. La evidencia de dicho evento antijurídico se encuentra acreditada con:

- a) Peritaje Médico Legal, emitido por el Hospital Militar Central, de fecha 01 de abril de 2008 (fs. 03), en el que se indica que el demandante se encontraba internado en dicho establecimiento sanitario desde su recepción hasta la fecha de dicho peritaje, y que en ese período, contrajo hepatitis B crónica, diagnosticada hacia el año 2007.

1. RESUMEN DE HISTORIA CLINICA:

a. Antecedentes :
EVACUADO EL DIA 12 SET 04 AL SERVICIO DE EMERGENCIA -HMC, AL INGRESO PRESENTA EL DIAGNOSTICO PRESUNTIVO DE SINDROME ANEMICO CRONICO.

b. Enfermedad Actual :
ASINTOMATICO, HOSPITALIZADO DESDE LA FECHA DE ADMISION AL HMC HASTA EN LA ACTUALIDAD (31/03/2008).
CIRUGIAS (26/10/04): PERFORACION DE ULCERA GASTRICA Y EVENTROPLASTIA.

c. Examen Clinico :
T: 36.4°C, FC: 64. FR: 20. PA:100/50. APARENTE BUEN ESTADO GENERAL. LUCIDO, ORIENTADO EN TIEMPO, ESPACIO Y PERSONA. BUEN ESTADO DE NUTRICION, BUEN ESTADO DE HIDRATACION.
PIEL ESCLERAS Y PANERAS: NORMAL
TORAX Y PULMONES: NORMALES
CV: RUIDOS CARDIACOS REGULARES
ABDOMEN:BLANDO,DEPRESIBLE.RUIDOS HIDRO- AEREOS PRESENTES, DISCRETO DOLORES A LA PALPACION EN FLANCO DERECHO. RESTO SIN COMPLICACIONES.

d. Apoyo al Diagnostico :
(05/03/08): ANTI-HBE AG (+)
HBE AG (+)
13/08/07) HBS AG (+)
AFP 2,61
19/02/08: TGO: 52 TGP: 117
27/07/07 BIOPSIA HEPATICA: HEPATITIS CRONICA ACTIVA.
GRADUACION SEGUN CLASIFICACION DE ISHAK. METAVIR
PROCESO INFLAMATORIO 2+ APOPTOSIS: 1+. HEPATITIS DE INTERFASE 1+
ESTADIO 3 (PUENTE PORTA-PORTA)

2. DIAGNOSTICO:

1. HEPATITIS CRONICA ACTIVA POR HEPATITIS VIRAL CRONICA "B"
2. LEUCEMIA LINFOCITICA AGUDA EN REMISION COMPLETA POR QUIMIOTERAPIA

6. CONCLUSIONES MEDICO-LEGALES:

a.- Periodo de Duracion del PML : 90 dias
b.- Clase de labores que Puede Realizar : ADMINISTRATIVOS
c.- Lugares Donde Puede Servir : HMC
d.- Observaciones : PACIENTE DEBE RENOVAR EN EL 30 JUN 08 EN EL SERVICIO DE ONCO-HEMATOLOGIA Y GASTROENTEROLOGIA - HMC (UNIDAD DE HIGADO)

e.- Origen de la Lesion o enfermedad : LEUCEMIA LINFOCITICA
TRANSFUSION DE HEMODERIVADOS (HEPATITIS CRONICA TIPO "B")

7. COMENTARIOS :
PACIENTE JOVEN DE 23 AÑOS DE EDAD, PROCEDENTE DE LOCUMBA-MOQUEGUA QUIEN SE LE DX: LEUCEMIA LINFOCITICA AGUDA- PERO QUE EN EL DESARROLLO DE LA EVOLUCION DE LA ENFERMEDAD, PRESENTA COMPLICACIONES DE NECESIDAD QUIRURGICA EN CUANTO AL TRATAMIENTO: SIENDO NECESARIA LA TRANSFUSION DE HEMO DERIVADOS EN BUENA CANTIDAD, AL TIEMPO PRESENTA MARCADAS SEROLOGICAS COMPATIBLES CON LA HEPATITIS VIRAL TIPO "B"

- b) Peritaje Médico Legal Final de fecha 20 de septiembre de 2010 (fs. 237), donde consta el diagnóstico final del demandante de hepatitis B crónica,



como portador inactivo, aunque sin poder desarrollar actividades dentro de su institución castrense y con limitaciones permanentes (uso de faja).

