

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Final sobre la Resolución N° 3840-2014-SPC-INDECOPI
Angela Alvarez vs. Clínica Internacional S.A.

Autor

Raymundo Estefano Verano Huamanchumo

Código del alumno:

20064076

Asesor:

Raúl Solórzano Solórzano

Lima, 2020

En el 2014 la Sala Especializada en Protección al Consumidor de INDECOPI da a conocer un fallo en el que sanciona a la Clínica Internacional por haber dejado olvidada una gasa en el cuello uterino de una paciente. La elección del caso se justifica por los temas jurídicos que se abordan: cuestiones sobre derecho de protección al consumidor, la probanza en los procedimientos ante INDECOPI y el trasfondo constitucional del tema por los bienes jurídicos involucrados: el derecho a la salud y el derecho del consumidor a la idoneidad en el servicio. Luego de revisar detalladamente la resolución de la Sala se analizan una serie de argumentos jurídicos y fácticos pertinentes, que en su conjunto permiten llegar a la conclusión acertada que la clínica es responsable administrativamente por la falta de idoneidad en la atención en el parto. Todo ello se sustenta en la interpretación de los artículos del código sobre el deber de idoneidad en los servicios médicos y las posturas jurisprudenciales acordes con el rol tuitivo del estado en la protección del consumidor; la interpretación en el ámbito probatorio sobre la carga de la prueba en los servicios de salud acorde con el rol tuitivo del estado en la protección del consumidor. El presente informe no se limita al tema del deber de idoneidad en el servicio de salud, también se analizan i) los argumentos jurídicos que determinaron la medida correctiva y la sanción ii) el libro de reclamaciones. En conclusión, a lo largo del informe se evidencia que en la relación de consumo la parte vulnerable es el consumidor, quien debe ser protegido por normas y fallos que aseguren su eficaz protección.

INDICE

1. Introducción	pág 4
2. Justificación de la elección.....	pág 6
3. Hechos sobre los que versa la controversia.....	pág 7
4. Identificación de los problemas jurídicos	pág 11
5. Análisis	pág 12
5.1. ¿La Clínica Internacional faltó al deber de idoneidad en el servicio médico prestado al momento del parto al haberse hallado una gasa en el cuello uterino de la Sra. Álvarez?.....	pág 12
5.1.1. Deber de Idoneidad	
5.1.2. Análisis	
5.2. ¿La carga de la prueba de demostrar quién dejó la gasa en el cuello uterino de la señora Álvarez recae sobre ella o sobre la Clínica Internacional?	pág 22
5.2.1. Carga de la Prueba	
5.2.2. Análisis	
5.3. ¿La auditoría interna como justificación por el retraso de la Clínica en la contestación del reclamo la eximía de cumplir con el plazo legal establecido?	pág 29
5.3.1. Reclamo	
5.3.2. Análisis	
5 4. ¿La medida correctiva impuesta a la Clínica fue la adecuada?.....	pág 32
5.4.1. Medidas Correctivas	
5.4.2. Análisis	
5.5. ¿Los criterios de graduación de la sanción fueron cuantificados razonablemente?.....	pág 34
5.5.1. Sanción	
5.5.2. Análisis	
6. Conclusiones	pág 37
7. Bibliografía	pág 39

INTRODUCCIÓN

En el Perú del siglo XXI nos encontramos en un sistema de economía social de mercado¹ en el que el libre comercio, la libertad de empresa, la libertad contractual, la libre competencia son principios constituyentes que han permitido a lo largo de estos últimos 30 años estabilidad económica que ha fomentado en el país la creación de riqueza a través de grandes, medianas y pequeñas empresas, el aumento del consumo privado, el aumento de la inversión extranjera y mayor competencia comercial.

En este sistema socioeconómico existe un beneficiario: el consumidor. El consumidor es aquel padre de familia que adquiere una cocina para su nuevo departamento en una tienda de electrodomésticos, cocina que ha sido fabricada en un local al norte del Perú por trabajadores que coadyuvaron en su elaboración, en una empresa peruana. Consumidora es aquella madre de familia que adquirió ropa de una marca extranjera para su bebé de 7 meses a una empresa distribuidora de dicha marca en el Perú. Consumidor es aquel abogado que adquirió en una tienda ternos de alta costura para su presentación en el Tribunal. Consumidora es aquella médica que utilizó los servicios de una firma de abogados por la demanda en su contra por supuesta negligencia médica. Consumidores son los ingenieros, los electricistas, las profesoras, las contadoras, etc. Es decir, consumidores por definición somos todos².

En el Perú se protege y defiende a los consumidores de conformidad con el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, que señala: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular por la salud y la seguridad de la población”*. En consecuencia, los derechos de los consumidores quedan garantizados y su

¹ Artículo 58 de la Constitución Política del Perú: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen el Estado orienta al desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, servicios públicos e infraestructura.

² Discurso pronunciado en el Congreso Americano por Jhon F. Kennedy el 15 de marzo de 1992

efectividad resguardada constitucionalmente, cuyo desarrollo legislativo vigente lo encontramos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

A los consumidores se les debe proteger contra las actuaciones abusivas de los proveedores, que en toda relación de consumo son quienes proveen el producto o prestan un servicio a cambio de una contraprestación económica. Para evitar el abuso de los proveedores se ha previsto deberes básicos en toda relación de consumo: el deber de información, el deber de no discriminación o trato igualitario, el deber de idoneidad, entre otros.

