



420210302952017211041801132000206

NOTIFICACION N° 30295-2021-SP-CI

EXPEDIENTE	21104-2017-0-1801-JR-CI-11	SALA	3° SALA CIVIL (EX 6°)
RELATOR	CHINCHAY ARANDA LUIS MILTON	SECRETARIO DE SALA	HIDALGO ARANIBAR, CONSUELO
MATERIA	INDEMNIZACION		

DEMANDANTE	: TINOCO SIMBRON, CLEMENTINA
DEMANDADO	: PROCURDURIA PUBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD ,

DESTINATARIO TINOCO SIMBRON CLEMENTINA

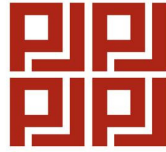
DIRECCION : **Dirección Electrónica - N° 73749**

Se adjunta Resolución NUEVE de fecha 17/11/2021 a Fjs : 18

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

RES. N°NUEVE [17-11-21] SENTENCIA DE VIS TA (RESUELTO) *MAV

24 DE NOVIEMBRE DE 2021



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TERCERA SALA CIVIL**

EXPEDIENTE : 21104-2017-0-1801-JR-CI-11
DEMANDANTE : CLEMENTINA TINOCO SIMBRÓN
DEMANDADO : INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO
MATERIA : INDEMNIZACIÓN

Resolución número nueve

Lima, diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno.-

VISTOS: Habiendo analizado y deliberado en secreto la causa conforme al artículo 133 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la intervención como ponente del señor juez superior Escudero López, este Colegiado Superior emite la presente decisión, con la historia clínica que se tiene a la vista en seis tomos; oídos los informes orales de la defensa de ambas partes; y

CONSIDERANDO:

§ Identificación de la resolución apelada y agravios del apelante.

Primero. En mérito al recurso de apelación interpuesto por la procuraduría pública a cargo de la defensa del demandado Instituto Nacional de Salud del Niño (fojas 252 a 257), es materia de grado la sentencia contenida en la resolución dieciséis del 18 de diciembre de 2019 (fojas 223 a 244), en cuanto resuelve declarar fundada en parte la demanda en el extremo que solicita “indemnización por daño moral” (sic) y, en consecuencia, se ordena que el ahora apelante pague a favor de la demandante la suma de doscientos mil soles (S/. 200 000.00) por concepto de “indemnización por daños y perjuicios por daño moral” (sic), más intereses legales.

Segundo. La procuraduría pública apelante ha expuesto, en síntesis, los siguientes agravios:

- i. Sostiene que no obstante que en la sentencia no se precisa la documentación por la cual se determina el momento y lugar preciso del contagio del menor con el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), el juez ha resuelto declarar fundada en parte la

demanda, lo que a su entender evidencia una falta de valoración de todas las pruebas actuadas.

- ii. Agrega que el juez de la causa no ha evaluado la Nota de Epidemiología de fecha 15 de diciembre de 2011 y el Informe N° 029-OE-INSN-2010 de fecha 04 de mayo de 2010, medios probatorios que, según afirma, corroboran que al menor no se le aplicaron procedimientos invasivos hasta antes de conocer los resultados de la prueba serológica para el Virus de la Inmunodeficiencia Humana, momento a partir del cual, se le efectuó una Biopsia Hepática y una Transfusión del Paquete Globular N°4012.
- iii. Con base a ello, la apelante señala, textualmente, lo siguiente:

Puede concluirse que es improbable que la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana hubiese ocurrido dentro de la institución, quedando abierta la posibilidad que el paciente hubiese adquirido la infección con anterioridad a su hospitalización.
- iv. En relación al análisis efectuado de la historia clínica, el apelante cita lo establecido en el numeral 33 de la sentencia recurrida que precisa lo siguiente:
 - Fue atendido por primera vez en el Instituto Nacional del Niño, el día 08 de setiembre de 2002, a la temprana edad de 08 meses, al haber sido transferido de ESSALUD con diagnóstico de Neumonía y se indicó muestras de sangre.
 - El día 07 de enero de 2010, a la edad de 7 años, ingresa al Instituto Nacional del Niño, por emergencia, con fiebre, deposiciones líquidas y vómitos, siendo hospitalizado y al realizarse su “Nota de Ingreso”, el día 09 de enero de 2010, se deja constancia que la madre niega transfusiones.
 - El día 26 de enero de 2010, la Dra. Jacqueline Montoya, sugiere realizar biopsia hepática para descartar enfermedad de depósito, incluyendo en su plan de acción una prueba de “Elisa HIV-Hep B”.
 - El día 28 de enero de 2010, a las 19:46 horas se realiza el test de Elisa para VIH, arrojando resultado “REACTIVO”, precisándose que se debe realizar la prueba confirmatoria, gestión a cargo de la Unidad Médica de Epidemiología.
 - Con fecha 16 de febrero de 2010, se emite el Informe de Resultado, sobre Elisa, arrojando como resultado “POSITIVO”, confirma la presencia de anticuerpos anti VIH
- v. Tomando ello como referencia, indica que no se demuestra que la emplazada sea la responsable del contagio del VIH pues las pruebas de sangre se efectuaron con material descartable, además, la única transfusión de sangre realizada el 28 de enero de

2010, también se realizó con productos descartables, siendo la donante la propia demandante.