2. DIAGNOSTICO:
1. HEPATITIS CRONICA TIPO "B" (B 16 CIE 10 OMS)
2. EVENTRACION ABDOMINAL (K43 CIE 10 OMS)

3. TRATAMIENTO:
VENDA ELASTICA POR EVENTRACION

4. SECUELA:
PORTADOR CRONICO INACTIVO DE HEPATITIS "B"

5. PRONOSTICO
RESERVADO

6. CONCLUSIONES MEDICO-LEGALES:
a.- Periodo de Duracion del PML : FINAL
b.- Clase de labores que Puede Realizar : NINGUNO EN EL EJERCITO
c.- Lugares Donde Puede Servir : NINGUNA
d.- Observaciones : PRIMER PML EL 06 NOV 08.
e.- Origen de la Lesion o enfermedad : VIRUS "B"

7. COMENTARIOS:
PACIENTE JOVEN DE 23 AÑOS DE EDAD, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE ONCOHEMATOLOGIA LEUCEMIA LINFATICA AGUDA CURADA. PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE HEPATITIS CRONICA VIRAL "B" TRATADO INICIALMENTE CON LAMIVUDINA POSTERIORMENTE CON ENTECAVIR Y FINALMENTE CON TENAFOVIR, OBTENIENDO UNA RESPUESTA FAVORABLE. HABIENDOSE CONTROLADO EL VIRUS PERO QUEDANDO COMO PORTADOR CRONICO INACTIVO AL NO DEPURAR EL ANTIGENO DE SUPERFICIE DE HEPATITIS "B".

8. RECOMENDACIONES:
PACIENTE DEBE SER EVALUADO CADA SEIS MESES Y USO DE FAJA PERMANENTE

c) Peritaje Médico Legal, emitido por el médico gastroenterólogo Pedro Ricardo Carbajal Pacheco, conforme al mandato de la judicatura, presentado con fecha 01 de julio del 2013 (fs. 306 a 307), donde queda reafirmado la condición del demandante como portador inactivo de hepatitis B crónica, así como de las limitaciones que ello implica a futuro y la posibilidad de que la enfermedad se active, causando aún mayores estragos a su salud; y sobre todo, estableciendo como causa del contagio de dicha enfermedad, la *“vía transfusional de sangre o de hemoderivados en forma no establecida en los protocolos transfusionales”*.



3.- DIAGNOSTICO
PORTADOR CRONICO INACTIVO DEL VIRUS DE LA HEPATITIS VIRAL B

4.- TRATAMIENTO
SINTOMATICOS

5.- PRONOSTICO
RESERVADO

5.- COMENTARIO Y RECOMENDACIONES
Se trata de un paciente joven, que ingreso al Servicio Militar Voluntario del Ejército Peruano el primero de junio del 2003, cumpliendo con los requisitos que dispone a la ley. Posteriormente dentro del servicio presenta un cuadro clínico de LEUCEMIA LINFOCITICA AGUDA el cual se trató en el Hospital Militar Central y en el transcurso de su enfermedad, de su tratamiento y de las complicaciones del caso, estando hospitalizado se ve la necesidad de recibir TRANSFUSIONES DE SANGRE Y HEMODERIVADOS en buena cantidad, lo cual se realiza. Al poco tiempo presenta el cuadro clínico de HEPATITIS VIRAL CRONICA TIPO B, por el cual cual recibió tratamiento con Interferón y antivirales de última generación, esto es debido a la gravedad de su enfermedad viral, Permaneció hospitalizado por este problema un aproximado de 4 a 5 años. Actualmente es un portador inactivo del virus de la hepatitis viral B.