En el presente informe analizaremos por qué nos encontramos frente al incumplimiento del deber idoneidad en el servicio médico brindado por la Clínica Internacional S.A. (en adelante, La Clínica) al haberse dejado una gasa en el cuello uterino de la señora Marta Ángela Álvarez Vega (en adelante la Sra. Álvarez) en el momento del parto.

La falta de idoneidad en el servicio brindado por la Clínica se debió a que: i) La Clínica no brindó el servicio de atención médica en el parto con la adecuada y debida diligencia conforme a la naturaleza propia del servicio de salud; ii) una gasa quedo olvidada en el cuello uterino en la intervención médica durante el parto de la señora Álvarez; iii) la señora Álvarez luego del parto presentó dolores abdominales, malestares físicos fuertes, escalofríos, cuadro infeccioso y secreción amarillenta.

Así mismo, se analizarán los otros temas sobre los que se pronunció la Sala Especializada en Protección al Consumidor en la resolución analizada, los mismos que son: si la respuesta al reclamo presentado por la Sra. Álvarez fue oportuna; la medida correctiva impuesta a la Clínica fue correcta y si la sanción impuesta cumplió con los criterios de graduación para las sanciones administrativas.

El esquema que se desarrollará a lo largo del presente informe será el siguiente: Justificación de la elección de la resolución, relación de hechos que versan sobre la falta de idoneidad, la medida correctiva impuesta a la Clínica, el reclamo formulado por la señora Álvarez y la multa impuesta a la Clínica. Asimismo, se identificarán los principales problemas jurídicos y se analizarán cada uno, terminando con las conclusiones.

JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La resolución que será analizada se escogió por las razones siguientes:

- El presente caso versa sobre un área del derecho administrativo relativamente nueva, el derecho del consumidor. Mediante el derecho del consumidor se busca superar la asimetría informativa característica de toda relación de consumo entre el consumidor y proveedor, protegiendo el derecho del consumidor a elegir un producto o servicio idóneo y promoviendo el deber del proveedor de brindar productos o servicios idóneos
- El presente caso versa sobre un aspecto fundamental en la vida de todo ser humano; la salud. La salud es un derecho fundamental que permite el buen desarrollo y funcionamiento de la persona. A través de la salud como seres humanos podemos trabajar, estudiar, cubrir nuestras necesidades fisiológicas y desarrollar todo el potencial físico, intelectual y espiritual como personas.
- Los servicios brindados en los establecimientos de salud deben ser idóneos para satisfacer los intereses de los consumidores. No obstante, en algunas ocasiones dichos establecimientos no cumplen con el deber de idoneidad causando lo siguiente: i) graves daños a la salud de los consumidores, que muchas veces son irreversibles y disminuyen el buen funcionamiento del cuerpo de la persona, ii) perjuicio económico del consumidor afectado y de su familia.

HECHOS

A continuación, se detallarán los hechos pertinentes que evidencian la controversia jurídica respecto al deber de idoneidad por parte de la Clínica en el servicio médico prestado a la Sra. Álvarez; así como los hechos que versan sobre las controversias jurídicas respecto de la respuesta al reclamo presentado por la Sra. Álvarez, la medida correctiva establecida por la Sala y el monto de la multa.

PARTO

1. La señora Álvarez acudió a la Clínica el 26 de febrero de 2013 conforme a su cita médica para una atención médica, encontrándose en la semana 41 de su periodo de gestación, desde la última regla. Así su médico tratante, el doctor Víctor Salazar Alarcón, le indico que debía inducir el parto, debido a las 41 semanas que tenía. La Sra. Álvarez aceptó y fue internada en la Clínica.
2. El 27 de febrero de 2013, a las 10:20 de la mañana la señora Álvarez recibió atención médica por parte de la Clínica en el parto natural de su menor hijo, produciéndose un alumbramiento espontáneo y completo. A las 10:40, luego del alumbramiento, la señora Álvarez presentó un cuadro de hipotonía uterina con retención placentaria, lo cual provoco abundante sangrado (900 cc), por lo que se le administró medicinas para compensar la pérdida de sangre. Además, el personal médico tuvo que activar el sistema de alarma Código azul para que otros médicos acudan a la sala de parto ante las complicaciones que se presentaban. A las 10:55 el doctor Víctor Salazar, médico tratante, realiza una Episiorrafia, suturando el corte provocado por la Episiotomía³ realizada. A las 11:10 se lo logra estabilizar a la señora Álvarez.

³ Incisión que se hace durante el parto en el perineo, tejido entre la abertura vaginal y el ano.

REVISIONES MÉDICAS Y RECLAMOS

3. El 04 de marzo de 2013, la señora Álvarez acudió a su primer control post parto presentando mal olor de loquios, flujo vaginal después del parto No pudo ser revisada exhaustivamente debido al dolor que presentaba ante la episiotomía practicada. El médico le recetó algunos antibióticos para paliar las complicaciones post-parto.
4. El 05 de marzo de 2013, la señora Álvarez acudió a otra clínica, el Instituto Médico de la Mujer (en adelante el IMM) presentando palidez, mareos, taquicardia y continuaba con el mal olor de los loquios. Además, continuaba con el dolor causado por la episiotomía practicada en el parto, por lo que tampoco el médico pudo revisarla exhaustivamente.
5. El 7 de marzo de 2013, la señora Álvarez hizo un reclamo a la Clínica, llenando la Hoja de Reclamación N^o 1495, en la que señaló que debido a la inducción del parto natural se presentaron complicaciones como la hipotonía uterina, pulso altísimo de 140, shock hemorrágico, crisis respiratoria, por lo que se tuvo que activar el código azul. Además, señaló que se le había pedido al médico tratante que el nacimiento fuese por cesárea.
6. El 22 de marzo de 2013, la señora Álvarez acudió a la IMM, nuevamente, debido a que presentaba dolor abdominal, escalofríos, secreción amarillenta y mal olor en los loquios. El médico le practicó una especuloscopía⁴ y encontró una gasa en el cuello uterino. Se le diagnosticó un cuerpo extraño en canal vaginal (gasa), vaginitis severa y anemia moderada.