- vi. Se indica que el menor ya habría contraído el VIH mucho antes de acudir a las instalaciones de la emplazada debido a que presentaba los síntomas característicos del mismo, como son fiebre, deposiciones líquidas y vómitos.
- vii. Argumenta que resulta inverosímil el hecho de relacionar el resultado positivo de la prueba de Elisa con la transfusión de sangre efectuada un día antes, dado que existe un periodo de ventana, sin embargo, en el fundamento 35 de la sentencia recurrida se afirma que *“al día siguiente de realizada la transfusión se contagió”*.
- viii. En relación con el periodo de ventana y los síntomas que presentaba el menor al ingresar a las instalaciones del recurrente, el apelante cita los conceptos contenidos en la página web www.todosida.org/periodo-ventana-prueba-vih-otras-its y www.aidsinfo.nih.gov/news/214/la-infeccion-por-el-vih-y-el-sida, precisando, entre otros puntos, que:

existe un periodo de ventana, para determinar que la persona ha contraído el virus, conforme lo señala diversos artículos en medicina, lo llaman: periodo Ventana tratamiento PPE (profilaxis Post Exposición), el virus cuando penetra en el cuerpo tarda 72 horas en llegar a los órganos linfoides, que representan el gran reservorio donde se producen los fenómenos de infección y propagación del VIH ... tiempos en que se detectan los anticuerpos del VIH en el periodo de ventana, dependiendo de qué tipo de prueba los periodos ventana pueden variar, teniendo en cuenta esto, lo aconsejable sería hacer la prueba, pasadas las 4 primeras semanas (16 a 18 días) del contacto de riesgo... Algunas personas desarrollan síntomas similares a la influenza un mes o dos después de haber sido expuestas al virus. Estas personas pueden padecer de fiebre, dolor de cabeza, malestar general e inflamación de los ganglios linfáticos. Algunas personas pueden comenzar a tener síntomas pocos meses después, mientras que otras pueden permanecer sin síntomas por más de 10 años. Sin embargo, durante el periodo asintomático, el VIH está infectando activamente y matando las células cruciales del sistema inmune que combaten infecciones...”

- ix. Finalmente, precisa que el menor al presentar los síntomas del VIH, debió haberlo contraído meses o incluso años antes de su hospitalización, obran informes médicos que acreditan que el menor no contrajo el virus en las instalaciones del recurrente, por lo que a fin de dilucidar la verdad material y conforme al artículo 194

del Código Procesal Civil, el juez debió en todo caso respaldar sus afirmaciones con pruebas de oficio, por lo que a su entender queda claro que no se ha acreditado el daño moral y por tanto la demanda debió ser declarada infundada.

§ Sobre la adhesión a la apelación que presentó la demandante.

Tercero. De otro lado, cuando la demandante Clementina Tinoco Simbron se adhirió al recurso de apelación de su contraparte solicitó se confirme la sentencia recurrida que declara fundada en parte la demanda y se revoque en el extremo que fija el monto del resarcimiento y pidió que ello sea establecido en un millón de soles (S/. 1 000 000.00), y en respaldo de ello expuso, en resumen, lo siguiente:

- Considera que no es cierto lo expuesto por el emplazado en el Segundo Fundamento del recurso de apelación en relación a que no se han tomado en cuenta las pruebas aportadas al proceso puesto que el juez sí valoró los medios probatorios, esto es la historia clínica, tal como se aprecia del punto 34 de la sentencia recurrida.
- Con base en ello, señala que el juez de la causa corrobora con la historia clínica que el menor, el 28 de enero de 2010, sí recibió transfusión sanguínea por parte de la entidad demandada, fecha en la cual también dio positivo a la prueba de Elisa efectuada, hecho que queda perfectamente acreditado con el anexo 1-H de la demanda.
- Resalta que tal como estableció el juez en el punto 36 de la sentencia recurrida, no se ha acreditado que la emplazada haya tenido la diligencia de respetar los protocolos y normas técnicas al momento de realizarse la transfusión de sangre al menor.
- Sostiene que el Fundamento Tercero del recurso de apelación referente a que no se evaluó la nota de epidemiología del 15 de diciembre de 2011 y el Informe N°029-OE-INSN-2010 del 04 de mayo de 2010, no es correcto ya que el juez de primer grado ha valorado la historia clínica, llegando a la conclusión que existe responsabilidad por parte de la entidad emplazada, quien empezó a atender al menor a partir de los ocho meses de edad.
- Agrega que el menor solo se atendió en dos centros hospitalarios, el Instituto Nacional Materno Perinatal de Lima, lugar en el que nació, y el Instituto Nacional del Niño, siendo ambos establecimientos parte del Ministerio de Salud, por lo que no es factible eximirse de responsabilidad alegando que el menor pudo ser atendido en otro centro de salud.