En medicina existe la fuerte relación causa efecto entre las enfermedades, por lo que en este caso la transmisión del virus de la Hepatitis viral B ha sido por vía transfusional de sangre o de hemoderivados en forma no establecida en los protocolos transfusionales.

ES conocido que el 0,1% de cuadros agudos de hepatitis B, es de necesidad mortal y que menos del 20% puede reactivarse la enfermedad. El paciente presentara limitaciones para el uso de corticoides y anticancerígenos porque su enfermedad puede reactivarse. Puede ingerir alcohol pero limitadamente. Debe tener honestidad con sus parejas sexuales debido a que puede infectarlas salvo que exista vacuna de por medio. Existe una correlación importante entre la ocurrencia de la hepatitis B crónica y el Carcinoma hepatocelular. La cirrosis no es necesariamente una condición para el desarrollo del carcinoma, ya que puede ocurrir en hígados no cirróticos. Está condicionado a realizarse exámenes de perfil hepático para evaluar el seguimiento y pronóstico de su enfermedad, el cual en estos en estos momentos está inactivo.

d) En la audiencia de pruebas (fs. 355 a 357), ante el argumento de la demandada, respecto a que la sangre utilizada en la transfusión habría tenido la condición de “no reactiva”, el perito judicial respondió:

2.- ¿Diga usted como explica si utilizando el Hospital sangre no reactiva para todas las pruebas conforme consta en autos de los informes y evaluaciones sea causante de la Hepatitis Viral B?

El perito dice: En las enfermedades virales sea Hepatitis Viral B, VIH (Sida) existen periodos de ventana en los cuales se hace indetectable la presencia de virus o los anticuerpos que nos defienden debido a que recién se está iniciando la enfermedad y no hay síntomas. En este grupo de pacientes encontramos a los transmisores en los Bancos de sangre.



1.- ¿Si un donante en el periodo de ventana al tamizar su sangre puede dar como resultado no reactivo como hepatitis B?

El perito: Es posible si el método de diagnóstico no es tan preciso y fino.

8. En ese sentido, se puede afirmar de lo antes descrito, que el contagio de la hepatitis B crónica fue diagnosticado *durante el tiempo en el cual el demandante estuvo internado en el Hospital Militar Central* [el cual no se presentó cuando fue ingresado al mismo], y dada la cantidad de transfusiones de sangre a la que se vio sometido, resulta compatible que, por dicha vía, se haya producido el contagio, ya que *el demandante siempre permaneció internado en dicho establecimiento sanitario, sin que se haya demostrado –por la parte contraria– que haya estado expuesto a otra forma de contagio que no fuesen las transfusiones sanguíneas proporcionadas por el Hospital Militar Central*, conclusión a la que arriba el perito designado en autos y que ha ratificado en la Audiencia de Pruebas (fs. 355 a 357):

INFORME PERICIAL:

En este acto se pregunta al Perito: *¿Si se ratifica en el contenido del peritaje de fecha 20 de junio del 2013 de fojas 306 a 307?*, la perito se ratifica en el contenido de la misma, procediendo a explicar su informe.

Todas las enfermedades tienen una Historia Natural y obedecen a un agente, el paciente en el mes de junio 2007 tiene una biopsia hepática que dice Hepatitis Crónica Activa por Hepatitis Viral tipo B y seis meses antes recibió la última transfusión sanguínea, la historia natural dice que hasta 06 meses es el plazo para el inicio de la enfermedad viral, pero en este caso no había inicio sino enfermedad extendida a todo el hígado lo cual revela que la

enfermedad se inició mucho antes de esos 06 meses y es debido a las múltiples transfusiones y el paciente siempre permaneció aislado y libre de cualquier enfermedad sexual, (Hepatitis B) por que fue diagnosticado de leucemia linfocítica aguda recibió tratamiento anticanceroso por lo que tuvo que ser aislado en total recibió 75 transfusiones.

Ejemplo, es como si yo caigo en un pozo lleno de víboras y salgo a la calle, y me dicen que el veneno es de cualquier otro agente, lo cual es un contrasentido, el paciente actualmente es portador del virus que lo llevara toda su vida, sometido a posibles recaídas y riesgo de cáncer de hígado, actualmente es una persona aparentemente sana pero conlleva un virus en su organismo que puede dañar a otras personas.