⁴ Examen ginecológico por lo que se realiza la introducción de un espéculo y se visualiza la vagina y la cérvix.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

7. El 10 de junio de 2013, la señora Álvarez hizo una denuncia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI solicitando: se ordene a la Clínica el reembolso de los gastos incurridos a fin de controlar su estado de salud; se ordene a la Clínica cubrir los gastos en que incurrió hasta su completa recuperación; se sancione a la Clínica con una multa y se ordene a la Clínica el pago de las costas y costos del procedimiento.
8. El 05 de agosto de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI admitió a trámite la denuncia presentada por la señora Álvarez contra la Clínica por lo siguiente: presunta infracción de los artículos 18, 19 y 67.1 de la ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código) en tanto la Clínica no habría brindado atención médica adecuada durante el parto en la medida que el personal médico habría dejado una gasa en el cuello uterino de la denunciante; y presunta infracción del artículo 24 del Código, en tanto la Clínica no habría dado respuesta oportuna al reclamo presentado.
9. El 09 de setiembre de 2013, la Clínica presentó sus descargos, en los que señala que durante el parto la Sra. Álvarez presentó un cuadro de hipotonía uterina con retención placentaria, complicaciones que no se pueden predecir; no es verdad que a la Sra. Álvarez se le haya dejado una gasa en el cuello

uterino pues durante el parto no se utilizó ese material; que la gasa no fue detectada ni en el control del 4 de marzo, ni en el chequeo médico del 05 de marzo, sino casi un mes después de ocurrido el parto.

10. El 25 de marzo de 2014, la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 Sede Central del INDECOPI, mediante la Resolución Final N 0314-2014/CC1 declaró lo siguiente: i) fundada la denuncia interpuesta por la señora Álvarez por infracción a los artículos 18, 19 y 67.1 de la Ley 29571, debido a que el personal médico de la Clínica Internacional dejó olvidada una gasa en el cuerpo de la señora Álvarez; ii) fundada la denuncia interpuesta por infracción al artículo 24 del Código, en tanto ha quedado acreditado que la denunciada no contestó oportunamente al reclamo presentado por la Sra. Álvarez, así como a la solicitud de entrega del informe médico; iii) ordenar a la Clínica, que en calidad de medida correctiva cumpla con reembolsar los gastos incurridos por la Sra. Álvarez por las atenciones médicas y tratamientos que requirió hasta recuperar su salud; iv) sancionar a la Clínica con una multa ascendente a 40 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por dejar olvidada una gasa en el cuerpo de la denunciante v) sancionar a la Clínica con una multa ascendente a 0.61 UIT por no dar respuesta oportuna al reclamo y solicitud formulados.
11. El 8 de abril de 2014, la Clínica apeló la Resolución Final indicando: i) la comisión presumió sin sustento alguno que la gasa encontrada en el interior del cuerpo de la señora Álvarez había sido dejada por su personal al momento de atender el parto natural de la paciente, pues de ningún medio probatorio que obraba en el expediente se desprendía ello. ii) Exigir que la Clínica acredite que la señora Álvarez acudió a otros centros de salud era una prueba diabólica iii) La Clínica asumió que con las coordinaciones realizadas por su personal con la consumidora, los reclamos de esta última estaban siendo atendidos. iv) la medida correctiva ordenada carecía de sustento y era sumamente amplia; v) la multa de 40 UIT era

desproporcionada, pues no se consideró que su conducta a lo largo del procedimiento fue la adecuada

12. El 11 de noviembre de 2014, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, mediante la Resolución 3840-2014-SPC-INDECOPI confirmó la Resolución Final N 0314-2014/CC1, en los siguientes extremos: i) declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Clínica por infracción de los artículos 18, 19 y 67.1 de la Ley 29571 al haberse acreditado que dejó una gasa en el interior del cuerpo de la Sra. Álvarez ii) declaró fundada la denuncia interpuesta por infracción del artículo 24 del Código, toda vez que no atendió oportunamente los reclamos formulados; iii) ordenó como medida correctiva el reembolso de los gastos incurridos por las atenciones y tratamientos médicos que requirió hasta recuperar su salud; iv) sancionó a la Clínica con una multa de 40 UIT por haber dejado una gasa olvidada en el interior del cuerpo de la denunciante v) que sancionó a la Clínica con una multa de 0.61 UIT por no haber atendido oportunamente los reclamos formulados.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema Principal:

¿La Clínica Internacional faltó al deber de idoneidad en el servicio médico prestado al momento del parto al haberse hallado una gasa en el cuello uterino de la Sra. Álvarez?

Problemas Secundarios:

- 1. ¿La carga de la prueba de demostrar quién dejó la gasa en el cuello uterino de la señora Álvarez recae sobre ella o sobre la Clínica Internacional?**

2. ¿La auditoría interna como justificación por el retraso de la Clínica en la contestación del reclamo la eximía de cumplir con el plazo legal establecido?
3. ¿La medida correctiva impuesta a la Clínica fue la adecuada?
4. ¿Los criterios en la graduación de la sanción fueron cuantificados razonablemente?