- Afirma que la demandada muestra contradicciones en su apelación, pues, por un lado, en el Fundamento Tercero precisa que no se le realizó ningún procedimiento invasivo al menor, para concluir en el Cuarto Fundamento que se efectuó una transfusión de sangre con materiales descartables.
- Argumenta que a lo largo del recurso de apelación se señala que es improbable que el menor haya contraído el VIH dentro de las instalaciones de la emplazada, sin embargo el juez ha establecido en el punto 37 de la sentencia recurrida que no se cumplió con las normas técnicas respectivas para efectuar los exámenes de descarte de VIH previo a la transfusión de sangre, además de ello, el juez de la causa analiza que la emplazada no cumplió con el deber de informar oportunamente a los padres respecto a la confirmación del diagnóstico del VIH, retrasando de esta manera el tratamiento con retrovirales al menor.
- En cuanto al monto indemnizatorio manifiesta que está acreditado el daño moral con la prueba de VIH realizada, y que, si bien es un daño directo a la integridad física del menor, y no se adjunta medio probatorio para sustentar el daño moral ocasionado a la madre, empero resulta claro que por la propia condición de salud que padeció el menor, la madre se ha visto afectada, dada la carga familiar que ello representa, además del hecho de ver al menor sufrir un constante desgaste físico durante el tiempo que tuvo de vida.
- Además, cita a Felipe Osterling Parodi, señalando que “la definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma – física o psíquica-, así como todo atentado contra sus intereses extra patrimoniales, es decir, todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.”; lo cual refuerza la idea del daño que ha sufrido la madre del menor.
- Sostiene que el daño moral se entiende como “el inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. También se entiende daño moral como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento.” (sic)
- Resalta que la madre padece de un dolor y sufrimiento que persistirá durante toda su vida, impidiendo que pueda desarrollarse con normalidad, quedando secuelas también en la familia hasta la actualidad, como es el descontrol en el carácter y en otros aspectos de la vida.

- Añade que pese a las terapias que ha llevado, tiene una gran frustración por el padecimiento y posterior deceso de su menor hijo, sumado al hecho que también debe enfrentar el deceso del padre del menor, debiendo enfrentar de manera individual el presente proceso que resulta emocionalmente difícil dada la negativa de la emplazada de asumir la responsabilidad.
- Argumenta que el dolor por la pérdida de un hijo es uno de los más difíciles de solucionar, y cita al Dr. Marcelino Antonio Aguilar García quien afirma que “el duelo no es una enfermedad y si bien resulta ser un acontecimiento vital estresante de primera magnitud, que tarde o temprano hemos de afrontar todos los seres humanos, **la muerte de un hijo es considerada como una de las situaciones más estresantes por la que puede pasar una persona (...)**” (negrita del texto original).
- A su vez, sostiene que no se brindó ningún tipo de apoyo emocional a la demandante ni asistencia profesional.
- Solicita se revoque la sentencia en cuanto al monto del resarcimiento y se otorgue la suma de un millón de soles por el daño producido “al saber que su hijo había sido contagiado de VIH, al acompañar a su hijo en su tratamiento y en el momento que se produjo su deceso”.
- Seguidamente indica que es importante que al momento de considerar el daño moral, en alusión a lo cometido con el menor, se valore que existió:
 - Daño a la persona. Al estar demostrado el daño, tener en consideración que superar todo este proceso desde que su hijo fue contaminado con el VIH y superar esta pérdida no ha sido y no es hasta el día de hoy algo que se supere, solo va a aprender a vivir con el dolor, es evidente el daño cometido; asimismo,
 - Daño al proyecto de vida, cuyas consecuencias comprometen la existencia misma del sujeto, que suele perdurar, toda vez que difícilmente logran ser superadas con el pago del tiempo. Así pues, dependiendo de la magnitud del daño ocasionado, el mismo generará que se frustre cualquier proyecto de vida, siendo de tal magnitud dicho daño que frecuentemente acompaña a la persona por toda la vida, en tanto dejó de realizarse a plenitud. Indica que en el presente caso se ha frustrado cualquier proyecto de vida que hubiese tenido el menor, que jamás podrá realizar debido al daño ocasionado (transfusión de VIH).

§ Cuestiones controvertidas.

Cuarto. En el presente caso, mediante resolución del veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno, se fijaron las siguientes cuestiones controvertidas:

Determinar si al emitir la sentencia apelada se ha cumplido con la valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas a fin de identificar el lugar donde el menor de iniciales DFT contrajo el virus del VIH, pues el procurador público apelante niega que ello haya ocurrido en las instalaciones de su representada. Además, establecer si en relación a dicho tema se debió proceder conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil y si la parte apelante ha expuesto agravios en respaldo de su afirmación de que "...queda claro que no se ha acreditado el daño moral...", de forma tal que se justifique analizar dicha alegación.

§ Análisis del caso y absolución de agravios.

Quinto. Conforme al principio de congruencia que rige la actividad impugnatoria, el grado se absolverá en función a los agravios expuestos por el apelante y los argumentos de la demandante desarrollados en su adhesión al recurso de apelación.

Sexto. A fin de absolver el grado en forma debida resulta pertinente partir por recordar aquellas cuestiones que sirven de soporte a la decisión recurrida. Así, de la revisión de la sentencia apelada se tiene que en ella se ha establecido, principalmente, lo siguiente:

- Sobre la falta de diligencia del demandado. En los Fundamentos 36 y 37 de la sentencia se explica que el demandado no probó haber procedido con diligencia en la transfusión que practicó al menor de iniciales DFT, pues, habiendo devenido en un portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), no se identificó al donante ni se tomó prueba de VIH al menor antes de la transfusión. Así se explica en los aludidos Fundamentos:

36. Lo que no está probado, es que la demandada haya tenido una actitud diligente, respecto al cumplimiento de los protocolos y normas técnicas para el proceso de transfusión sanguínea del menor; pues de la historia clínica de éste, no se verifica que se haya cumplido con identificar a su donante, ni tampoco que se hayan realizados las pruebas respectivas al mismo. Ciertamente es que la demandante, ha reconocido que como madre del menor, ha sido ella la donante; pero el Instituto Nacional de Salud del Niño, no ha probado que cumplió con realizarle los exámenes preventivos antes del proceso de transfusión; el único antecedente que se tiene de la madre, es la prueba de HIV, que figura en la historia clínica de esta última en el Instituto Materno Perinatal, la misma que fue tomada en 05 de febrero de 2002 y que arrojó "No reactivo" (página 152).