9. Dicha situación revela, por sí misma, que el paciente fue expuesto a una enfermedad contagiosa por una deficiente prestación del servicio de salud del establecimiento sanitario en el que permaneció internado, tras haber sido internado de emergencia en dichas instalaciones, por la cual no se ha



protegido la salud del paciente en estándares aceptables, con inobservancia de normas de bioseguridad que hayan evitado el contagio de la hepatitis B crónica y sin que el Hospital Militar Central haya admitido oportunamente que, al estar el demandante bajo su cuidado, se produjo dicho contagio. Estas circunstancias configuran la vulneración de los dispositivos normativos contenidos en los artículos II, III, IV y VI del Título Preliminar y artículos 3°, 15°.1.e, 15°.2.f y 15°.3.g de la Ley General de Salud, antes reseñados.

- 10. Respecto al daño causado**, esto es, la lesión a un interés jurídicamente protegido, queda acreditado en autos que, la conducta del personal médico del Hospital Militar Central [perteneciente a la Dirección de Salud del Ejército del Perú], bajo el internamiento del demandante en dicho establecimiento sanitario, generó en la persona de [REDACTED], el contagio de hepatitis B crónica, el cual, aunque se encuentre inactivo, tiene un pronóstico reservado, ante la posibilidad de su activación, conforme lo ha manifestado el perito judicial en la Audiencia de Pruebas (fs. 355 a 357):

1.-¿Para que indique si examinó al demandante e indique el estado de la enfermedad, la prognosis sobre su evolución y el tratamiento que requeriría debido que en el informe pericial no aparece?

El perito dijo: Que si lo había examinado al paciente el cual se encontró en buen estado general y nada que envidiar a otras personas de su edad en su salud y es portador del virus del Hepatitis B y cursa una hepatitis crónica inactiva pero con pronóstico reservado debido a posibles recaídas de la hepatitis en el futuro. El tratamiento que requeriría sería estudios anuales de pruebas de función hepática y de cargas virales de la Hepatitis B.

- 11. Respecto a la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido**, esto es, la relación causa – efecto entre la conducta antijurídica y la lesión al interés jurídicamente protegido, en el presente caso queda establecido que la consecuencia inmediata y directa de la inobservancia de las normas sanitarias en cuanto a la prestación de un servicio de calidad y con seguridad para el mantenimiento de la salud, fue el contagio de hepatitis B crónica, mediante las diversas transfusiones de sangre a la que fue sometido el demandante, mientras estuvo internado en el Hospital Militar Central, lo cual ha sido debidamente corroborado con las pruebas anteriormente glosadas. Por tanto, el daño ocasionado al actor se encuentra determinado por haber contraído una enfermedad contagiosa como consecuencia de la actitud del



personal médico del establecimiento sanitario, al no haber tenido cuidado en la observancia de los protocolos de bioseguridad referentes a la transfusión de sangre en condiciones óptimas y seguras para el paciente.

12. Respecto a los factores de atribución, o mejor llamados criterios de imputación sobre el causante del daño, de acuerdo al artículo 1325° del Código Civil antes mencionado, en la responsabilidad contractual que es materia de autos se advierte, un criterio de imputación *objetivo*, en tanto se prescribe que, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario. En este caso, en tanto se observa que la actuación del personal médico del Hospital Militar Central [pertenece a la Dirección de Salud del Ejército del Perú], ha actuado con culpa, por inobservancia de las normas sanitarias de bioseguridad que propiciaron el contagio del demandante, mientras se encontraba bajo su cuidado, la parte demandada deberá responder por dicho accionar, que ha causado un resultado lesivo a la salud del paciente, tal como queda demostrado en autos, como parte de una *estructura sanitaria*, pues la responsabilidad que se le imputa es por los daños generados por terceros (personal médico), de los que se vale el Hospital Militar Central para la prestación del servicio de salud. En ese sentido, su gestión de calidad se ha visto seriamente comprometida por la transmisión de una enfermedad contagiosa mediante transfusión de sangre, procedimiento médico que debe tener un cuidado especial, acorde a protocolos de bioseguridad, para garantizar la seguridad del paciente. Al respecto, este Colegiado asume una opinión de la doctrina nacional respecto a la responsabilidad de la institución sanitaria en cuestión: *“La concepción actual de la seguridad del paciente atribuye la principal responsabilidad de los eventos adversos a las deficiencias del diseño, de la organización y del funcionamiento del sistema, en lugar de atribuírsela en exclusiva a los proveedores o los productos específicos. En nuestro concepto, en plenos siglo XXI, no puede seguir sosteniéndose un proceso civil por responsabilidad médica en factores subjetivos y la desesperada búsqueda del dolo o culpa de los médicos que atendieron al paciente y le ocasionaron un daño severo a su salud, y ello es así porque a contracorriente de los que comúnmente se cree las condiciones para se produzcan estos eventos adversos no dependen exclusivamente de los*