¿La Clínica faltó al deber de idoneidad en el servicio médico prestado al momento del parto al haberse hallado una gasa en el cuello uterino de la Sra. Álvarez?

El deber de idoneidad

Uno de los deberes esenciales en temas de derecho del consumidor es la idoneidad en el producto o servicio brindado. Este deber ha sido un concepto difícil de enmarcar a lo largo de los años desde la aparición de Indecopi en 1992 y las resoluciones que ha emitido la Sala de Protección al Consumidor.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código) indica en su artículo 18, qué debemos entender por el deber de idoneidad:

“El deber de idoneidad es la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado”

Para definir si un producto o servicio es idóneo, el producto recibido debe tener correlación con lo que el consumidor esperó de las propiedades del producto. Este

producto esperado es aquel que el consumidor observó en una publicidad, o el que le ofreció un vendedor en la tienda con toda la información que este le brindó, tomando en cuenta las condiciones y circunstancias de celebración del contrato. Así mismo, al evaluar si un producto o servicio es idóneo se tomará en cuenta las características intrínsecas o la propia naturaleza del producto, así como si logró satisfacer la finalidad para la cual se puso en el mercado.

A razón de ejemplo: un consumidor al adquirir un producto como una camisa en un centro comercial, lo que busca es que esta le quede bien y que no tenga defectos como manchas, roturas, descocidos o que al primer lavado no se encoja, no se descolore. Respecto a la característica que le quede bien, es una opinión que se enmarca en la esfera subjetiva del consumidor, la cual no involucra al proveedor; no obstante, respecto a las otras características - que no tenga defectos - es un hecho que no se enmarca en la esfera del consumidor, sino en la esfera del proveedor, quien se encarga que la camisa corresponda a la información entregada por el vendedor y satisfaga la finalidad para la cual fue puesta en el mercado, que sirva como prenda de vestir. Por tanto, si la camisa presentaba una rotura en la hombrera izquierda, este defecto la convertía en inapropiada para satisfacer su finalidad, esto quiere decir no era idónea.

Es importante tener claro en función de qué se evaluará la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que realmente recibe; es por ello, que la disposición normativa nos indica que en dicha evaluación se necesita comprobar el cumplimiento de ciertas características, condiciones o términos que se conocen como garantías. Encontramos tres tipos de garantías, que son las siguientes:

Las garantías legales:

Son aquellas que se encuentran recogidas en las leyes o normas y que contra ellas no cabe pacto en contrario.⁵

⁵ Artículo 20 del Código de Protección y Defensa del Consumidor: Una garantía es legal cuando por mandato de ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con

Las garantías explícitas

Son aquellas que están expresamente indicadas en algún documento como el contrato, etiquetado, comprobante de pago o en la publicidad.⁶

Las garantías implícitas:

Son aquellas que no se encuentran puestas en alguna ley o norma, tampoco se encuentran expresadas en algún documento o publicidad, sino se entienden tácitamente incorporadas en la relación de consumo. El antecedente del actual concepto de garantía explícita esgrimido en el Código lo hallamos en el precedente de observancia obligatoria establecido en el caso Humberto Tori contra Kourus, que señaló lo siguiente:

“a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado (...), considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos(...).”⁷

Para observar el incumplimiento de la garantía implícita Durand⁸ pone como ejemplo el caso de los defectos de fábrica de un producto determinado. Estos defectos de fabrica son intrínsecos al producto y no son perceptibles fácilmente,

la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada explícita, ni por una implícita.

⁶ Artículo 20 del Código de Protección y Defensa del Consumidor: Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita

⁷ Resolución N°085-96-TDC de fecha 13 de noviembre de 1996

⁸ Durand Carrión Julio Baltazar. Tratado de derecho del consumidor en el Perú. Lima. Universidad de San Martín de Porres. Facultad de Derecho.2007 p 233.

esto quiere decir, que se encuentran en la estructura misma del producto, de tal manera que no lo hacen idóneo para los fines para los cuales ha sido adquirido.

Es preciso indicar que con el advenimiento del Código se introdujo el concepto de garantías implícitas, que conforme al artículo 20 del Código señala: *“una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor, considerando, entre otros aspectos los usos y costumbres del mercado”*.

Además, quien responde por el cumplimiento de las garantías legales, explícitas e implícitas es el consumidor. Ello lo encontramos señalado en el artículo 19 del Código: *“El proveedor responde por la idoneidad de los productos y servicios ofrecidos, por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y estos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda”*.

En ese sentido, en el ámbito jurisprudencial, para determinar la idoneidad de un producto o servicio, INDECOPI a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha tenido en cuenta las garantías legales, expresas e implícitas. En esta evaluación de la idoneidad del producto o servicio se esgrimieron 2 criterios interpretación:

1. Criterio esgrimido por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 a propósito de la Resolución N° 2221-2012/SC2-INDECOPI (Juana Rufina Bocanegra Ayllón c. Importaciones Hiraoka S.A.C.)

La presente resolución presentó los siguientes hechos: la señora Rufina Bocanegra compró en Importaciones Hiraoka una refrigeradora. A los días de entregada, esta presentó desperfectos. Ante esto, Hiraoka, cambia la refrigeradora con desperfectos por otra del mismo modelo. Luego de algunos meses se detectaron desperfectos,

los cuales fueron reparados; no obstante, volvieron aparecer los desperfectos. Por esta nueva situación tediosa, la señora Bocanegra considera que se le ha vendido un bien usado y presenta su denuncia a Indecopi.