37. La demandada tampoco ha probado, que previo a la transfusión sanguínea practicada al menor, se le realizaron a éste, los exámenes que descartan la existencia de VIH antes de haber sido transfundido. Tal ausencia de exámenes y pruebas de identificación del

donante, así como del menor, configuran una falta al deber de diligencia de los médicos del hospital demandado y del mismo hospital, por no supervigilar el cumplimiento de las normas técnicas respectivas.

- Sobre la falta de información respecto del resultado positivo a VIH y el tiempo transcurrido hasta el inicio de tratamiento. En los Fundamentos 38 y 39 de la sentencia se explica que cuando se dio de alta al menor el 4 de febrero de 2010, no se mencionó lo relacionado con el VIH y no fue sino hasta el 18 de octubre de 2010 en que aparece el primer registro de tratamiento de la Terapia Antiretroviral de Gran Actividad (TARGA). Así se explica en los aludidos Fundamentos, cuyo texto se muestra a continuación:

38. Asimismo, ha quedado probado que, desde el diagnóstico de VIH, al menor, no se cumplió con informar su caso a sus padres; pese a lo grave del diagnóstico y lo importante que hubiera sido adoptar las medidas pertinentes para concretar un tratamiento oportuno. Por el contrario, conforme se ha podido verificar del Informe de Alta del 04 de febrero de 2010, al dársele de alta en esa fecha, no se hizo mención alguna al diagnóstico de VIH; situación que de por sí configura una falta al deber de cuidados de los médicos tratantes y además configura una contravención a lo previsto en el artículo 5° de la Ley General de Salud, según el cual: "Toda persona tiene derecho a ser debida y oportunamente informada por la Autoridad de Salud sobre [...] enfermedades transmisibles, enfermedades crónico degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades y demás acciones conducentes a la promoción de estilos de vida saludables"; concordado con el literal g) del artículo 15° de dicha norma, que dispone: "Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho: [...] g) A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administran [...]". Asimismo, la omisión de consignar el diagnóstico de VIH en su informe de alta, configura una contravención a lo previsto en el artículo 44° de la Ley, según el cual: "Al egreso del paciente, el responsable del establecimiento de salud está obligado a entregar al paciente o a su representante el informe de alta que contiene el diagnóstico de ingreso, los procedimientos efectuados, el diagnóstico de alta, pronóstico y recomendaciones del padecimiento que ameritó el internamiento"; pues habiéndose diagnosticado una enfermedad diferente a la que motivó su internamiento, era imprescindible que ello sea comunicado a los familiares directos del menor. Debe precisarse que, la demandada no ha aportado prueba alguna que acredite que cumplió con informar a los padres del menor, respecto a dicho diagnóstico.

39. También ha quedado probado, que desde el día 16 de febrero de 2010, que se obtuvo el resultado confirmatorio de VIH, hasta el 18 de octubre de 2010, que aparece en su historia clínica, el primer registro sobre inicio de tratamiento de TARGA (Terapia Antiretroviral de Gran Actividad), transcurrieron más de 8 meses; situación que resulta alarmante y también denota la falta de diligencia de los médicos y del área de Inmunología del Hospital demandada, en cuanto a su responsabilidad de adoptar las medidas adecuadas para el tratamiento del menor.

- Sobre el mismo tema, en el Fundamento 40 de la sentencia se estableció que en el caso del menor de iniciales DFT, no se siguieron los protocolos y normas técnicas para realizar una correcta práctica de transfusión sanguínea y evitar el contagio de infecciones, que no se comunicó oportunamente a los familiares

sobre la confirmación de la prueba de VIH y que no se dio el tratamiento oportuno al menor infectado:

40. Bajo tal contexto, resulta evidente la existencia de una conducta antijurídica del Instituto Nacional de Salud del Niño; no sólo por no haber seguido los protocolos y normas técnicas orientadas a realizar una correcta práctica de transfusión sanguínea, con las medidas preventivas pertinentes orientadas a evitar el contagio de infecciones; sino también por el hecho de no haber comunicado en forma oportuna a sus familiares sobre la confirmación de la prueba de VIH. La conducta antijurídica se configura además, en la medida que la demandada no brindó el tratamiento oportuno al menor infectado, dejando pasar varios meses sin realizar la evaluación respectiva para adoptar el mejor tratamiento que procure brindarle una buena calidad de vida.

➤ Daño al menor y daño familiar. El fallecimiento del menor. En los Fundamentos 50 al 52 de la sentencia se explica que en el presente caso se analizó no solo el daño al menor sino también el daño familiar, y que la muerte del menor, ocurrida durante el trámite del proceso, no es objeto de analizar por ser un hecho que no fue parte del sustento de la demanda:

50. Se trata de un daño directamente al menor afectado a su integridad física. Si bien es cierto la madre no ha presentado pericia médica alguna o dictamen que permita verificar algún mal de índole psicológico derivado del padecimiento de VIH de su menor hijo; lo cierto es que en este caso, por las razones antes esbozadas, consideramos que se trata de un **daño familiar** inherente a la naturaleza de la propia enfermedad, de carácter incurable, la cual ha tenido que padecer su menor hijo, durante el tiempo que estuvo con vida; ya que como se ha informado en este proceso, ha fallecido el 30 de junio de 2018, conforme aparece de su acta de defunción (página 186).