*profesionales médicos sino también de la organización hospitalaria, esto es de una gestión, atenta a las necesidades del nosocomio y la calidad de su servicio*⁴.

13. En consecuencia, al haber quedado acreditada la concurrencia de los elementos comunes que configuran la responsabilidad civil contractual, lo resuelto por el Juez merece ser confirmado, por lo que corresponde establecer la magnitud de la consecuencia jurídica aplicable para reparar el daño causado al demandante, producto de la inejecución de las obligaciones del demandado, esto es, la indemnización a favor del actor, que corresponde ser abonada por el Ejército del Perú (habiendo sido demandado su Comandante General), de quien depende el Hospital Militar Central, lugar de los hechos bajo juicio.
14. En cuanto al **daño no patrimonial o extrapatrimonial**, que comprende tanto al daño moral como al daño a la persona, tanto en sede nacional como en sede internacional, como en Europa, se ha discutido, en principio, si tiene o no recepción en la codificación; si son o no invaluable en dinero; y, además, si el daño moral comprende al daño a la persona o viceversa, o son categorías independientes.

Respecto a su recepción en la Ley, tanto el daño moral como el daño a la persona tiene base constitucional, pues han sido recogidos en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución, en cuanto señala que toda persona tiene derecho “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)” y, además, tiene base legal, pues han sido recogidos en el Código Civil de 1984.

En el sistema de responsabilidad civil contractual, el daño moral ha sido recogido por el artículo 1322° del Código Civil, mientras que en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, el daño moral y el daño a la persona han sido recogidos por el artículo 1985° del Código Civil. Por ello, al hacer una interpretación sistemática de los artículos 1321°, 1322° y 1985° de dicha norma, debe entenderse que el daño a la persona también puede reclamarse en el sistema de responsabilidad civil contractual, así como también puede

⁴ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La responsabilidad civil de los hospitales por negligencias médicas y eventos adversos. El caso de las infecciones intrahospitalarias*. 1a. ed., Jurista Editores, Lima, 2010, p. 400



reclamarse el daño emergente en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, aún cuando el artículo 1985° omita mencionarlo.

En este sentido, se ha pronunciado Gastón Fernández Cruz⁵ cuando señala “... lo mismo sucede en sede contractual, ante la omisión de la mención del daño a la persona dentro del elenco de daños resarcibles, admitiéndose entonces su resarcimiento en el ámbito contractual, pese a su no mención específica”.

El autor citado⁶ enseña que otros Códigos también tienen codificado el “daño moral” y el “daño no patrimonial” o “inmaterial”, para lo cual menciona, entre otros:

a. Francia: el Code de 1804 ha recogido el daño moral.

El referido autor, señala que en la segunda década del Siglo XX, la Corte de Casación Francesa diferencia los conceptos “daño” y “perjuicio”, en donde el “daño” estará referido a la lesión misma sufrida como hecho fáctico, mientras que el “perjuicio” estará referido a las consecuencias del daño.

b. Alemania: BGB alemán de 1984

Art. 253.- A causa de un daño que no es patrimonial sólo puede exigirse indemnización en dinero en los casos señalados por ley (texto original).