La Sala de Defensa de la Competencia N° 2, luego de un análisis de los artículos 18, 19 y 97 determinó que idoneidad no significa la ausencia de fallas o desperfectos en los productos, sino que el proveedor brinde al consumidor las soluciones necesarias para resolver el problema oportunamente, por medio de la reparación, sustitución del producto o la devolución de lo pagado.

Por consiguiente, el deber de idoneidad “debe valorarse no en razón de un modo de ser del bien o de una cualidad suya (su funcionalidad), sino en función al comportamiento del proveedor una vez ha tomado conocimientos de las fallas presentadas en el producto.”⁹

Gustavo Rodríguez¹⁰, indica a propósito de lo resuelto por la Sala que frente a defectos o fallas en los productos un consumidor razonable esperaría que el proveedor actúe adecuadamente para superar el problema detectado. Por ende, un consumidor razonable no esperaría que los productos que adquiere no presenten fallas; ello se debe a una explicación económica: La infalibilidad representaría un costo que ningún consumidor razonable estaría dispuesto a asumir. Es decir, los consumidores no sólo no esperan productos perfectos, sino que, más allá de lo que pueda ser un deseo expresado con ilusión, tampoco quieren esa perfección.

En resumen, el criterio seguido en esta resolución es que los consumidores deben tener entre sus expectativas, la posibilidad de que el producto o servicio brindado presente alguna falla, puesto que no existe la perfección. En consecuencia, el consumidor que recibió un producto o servicio con fallas o errores debe tener la expectativa de que el error descubierto será subsanado por el proveedor a través

⁹ Considerando 33 Resolución N° 2221-2012/SC2-INDECOPI

¹⁰ Rodríguez García Gustavo, “El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección del consumidor” THÉMIS-Revista de Derecho. número 65. 2014. p. 310

de la reparación, reposición o devolución del dinero. Por tanto, el producto o servicio brindado es idóneo aun presentando fallas, siempre que el proveedor corrija esas fallas a través de los remedios legales que tiene a su alcance.

Así mismo, mediante este criterio se evidencia una exención de responsabilidad al proveedor respecto de productos o servicios brindados siempre que cumplan con los remedios legales. Esto quiere decir que, la idoneidad se evalúa no en función del propio producto o servicio, sino en función del comportamiento del proveedor.

Este criterio fue superado al año siguiente, en el 2013, por una nueva interpretación que la Sala Especializada en Protección al Consumidor decidió en la resolución que se analizará a continuación:

2. Criterio esgrimido por la Sala Especializada en Protección al Consumidor a propósito de la Resolución 1008-2013 /SPC-INDECOPI (Enrique Torrealba Reyes c. América Móvil Perú S.A.C.)

En el presente caso, el señor Enrique Torrealva adquirió de la empresa América Móvil un celular Iphone, que al poco tiempo de su adquisición presentó defectos. El consumidor se acercó para el arreglo del móvil; no obstante, la proveedora se negó a efectivizar la garantía indicando que el desperfecto se debió a un golpe al equipo ocasionado por el consumidor. Ante ello el señor Torrealva presenta su denuncia a INDECOPI.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor luego de analizar el artículo 18 y 19 señaló que al brindar un producto o servicio defectuoso se está vulnerando el deber de idoneidad *teniendo en consideración que: “(i) Es el consumidor quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad técnica frente al proveedor en una relación de consumo; (ii) que la venta de un producto defectuoso ocasiona una defraudación de las expectativas del consumidor; y, (iii) que es el proveedor quien se encuentra en la mejor posición de prevenir los efectos ocasionados por la puesta en circulación de productos no idóneos en el mercado, o quien puede reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible, esta Sala considera*

que el proveedor es el responsable frente a los consumidores por la puesta a disposición de productos que presenten defectos de funcionamiento”.

Durand¹¹ a propósito del nuevo criterio de la Sala respecto al deber de idoneidad, señala que debe entenderse como la obligación de brindar productos que correspondan a las características ofrecidas y aquellas esperadas por el consumidor; por tanto, los remedios jurídicos como la reparación, la reposición y la devolución del dinero constituyen únicamente soluciones residuales que los proveedores pueden ofrecer ante una infracción que ya se ha consumado contra deber de idoneidad.

Coincidimos con Durand al señalar que el deber de idoneidad responde estrictamente al análisis respecto de si el producto adquirido o servicio prestado corresponde a lo esperado por el consumidor, sin perjuicio del comportamiento de los proveedores frente a los reclamos posteriores que pudieran plantearse por la existencia de fallas. De esta manera se distingue la situación misma del bien, cuyo defecto entrañará una vulneración del deber de idoneidad.

Así mismo, Carranza Álvarez¹² indica que la idoneidad es la obligación de brindar productos o servicios que corresponden a las características ofrecidas por el proveedor y esperadas por el consumidor, por lo que de no presentarse los supuestos del artículo 104 quien resulte responsable por haber infringido el deber de idoneidad será el proveedor.

Con este nuevo criterio ya los proveedores dejarán de tener una conducta poco diligente, que solo afecta a su propia marca y al prestigio de la empresa, así como a las expectativas de los consumidores de contar con un producto o servicio que le

¹¹ Durand Carrión Julio Baltazar, “Nuevos Criterios Resolutivos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, una Nueva Mirada de la Dimensión Real del Mercado y los Consumidores en el Perú” Derecho y Sociedad. Asociación Civil. Lima. Número 41. 2013. p.294

¹² Carranza Álvarez Cesar, “El deber de idoneidad y los mecanismos de solución del proveedor” Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 183. 2013. pp. 42-43

brinde satisfacción. Así mismo ya no se considerará que los productos y servicios serán idóneos a pesar de presentar defectos, si es que el proveedor soluciona estos.