51. Hay que ser enfáticos, en cuanto a que, en este proceso, no ahondaremos en la causa del fallecimiento, porque ello no fue motivo de la demanda, interpuesta antes de que se produzca el deceso del menor; sino que el daño invocado, tiene que ver con el sufrimiento que ha causado el padecimiento de la enfermedad y es en función al mismo que se emite la presente sentencia.

52. Consideramos que a consecuencia de la infección del VIH, el menor sufrió una grave alteración de su forma de vida; que involucró además, importantes implicaciones en el estado mental y espiritual de su madre, la demandante; ya que resulta sumamente comprensible que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos cuando ven disminuida su salud y la de sus seres queridos; especialmente cuando la enfermedad que le fue contagiada a la víctima es de una gravedad mortal como la que se presentó en el presente caso.

➤ Se concede la razón a la procuraduría pública en cuanto a sus alegaciones sobre el denominado “período de ventana”. Así se explica en el Fundamento 64 de la sentencia, aunque se precisa que ello no descarta la teoría del caso de la demandante:

64. En el contexto médico y sobre la base de la existencia del “periodo ventana”, resulta admisible lo esbozado por el Procurador Público del Ministerio de Salud, quien refiere la improbabilidad de que la infección del VIH sea causa o consecuencia directa de la transfusión practicada el día 28 de enero de 2010; sin embargo, esto no supone desvirtuar la teoría del caso propuesta por la parte actora, respecto a la imputación objetiva del contagio que se hace al hospital demandado, pues la demandada no ha podido desvirtuar dicha tesis de manera objetiva, en la medida que no ha ofrecido medio de prueba alguno que acredite que el menor hijo de la actora fue contagiado fuera del Instituto Nacional de Salud del Niño.

➤ Sobre la condición de garante del demandado Instituto Nacional de Salud del Niño. Ello se explica en el Fundamento 66 de la sentencia, previamente, en el Fundamento 65 se evalúan los argumentos de defensa de la parte demandada en los siguientes términos:

65. Al contestar la demanda, se hace mención a que el menor al momento de su nacimiento fue atendido en el Instituto Materno Perinatal; soslayando -aunque sin afirmarlo- la posibilidad de que el contagio se haya podido realizar en este centro médico; sin embargo, tal posibilidad queda descartada en la medida que la atención que recibió el menor en dicho nosocomio fue hasta los 8 meses de nacido, tiempo en el que - como se tiene dicho- fue derivado al hospital demandado, donde se le practicaron pruebas de sangre el día 08 de septiembre de 2002, conforme consta de su historia clínica. En todo caso, la demandada ha debido demostrar en este proceso, que tuvo una actitud diligente, al momento que recibió la transferencia del menor del Instituto Materno Perinatal y que realizó las pruebas de VIH, a fin de determinar que estaba recibiendo un paciente que no estaba infectado; sin embargo, dicho deber de cuidado no ha podido ser demostrado en este juicio.

66. Aunado a ello, la demandada no ha probado que, desde que el menor inició su atención en el Instituto Nacional de Salud del Niño en el año 2002, haya sido posteriormente atendido por otro hospital diferente a este; de modo que haya probabilidad de un contagio externo. Consideramos que su condición de garante como prestador del servicio de salud, genera en este caso concreto, la necesidad de invertir la carga de la prueba, de modo tal que habiendo quedado acreditado el daño (enfermedad de VIH), correspondía a la demandada, desvincularse de la responsabilidad del mismo; a través de la demostración en juicio de una actitud diligente en todos los procedimientos.

➤ Sobre la improbanza de que el contagio se haya producido necesariamente el 28 de enero de 2010. Este tema se aborda en el Fundamento 67 en los siguientes términos:

67. Tal diligencia importaba también que la demandada pruebe en este proceso, que en cada procedimiento médico o acto médico realizado al menor en sus instalaciones, se cumplieron los estándares mínimos exigidos y los protocolos respectivos; por lo que, aún cuando no está probado que el contagio se haya producido necesariamente el día 28 de enero de 2010, a causa de la transfusión sanguínea, concluimos que en la medida que la demandada no ha probado que el menor se haya contagiado en otro centro médico, ni tampoco que ha tenido una actitud diligente en todos los actos médicos realizados por sus subordinados (médicos, enfermeras y auxiliares técnicos); **si existe una relación de causalidad entre el daño moral padecido por el menor y su madre a consecuencia de la infección de VIH, con respecto a la conducta omisiva mostrada por el Instituto Nacional de Salud del Niño**, pues no está descartado que el contagio de la enfermedad se haya producido a través de la utilización de jeringas, agujas u otros instrumentos punzantes utilizados durante el tiempo que el menor se ha venido tratando en el hospital demandado.