Art. 253.- Daños inmateriales (texto actual)

1. Por el daño que no es patrimonial puede ser reclamada una indemnización en dinero, solo en los casos determinados por ley (texto actual).

2. Si es debido un resarcimiento a causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad, o a la autodeterminación sexual, por el daño que no es patrimonial puede exigirse también una indemnización equivalente en dinero.

c. Italia: Código Civil italiano

Art. 2059.- El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por ley.

Art. 2043.- Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño.

Señala el referido autor, que en Italia se crea el concepto omnicompreensivo de “daño a la persona”. Añade, que este concepto no es entonces un dato normativo (como sucede hoy en el Código Civil peruano), pese a que el artículo 2057° del Código Civil Italiano se refiera a “*il danno alle persone*” (el daño a las personas), debido a que lo hace en un sentido diferente. Agrega, y señala que el daño a la persona se convierte, entonces, en el género de todos aquéllos micro daños.

Entonces, sobre este primer punto, se puede concluir que los daños no patrimoniales (daño moral y daño a la persona), sí tienen base legal en nuestro país, al haber sido recibidos por la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños”. En: AA.VV. “Análisis Sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación”. 1a. ed., Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 502.

⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, ob. cit., p. 494 y ss.



Respecto a que si los daños no patrimoniales son invaluables, tanto el daño moral como el daño a la persona, al ser parte de la tutela resarcitoria y ser esta, una tutela patrimonial, se concreta en una suma de dinero u otro valor, que no es otra cosa que una obligación de dar un equivalente económico a los daños sufridos.

Sobre este punto, Massimo Franzoni, citado por Fernández Cruz⁷, señala que un efecto económico negativo del daño, da lugar a los “**daños valuales**” y a los “**daños estimables**”.

Del mismo modo, Fernández Cruz⁸, luego de señalar que el daño a la persona es un daño expresamente reconocido como resarcible en el artículo 1985° del Código Civil, y, además, que es un daño que afecta a la persona humana como entidad psico-física, que comprende a los daños inherentes a ésta (o daños a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad psico-física, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros), concluye enfatizando que el daño a la persona que “...*contrariamente a lo que comúnmente se piensa [del daño a la persona], ordinariamente es valuable y sólo excepcionalmente estimable*”.

Respecto a que si el daño moral comprende al daño a la persona, o el daño a la persona comprende al daño moral, debemos señalar que, en la doctrina, un sector señala que el daño moral es el género y el daño a la persona es la especie (Fernando de Trazegnies y Leysser León), mientras que otro sector, señala que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie (Carlos Fernández Sessarego⁹, Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza y Gastón Fernández Cruz¹⁰) e inclusive algunos sostienen que son dos categorías independientes (Lizardo Taboada Córdova).

Siguiendo la doctrina peruana más autorizada, somos del criterio que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, pues aquel comprende

⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, *ob. cit.*, p. 508.

⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, *ob. cit.*, p. 514.

⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y el Código civil italiano de 1942”. En: AA.VV., “El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano”. Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 253.

¹⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, *ob. cit.*, pp. 513 y 514.



tanto la parte psíquica como la parte física. Entonces, si el daño a la persona comprende, también a la parte síquica, se concluye que el daño moral es un sub tipo del daño a la persona.

15. Establecido que el daño a la persona tiene base constitucional [artículo 2.1 de la Constitución] y base legal [artículo 1985° del Código Civil, que vía interpretación sistemática también comprende el elenco de daños resarcibles en sede de responsabilidad civil contractual]; que es valuable (cuantificable, estimable); y además, que el daño a la persona (daño mayor) comprende al daño moral (daño menor), corresponde, ahora, analizar el daño moral reclamado en este proceso.