Por lo expresado, reafirmamos que los consumidores esperan al momento de adquirir un producto o servicio que el mismo no presente fallas; en caso el producto o servicio presente defectos y el proveedor entrega un producto reparado, o efectúa una reposición del mismo o ejecuta nuevamente el servicio contratado por parte de los consumidores existe una inversión de tiempo y dinero efectuada con las gestiones de reclamo, los mismos que evidencian también un perjuicio causado en el cliente y por tanto el producto o servicio brindado resulta no idóneo.

Análisis

En el presente caso nos encontramos frente a un servicio de salud brindado a la Sra. Álvarez por la Clínica. Al analizar el caso se tendrá en cuenta: i) que la Clínica prestó un servicio de salud a la Sra. Álvarez y ii) que el deber de idoneidad consiste en la correspondencia del producto adquirido o servicio prestado con lo esperado por el consumidor, sin perjuicio de la respuesta de los proveedores frente a los reclamos posteriores por la existencia de fallas, de conformidad con el criterio esgrimido por la resolución 1008-2013/SPC-INDECOPI. Poniendo énfasis en las garantías que se encuentra obligado el proveedor y que se cumpla con la finalidad para la cual fue puesto el producto o servicio en el mercado, en relación a la naturaleza misma de este.

La señora Álvarez presentó en el momento del parto un cuadro de hipotonía uterina con retención placentaria, que le provocó un abundante sangrado (900 cc), el cual según el informe médico duró un aproximado de 10 minutos. Es preciso señalar que, en todo parto los utensilios básicos que se usan son las gasas o los paños. Y teniendo en cuenta el sangrado abundante que presentó, este tuvo que ser limpiado con gasas o paños, conforme a la literatura médica y las costumbres médicas (ello se analizará más adelante). En el tiempo del puerperio, luego de más de 20 días del parto, conforme a los hechos descritos la señora Álvarez asistió al IMM debido a

que presentaba fiebre, dolores estomacales, fuertes malestares y secreción amarillenta; allí se le encontró una gasa en el cuello uterino.

Se debe tener en cuenta que la Clínica prestó un servicio de salud a la Sra. Álvarez. La salud un derecho fundamental¹³ custodiado por nuestro ordenamiento jurídico al ser una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La protección de la salud está regulada en la Ley General de Salud, Ley N° 26482, modificada por la Ley N° 29414 que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.

Entre los derechos de los usuarios se encuentran: derecho a ser informado adecuada y oportunamente de los derechos que tiene en su calidad de paciente y de cómo ejercerlos; derecho a recibir información necesaria sobre los servicios de salud a los que puede acceder y los requisitos necesarios para su uso; a ser informado sobre su derecho a negarse a recibir o continuar con el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa; derecho a conocer de forma veraz, completa y oportuna las características del servicio; derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se encuentre disconforme con la atención recibida y otros derechos.

Así mismo, la Clínica como proveedora del servicio de salud tenía el deber de brindar el servicio de salud de manera idónea, conforme al artículo 19 del Código. Para ello debe cumplir con las garantías a la que está obligada: i) las garantías legales que todo establecimiento de salud debe tener conforme a la Ley N° 26482, ii) las garantías expresas detalladas en los consentimientos médicos y los documentos médicos que la señora firmó, así como la información recibida por los médicos y iii) las garantías implícitas, propias del servicio de salud brindado, que en este caso fue la asistencia médica en el parto.

¹³ Artículo 7 de la Constitución Política del Perú: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir con su promoción y defensa.

En el presente caso, el servicio de salud brindado a la sra. Álvarez tiene como garantía implícita que en los tres niveles de parto¹⁴: (primer nivel del parto o trabajo de parto o dilatación, segundo periodo de parto o expulsivo y tercer periodo de parto o alumbramiento) y post-parto la atención médica debe ser la adecuada, correcta y diligente, conforme la normativa en salud, las guías técnicas y la literatura médica. Sin embargo, en el tiempo del puerperio la sra. Álvarez no se recuperó de manera satisfactoria en cuanto al funcionamiento propio de su organismo, ello se verifica en las atenciones post-parto antes del alta y las citas médicas post-parto después del alta. El mal funcionamiento de su organismo es evidenciado con los síntomas siguientes: cuadro infeccioso, escalofríos, dolor abdominal, secreción amarillenta y otros malestares. En la cita médica postparto del 22 de marzo en el IMM se halló una gasa en el cuello uterino de la sra. Álvarez.

Por lo tanto, el servicio de salud, correspondiente a la atención médica del parto natural brindado por la Clínica de conformidad con el nuevo criterio de idoneidad no cumplió con la finalidad para el cual fue puesto en el mercado, que es que se pueda sacar al bebé que se encuentra dentro del útero de la madre y una vez culminado el parto (con contratiempos presentados por el propio funcionamiento de la madre o del bebe o sin contratiempos) la madre y el bebé se recuperen de manera satisfactoria. En el tiempo del puerperio la recuperación no fue satisfactoria para la Sra. Álvarez debido a que presentó cervicitis aguda, escalofríos, todo ello debido a la gasa dejada en su cuello uterino en el momento del tratamiento contra el abundante sangrado presentado a causa de la hipotonía uterina con retención placentaria.