Séptimo. Ahora bien, habiendo hecho referencia a las principales conclusiones contenidas en la sentencia apelada, de la revisión del recurso de apelación presentado por el Procurador Público del Ministerio de Salud en representación del Instituto Nacional de Salud del Niño, que aparece de fojas 252 a 257 se tiene que en tal medio impugnatorio se hace referencia, básicamente a lo siguiente:

- i. Se cuestiona que en la sentencia no se ha precisado el momento y lugar preciso del contagio del menor con el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH);
- ii. Se afirma que no se realizaron procedimientos invasivos en el menor hasta antes de conocer los resultados de la prueba serológica que se le practicó;
- iii. Que es improbable que la infección del menor haya ocurrido en la institución que representa, y que el menor pudo contagiarse antes de su hospitalización;
- iv. Sostiene que no está demostrado que la emplazada sea la responsable del contagio del menor;
- v. Cuestiona que en el Fundamento 35 de la sentencia se afirme que *“al día siguiente de realizada la transfusión se contagió”*;
- vi. Reitera sus alegaciones en torno al denominado “periodo de ventana”;
- vii. Reclama que para dilucidar si el menor contrajo el VIH en las instalaciones del demandado, se debió disponer la actuación de pruebas de oficio conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil; y

viii. Sostiene que el daño moral no está acreditado y por tanto la demanda debió ser declarada infundada

Octavo. Con base en lo anterior, y la síntesis que aparece en el Segundo Fundamento de la presente sentencia, se advierte que el Procurador Público del Ministerio de Salud, como defensor del demandado Instituto Nacional de Salud del Niño, ha centrado sus agravios en cuestionar que no se haya identificado el preciso momento y lugar donde el menor de iniciales DFT contrajo el VIH, que no se le practicó procedimiento invasivo alguno hasta antes de conocer los resultados de la prueba serológica que se le practicó y que es improbable que la infección haya ocurrido en las instalaciones de su representada, de modo que no es responsable de dicho contagio, pero es el caso que ya en la sentencia ha quedado establecido que *“...no está probado que el contagio se haya producido necesariamente el día 28 de enero de 2010, a causa de la transfusión sanguínea...”* (ver Fundamento 67 de la sentencia).

Noveno. Es decir, el procurador público recurrente desarrolla agravios en base a circunstancias que no han servido de sustento para declarar fundada, en parte, la demanda. En efecto, la demanda no ha sido estimada en todos sus extremos porque no se ha probado que el menor fue contagiado el 28 de enero de 2010, fecha en que fue atendido en las instalaciones de la dependencia demandada. De la responsable lectura de la sentencia impugnada se tiene que las razones por las cuales se ha determinado la existencia de responsabilidad civil en la parte demandada, es por la falta de diligencia con que se actuó en el caso del menor de iniciales DFT, pues no solo no se le informó del cuadro de VIH cuando se le dio de alta el 4 de febrero de 2010, sino que el tratamiento TARGA no le fue suministrado sino después de ocho meses, el 18 de octubre de 2010, con las lógicas consecuencias por la demora en el inicio de tal tratamiento. En la sentencia se ha determinado que dichas conductas representan una infracción a lo dispuesto por los artículos 5, 15 y 44 de la Ley General de Salud (ver Fundamento 38 de la sentencia), pero sobre ello nada se ha expresado en el recurso de apelación.

Décimo. Además, en la apelación falsamente se afirma que en el Fundamento 35 de la sentencia el señor juez de primer grado habría señalado que *“al día siguiente de realizada la transfusión se contagió”*, tal como se consigna en el Octavo Fundamento del recurso de apelación (ver fojas 254 y 255):

Octavo: Es efecto, probado se encuentra que el menor no se contagió en las instalaciones del hospital, por cuanto la transfusión de sangre se realizó el día 28 de enero de 2010, siendo donante su madre, y el día siguiente de la transfusión es decir el 29 de enero de 2010, se realizó la prueba de Elisa VIH, CABE EXPRESAR QUE ES IMPROBABLE QUE AL DIA SIGUIENTE DE REALIZADA LA TRANSFUSION SANGUINEA, de como resultado inmediato que el paciente ya halla contraído el virus, hecho alejado de la realidad y que no ha sido presente el juzgador al señalar en el



PERÚ

Ministerio
de Salud

Procuraduría Pública

fundamento 35, de la sentencia, que al día siguiente de realizada la transfusión se contagió, cuando lo cierto es que del tiempo de contagio y luego para obtener una prueba cierta tome varios días para que aparezca como reactivo en el cuerpo de la persona, por lo que la sentencia no ha sido emitido de acuerdo a ley, debiéndose declarar su nulidad, por contener datos inexactos.

Décimo Primero. Al revisar el Fundamento 35 de la sentencia se constata que el señor juez de primer grado en ningún momento señaló que “*al día siguiente de realizada la transfusión se contagió*”, tal como se aprecia a continuación:

35. De otro lado, con dicha historia clínica está probado que el menor, sí recibió una transfusión sanguínea por parte del hospital demandado, la misma que se practicó el 28 de enero de 2010 y también está probado que en esa misma fecha, arrojó positivo a la prueba de Elisa, la misma que quedó confirmada a los pocos días.