16. En ese sentido, respecto al daño moral, esto es, la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo, se puede apreciar que el contagio de hepatitis B crónica en la persona de [REDACTED], ha generado un daño de naturaleza objetiva, sobre el propio organismo de la parte demandante, con una enfermedad que, si bien no se encuentra activa a este momento, está latente, siendo imprevisible el momento en que pueda activarse y afectar definitivamente la salud ya debilitada del paciente. Dicho hecho, a criterio, perturba la situación emocional del demandante, dada la incertidumbre respecto a los efectos de una enfermedad que no fue adquirida por su propio riesgo, sino por un deficiente accionar de la estructura sanitaria del Hospital Militar Central. Asimismo, deberá considerarse que, a la fecha de los sucesos que acarrearán responsabilidad civil [considerando la fecha de diagnóstico del contagio, esto es, agosto de 2007], el demandante contaba con 23 años cumplidos¹¹ (a la fecha de la presente resolución, cuenta con 37 años cumplidos), por lo que debe considerarse que dicho padecimiento, ha afectado su juventud y su vida en adelante, en cuanto a las limitaciones personales –ya establecidas por el perito judicial–, como laborales que acarrea el mencionado contagio, tal como se observa del Servicio Militar que venía prestando a la fecha de su internamiento en el Hospital Militar Central, producto de lo cual, mediante Resolución del Comando de Personal del Ejército N° 1703.S-1.c.2.2, de fecha 12 de diciembre de 2011 (fs. 3988), el Ejército del Perú le dio de baja del servicio activo por *invalidez* producida en ocasión del

¹¹ Nacido el 07 de mayo de 1984, conforme a la consulta en línea del RENIEC.



servicio, y como consecuencia de ello, por Resolución de la Jefatura de Administración de Derechos de Personal del Ejército – COPERE N° 1175/S4a.1.d, de fecha 26 de marzo de 2012 (fs. 3989 a 3990), el demandante viene percibiendo una pensión de *invalidez* renovable. En este punto, este Colegiado estima que el hecho que el demandante sea pensionista del Ejército del Perú, producto de una contingencia calificada por dicha entidad, no libera de su responsabilidad de otorgar al demandante, un resarcimiento económico como consecuencia de los daños irrogados por el accionar de la institución, además, de ser la pensión y la indemnización, dos conceptos de distinto origen y naturaleza (el primero, previsional y el segundo, civil).

17. En tal virtud, en aplicación del artículo 1322° del Código Civil procede el resarcimiento por daño moral [cuyo cálculo siempre resulta incierto, pero que debe establecerse con criterio de equidad, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil], cuya cuantificación fijada en **S/ 90.000.00 (noventa mil con 00/100 soles)** es razonable, ante la falta de apelación de la parte demandante, por lo que debe ser confirmada teniendo en cuenta la magnitud y el menoscabo producido.

18. Finalmente, si bien en principio procede el pago de costas y costos del proceso, a favor de la parte demandante, por cuanto su imposición es procedente al ser de cargo de la parte vencida, como consecuencia de haberse estimado positivamente la demanda, cumpliéndose de esta forma el supuesto legal contenido en el artículo 412° del Código Procesal Civil, en el presente caso, corresponde ser exonerada de tal obligación la parte demandada [Ejército del Perú, a través de su Comandante General], por ser entidad del Estado, conforme al artículo 413° del mismo cuerpo adjetivo. En ese sentido, este extremo corresponde ser revocado.

DECISIÓN

CONFIRMARON la Sentencia contenida en la Resolución N° 46, de fecha 20 de octubre de 2020 (fs. 4005 a 4020), en el extremo que declaró fundada en parte la demanda; en consecuencia, ordenó que la parte demandada cumpla con indemnizar a la parte accionante con la suma total de S/. 90,000.00 (noventa mil con 00/100 soles), por concepto de daño moral, más intereses legales; la **REVOCARON** sólo en el



extremo que condenó a costas y costos del proceso a la parte demandada, y **reformándola**, EXONERARON de estos conceptos a la parte demandada, por ser entidad del Estado, conforme al artículo 413° del Código Procesal Civil; **MANDARON** devolver los autos al Juzgado de su procedencia, luego que quede consentida la presente Resolución.

En los autos seguidos por [REDACTED] con el Comandante General del Ejército del Perú, sobre indemnización.

CASM/jc

SOLÍS MACEDO

ROMERO ZUMAETA

ESCUDERO LÓPEZ