Respecto al hecho de encontrar una gasa en el cuello uterino de la Sra. Álvarez dejada en el momento del parto la Sala ha señalado que las gasas categorizan como insumos médicos de uso general, de conformidad con la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas -DIGEMID y más aún, que pueden ser utilizadas en el tratamiento de una hemorragia post-parto ocasionada por un cuadro de hipotonía uterina con una retención placentaria, eventos que se presentaron en la

¹⁴ NTS N^o 105-MINSA/DGSP.V.01 Norma técnica de salud para la atención integral de salud materna

Sra. Álvarez y que la Clínica no desvirtuó indicando un procedimiento distinto al taponamiento uterino con gasas.

En este punto concordamos con la Sala y concluimos que, el servicio brindado por la Clínica no fue el idóneo, al no cumplir totalmente con la finalidad propia del servicio de salud en la atención médica en el parto natural. Si bien la señora Álvarez dio a la luz a su hijo, luego del alumbramiento presentó abundante sangrado a consecuencia de la hipotonía uterina con retención placentaria presentada, este no desaparece por arte de magia, debe ser limpiado, conforme a la literatura y guías médicas.¹⁵ Estas señalan el uso de gasas o compresas de gasa ante emergencias obstétricas. Si bien este hecho no es señalado por la Clínica, quien en realidad afirma que no uso gasas, lo cual no resulta conforme al quehacer médico para la atención de partos naturales.

¿La carga de la prueba de demostrar quién dejó la gasa en el cuello uterino de la señora Álvarez recae sobre ella o sobre la Clínica Internacional?

La Carga de la Prueba

En todo procedimiento administrativo sancionador, los defectos o fallas en los productos o servicios y la responsabilidad por estos deben ser probados. En tal sentido, a continuación, contestaremos a la primera pregunta del problema secundario.

La carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho o conducta conforme al artículo 196 del Código Procesal Civil: *“Salvo disposición legal diferente, la carga*

¹⁵ Guía de Práctica Clínica para la atención de emergencias obstétricas según nivel de capacidad resolutoria. Resolución Ministerial 695-2006/MINSA. Ministerio de Salud del Perú. 2007

de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.”

No obstante, en la realidad no siempre quien afirma un hecho tiene como probarlo debido a que no se encuentra en la mejor posición para obtener la información relevante para la probanza. Es en estos casos nos encontramos ante la carga de la prueba dinámica. Rivera¹⁶ afirma respecto a la inversión de la carga de la prueba que ante la dificultad de probar un hecho se creó la institución de la carga dinámica de la prueba, por la que se desplaza esa carga de quien le compete probar, al que se encuentra en mejor posición de probar. La inversión de la carga de la prueba es un desarrollo de la Tutela Jurisdiccional Efectiva en el sentido de que quien no se encuentra en condición de probar, no puede gozar de esta protección jurisdiccional efectiva y se desplaza a quien si se le es más fácil probar; y así se equilibra e iguala a las partes para poder afrontar mejor el proceso.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la carga probatoria dinámica señalando:

“Si bien la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, la misma implica el planteamiento de nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.”¹⁷

El tema probatorio en el procedimiento administrativo, lo encontramos señalado en el numeral 8 del artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 que ha recogido el Principio de Causalidad, en virtud del cual señala

¹⁶ Rivera Mendoza Jorge, “Carga Dinámica de la Prueba desde un punto de vista Epistemológico. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. pp. 7-8

¹⁷ Expediente 01776-2007-AA/TC. Sentencia del 26 de enero de 2007

que la responsabilidad administrativa debe recaer sobre quien ha realizado la conducta infractora.

En esa línea, Chang¹⁸ nos indica que sobre quien recae la responsabilidad administrativa de quien ha realizado la conducta infractora recae la carga de la prueba que lo exima de dicha responsabilidad. Esto quiere decir que de conformidad con la norma que regula la carga de la prueba, la cual señala que quien alega un hecho debe probarlo: primero corresponde al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el producto o servicio, y luego corresponde al proveedor demostrar que aquel defecto no le es imputable debido a la existencia de circunstancias que lo eximen de responsabilidad.

En el mismo sentido Durand señala lo siguiente:

“Debe tenerse en cuenta además que nuestro sistema establece la responsabilidad objetiva del proveedor frente a la idoneidad de los productos o servicios en una relación de consumo, de manera que existe una presunción de que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los bienes que comercializa, normalmente se adquieren; por lo tanto es viable establecer una disposición que promueve a la inversión de la carga probatoria, y en tal caso correspondería al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio (Acreditación de defecto) y correspondería al proveedor acreditar que el defecto del bien o servicio no le es imputable, es decir que no es un defecto incorporado como consecuencia de las actividades involucradas para poner el producto o servicio al alcance del consumidor (imputación del defecto).”¹⁹

En resumen, en el tema probatorio el consumidor tiene el deber de acreditar el defecto o falla del producto o servicio que adquirió y la carga de probar la responsabilidad por tal defecto o falla se invierte hacía el proveedor ante la

¹⁸ Chang Tokushima Juan Santiago, “¡Compre ahora!... ¿Pruebe después?: la carga de la prueba dentro de los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor”. Ius et veritas No. 44 (Jul. 2012), p.204

¹⁹ Durand Carrión Julio Baltazar. Tratado de derecho del consumidor en el Perú. Lima. Universidad de San Martín de Porres. Facultad de Derecho.2007 p 282.

responsabilidad objetiva por la idoneidad de los productos o servicios que pone a disposición debido a la posición privilegiada en la que se encuentra.