Décimo Segundo. Lo expresado en el Fundamento 35 de la sentencia es que el mismo 28 de enero de 2010 el menor dio positivo a la prueba de Elisa, que es muy distinto a señalar que el contagio ocurrió al día siguiente de realizada la transfusión. Si se lee con atención la sentencia se constata que no se ha establecido la fecha del contagio del menor, tal como se ha explicado en el ya citado Fundamento 67 de la sentencia:

67. Tal diligencia importaba también que la demandada pruebe en este proceso, que en cada procedimiento médico o acto médico realizado al menor en sus instalaciones, se cumplieron los estándares mínimos exigidos y los protocolos respectivos; por lo que, aún cuando no está probado que el contagio se haya producido necesariamente el día 28 de enero de 2010, a causa de la transfusión sanguínea, concluimos que en la medida que la demandada no ha probado que el menor se haya contagiado en otro centro médico, ni tampoco que ha tenido una actitud diligente en todos los actos médicos realizados por sus subordinados (médicos, enfermeras y auxiliares técnicos); **si existe una relación de causalidad entre el daño moral padecido por el menor y su madre a consecuencia de la infección de VIH, con respecto a la conducta omisiva mostrada por el Instituto Nacional de Salud del Niño**, pues no está descartado que el contagio de la enfermedad se haya producido a través de la utilización de jeringas, agujas u otros instrumentos punzantes utilizados durante el tiempo que el menor se ha venido tratando en el hospital demandado.

Décimo Tercero. Además, se constata que el procurador del Estado insiste en sus alegaciones en torno al denominado “período de ventana”, lo que resulta inconducente como sustento del recurso de apelación, pues como ya se explicó, al emitir la sentencia se le dio la razón en dicho extremo, aunque se precisó que ello no desvirtuaba la teoría del caso de la demandante. Así se lee en el ya citado Fundamento 64 de la sentencia:

64. En el contexto médico y sobre la base de la existencia del “periodo ventana”, resulta admisible lo esbozado por el Procurador Público del Ministerio de Salud, quien refiere la improbabilidad de que la infección del VIH sea causa o consecuencia directa de la transfusión practicada el día 28 de enero de 2010; sin embargo, esto no supone desvirtuar la teoría del caso propuesta por la parte actora, respecto a la imputación objetiva del contagio que se hace al hospital demandado, pues la demandada no ha podido desvirtuar dicha tesis de manera objetiva, en la medida que no ha ofrecido medio de prueba alguno que acredite que el menor hijo de la actora fue contagiado fuera del Instituto Nacional de Salud del Niño.

Décimo Cuarto. Llegados a este punto, resulta claro que los agravios del apelante en cuanto reclama que para dilucidar si el menor contrajo el virus en las instalaciones de la demandada se debió disponer la actuación de pruebas de oficio conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil, es un argumento que debe ser desestimado, pues en su condición de parte demandada se orienta a probar un hecho invocado por su contraria que ha sido desestimado al emitir sentencia, lo que claramente es un contrasentido. La responsabilidad de la parte demandada deriva de su falta de diligencia antes y después de tomar conocimiento de la presencia del VIH en la sangre del menor, y no del contagio mismo.

Décimo Quinto. En cuanto a la alegada falta de análisis de la nota epidemiológica del 15 de diciembre de 2011 e Informe 029-OE-INSN-2010 del 4 de mayo de 2010 mencionados en el recurso de apelación, se tiene que son documentos que no desvirtúan que al 4 de febrero de 2010 en que se dio de alta al menor no se informó a sus familiares acerca de la presencia del VIH en sangre del menor ni tampoco desvirtúan que el tratamiento TARGA recién se inició el 18 de octubre de 2010, de modo que subsiste la validez del sustento principal de la sentencia recurrida, por lo que igualmente corresponde desestimar tales agravios. La afirmación del apelante en el sentido que el daño moral no está acreditado es una alegación que carece por completo de respaldo según el mérito de lo actuado.

Décimo Sexto. Luego de haber concluido que no resultan atendibles los agravios del apelante, corresponde analizar lo expuesto por la demandante en su adhesión a la apelación. Al respecto, además de defender la validez de la sentencia apelada, la demandante ha solicitado que se incremente el monto del resarcimiento concedido hasta la suma de un millón de soles, pues considera que el daño moral está acreditado, habiendo destacado que la demandante, en su condición de madre del ahora fallecido menor de iniciales DFT, padece de un dolor y sufrimiento que persistirá durante toda su vida, lo que identifica como impedimento para que pueda desarrollarse con normalidad, y que las secuelas derivadas del evento dañoso se presentan también en la familia hasta la actualidad, como es el descontrol en el carácter y en otros aspectos de la vida.

Décimo Séptimo. En el presente caso ha quedado establecido en la sentencia, sin que el Procurador Público del Ministerio de Salud haya expresado agravio alguno al respecto, que el monto del resarcimiento concedido a la parte demandante no se sustenta solamente en el daño evento infligido al menor, sino además se ha hecho referencia a un “daño familiar” y al estado mental y espiritual de la madre.

Décimo Octavo. Desde una perspectiva clásica, el daño moral es identificado con la aflicción o sufrimiento, y su cuantificación es de tal complejidad que a la par de su reconocimiento en el artículo 1322 del Código Civil, el legislador autoriza que el juez fije su monto con valoración equitativa: artículo 1332 del Código Civil. En este punto debemos recordar que la demanda contiene la expresa mención de ser una basada en “responsabilidad civil contractual” (ver fojas 25).

Décimo Noveno. En el presente caso, como ya se indicó en la sentencia apelada, la muerte del menor no es objeto de análisis pues ocurrió el 30 de junio de 2018 (ver partida de defunción de fojas 186), esto es, cuando el presente proceso se encontraba en trámite, de modo que se trata de un hecho que lógicamente no forma parte de la demanda. Al margen de ello, no escapa del conocimiento general que los efectos de la sola noticia de ser diagnosticado con el VIH resultan devastadores, pues a la fecha no existe cura eficaz para dicha infección, y si bien con un adecuado tratamiento médico es posible sobrellevarlo de mejor manera, el desgaste emocional que ello implica resultan innegables pues no solo se requiere asistencia clínica, sino que detrás de ello se encuentran las preocupaciones por el estado de salud del paciente, las angustias por

conseguir el dinero para el tratamiento, el sufrimiento derivado de afrontar la evolución propia de las consecuencias del VIH, el traslado a cada atención que naturalmente genera cuestionamientos en las razones por las cuales se encuentra en tal situación, entre otras.

Vigésimo. Por lo anterior, tomando en cuenta que en el presente caso se ha hecho referencia a un daño familiar, se tiene que el monto del resarcimiento fijado en la sentencia recurrida resulta insuficiente, como reclama la demandante, en su condición de madre. El especial vínculo con su hijo permite advertir cómo tomó la noticia una vez que fue informada de ello, aunado a que al tomar conocimiento de lo ocurrido, a la vez descubrió que la información no le fue proporcionada oportunamente. En el recurso de apelación de sentencia nada se ha expresado en torno a la falta de información oportuna de la detección del VIH en el menor, pese a lo relevante de ello, y que sin duda justifica incrementar el monto del resarcimiento fijado, principalmente por dos razones: **(i)** Existe una diversidad de daños evento, tales como la no comunicación oportuna de la detección del VIH en la sangre del menor pese a la confirmación de la prueba realizada el 16 de febrero de 2010 (fojas 1641 de la historia clínica que se tiene a la vista), la demora en el inicio del tratamiento TARGA que se dio recién el 18 de octubre de 2010 y no haber seguido los protocolos orientados a evitar el contagio de infecciones; **(ii)** El resarcimiento no solo busca reparar el daño moral causado al menor sino a su familia en general (cabe recordar que su padre ha fallecido recientemente) y a su madre en especial, quien según se desprende de la historia clínica que se tiene a la vista fue quien acompañó a su menor hijo en todo momento, con el consecuente desgaste emocional que ello conlleva (sufrimiento y angustia, especialmente), por los traslados de un paciente que nació el 31 de enero de 2002, es decir que al 28 de enero de 2010 (primera prueba positiva según aparece a fojas 1711 de la historia clínica) había cumplido 8 años, y que necesitó atención y tratamiento hasta su muerte ocurrida el 30 de junio de 2018, a los 16 años de edad.

Vigésimo Primero. Por ello, atendiendo a lo normado por el ya citado artículo 1332 del Código Civil, aunque no es atendible el pretendió incremento hasta la suma de un millón de soles, este Colegiado Superior estima que el monto del resarcimiento por el daño moral provocado debe ser incrementado hasta cuatrocientos mil soles (S/. 400 000.00), con los respectivos intereses legales, a computarse desde que el Instituto Nacional de Salud del Niño tomó conocimiento de la presencia del VIH en la sangre del menor.

Vigésimo Segundo. Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que del petitorio de la demanda se aprecia que la demandante ha solicitado el resarcimiento de “*daño moral, material y familiar, así como también del Daño Emergente*” (ver fojas 25).

Vigésimo Tercero. En atención a lo que dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no resulta atendible lo solicitado en su adhesión al recurso de apelación, en cuanto postula el resarcimiento de daño a la persona y daño al proyecto de vida, pues se trata de conceptos que no fueron incluidos en la demanda.

Vigésimo Cuarto. Toda vez que la demandada forma parte del Estado, corresponde exonerarla del reembolso de costas y costos, conforme al artículo 413 del Código Procesal Civil.

Vigésimo Quinto. Siendo así, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto declara fundada, en parte, la demanda y reconoce el resarcimiento por daño moral postulado en la demanda, empero, se revocará la sentencia en el extremo del monto concedido, y reformándolo, se fijará dicho monto en cuatrocientos mil soles (S/. 400 000.00) más intereses legales desde que el Instituto Nacional de Salud del Niño tomó conocimiento de la presencia del VIH en la sangre del menor.

Vigésimo Sexto. La presente resolución solo expresa las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión, como autoriza la parte final del artículo 197 del Código Procesal Civil.

§ Decisión.

Por las razones antes expuestas, este Colegiado Superior resuelve: **CONFIRMAR** la sentencia contenida en la resolución dieciséis del 18 de diciembre de 2019 (fojas 223 a 244) en cuanto resuelve declarar fundada en parte la demanda en el extremo que solicita “indemnización por daño moral” (sic); **REVOCARON** la misma sentencia en el extremo que fija el monto a pagar por resarcimiento de daño moral en doscientos mil soles (S/. 200 000.00), y reformándolo en dicho extremo, **fijaron** el monto por resarcimiento de daño moral en la suma de cuatrocientos mil soles (S/. 400 000.00) más intereses legales que se devengarán desde que el demandado tomó conocimiento de la presencia del VIH en la sangre del menor de iniciales DFT, sin costas ni costos. Se **ORDENA** que Secretaría cumpla con lo dispuesto por el artículo 383 del Código Procesal Civil, bajo

responsabilidad; en los seguidos por Clementina Tinoco Simbrón con Instituto Nacional de Salud del Niño sobre indemnización. Notifíquese.-
SS.

SOLIS MACEDO

ROMERO ZUMAETA

ESCUADERO LÓPEZ