En los casos que involucran servicios de salud, como el presente, se aplica la carga probatoria dinámica de conformidad con los lineamientos de INDECOPI, los que señalan:

“Cuando los hechos involucrados no revisten de mayor dificultad técnica, es posible que el consumidor pueda aportar medios probatorios adecuados para acreditar la responsabilidad del denunciado. Una situación distinta ocurre en los casos de intervenciones quirúrgicas de alto riesgo, que implican la resolución de problemas técnicos de especial dificultad para la ciencia médica, en los que la asimetría informativa entre el proveedor dotado de conocimientos técnicos especializados y el consumidor no instruido en estas materias se torna más profunda y evidente. En dicha hipótesis, se justifica la aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica, por ser la prueba del defecto denunciado demasiado onerosa, cuando no imposible, para el consumidor”.²⁰

Análisis

En el presente caso, la señora Álvarez alega que la Clínica dejó olvidada una gasa en su cuello uterino en el momento del parto, la cual fue hallada en la especuloscopia realizada el 23 de marzo en el IMM. Si bien la Sra. Álvarez al alegar que la falla en el servicio de salud fue responsabilidad de la Clínica debe probarlo, conforme a lo visto líneas atrás, ella no se encuentra en la mejor posición para probar dicho hecho, puesto que no tiene la condición técnica, profesional ni fáctica para hacerlo. Y en los casos de servicios de salud, quien tiene la condición más favorable de probar la responsabilidad de los hechos son los establecimientos de salud.

²⁰ Ministerio de Salud del Perú (MINSA), “Guía técnica de práctica clínica para la atención de emergencias obstétricas según nivel de capacidad resolutive”. 2007

Por lo tanto, la Clínica está en la mejor condición de demostrar que el servicio de atención médica en el parto natural fue brindado de manera idónea y que cualquier probable deterioro en el estado de salud de la señora Álvarez ocasionado por la gasa encontrada en su cuello uterino no se debe al servicio brindado por el personal de la Clínica. Esto quiere decir que, la Clínica debió: i) demostrar que brindo el servicio conforme a los protocolos médicos y normativas técnicas de salud o ii) demostrar que se rompe el nexo causal entre el servicio prestado en la atención médica en el parto natural y la gasa encontrada en el cuello uterino debido a hechos ajenos a su responsabilidad. No obstante, ello, conforme a los hechos relatados en la resolución analizada, la Clínica no ha demostrado el rompimiento del nexo causal, puesto que solo ha alegado que para la atención médica del parto que tuvo complicaciones y abundante sangrado de la Sra. Álvarez no uso gasas.

El alegato de la Clínica de que no uso gasas en el parto natural a pesar del abundante sangrado a causa de la hipotonía uterina con retención placentaria presentado por la Sra. Álvarez no cumple con el deber de todo establecimiento médico de contar con gasas en todo parto natural. Más aun cuando las gasas son insumos básicos y generales en todo uso médico. De conformidad con la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas del Ministerio de Salud las gasas se clasifican como de uso general en el listado de desarrollado de insumos, instrumental equipo de uso médico, quirúrgico u odontológico.

En el presente caso la Clínica debió ceñirse a la guía técnica usada en los servicios médicos: La guía de práctica clínica para la atención de emergencias obstétricas según nivel de capacidad resolutoria del Ministerio de Salud del Perú, la cual indica lo siguiente:

“En el procedimiento de la Atención del Parto se advierten la utilización de los materiales e insumos siguientes:

*Materiales e insumos - 4 pares de guantes estériles. - **8 Gasas 20 x 15 cm.** - Solución con yodo povidona. - 2 Jeringas de 10 cm. - Clamp. - Jeringa de*

tuberculina. - Alcohol y algodón. - Sonda para evacuar vejiga. - Equipo de venoclisis. - Abocath N° 18 x 1.5. - Esparadrapo, de preferencia antialérgico.”²¹

Las guías técnicas y lineamientos de atención médica son obligatorios conforme a lo esgrimido en la jurisprudencia. Al respecto la Sala Especializada en Protección al Consumidor señaló en el año 2014:

*“Los servicios de salud prestados por el sector público y privado a nivel nacional, deben observar la normativa sectorial vigente que regule el Sistema Nacional de Salud, tales como las normas técnicas y guías de práctica clínica aprobadas por el Ministerio de Salud. Considerando ello, la Sala sancionó a una clínica al haberse acreditado que omitió diagnosticar correcta y oportunamente la enfermedad que padecía el menor hijo de la denunciante, tras incumplir con la Guía Técnica de Práctica Clínica respecto de la Neumonía del Recién Nacido, aprobada por la Resolución Ministerial N.° 1041-2006/MINSA, en virtud de la política de salud que perseguía la reducción de morbilidad y mortalidad materna, fetal y neonatal, a través de la cual se orienta a todo profesional y técnico que labora en los servicios de salud del país, para la toma de decisiones y ejecución de acciones en las emergencias obstétricas y atención del recién nacido”.*²²

El no cumplir con las normas técnicas y guías de práctica clínica por parte de una institución de salud acarrea un daño a la salud de los pacientes, ello lo evidenciamos en el fallecimiento del menor de edad a los seis días de nacido. Al incumplir con la guía técnica de práctica clínica del recién nacido y no realizarle los exámenes y pruebas pertinentes conforme a los síntomas que evidenciaba se le diagnosticó erróneamente el Síndrome de Distrés Respiratoria y todo el tratamiento fue hacia una solución fallida que llevo a la muerte al bebé.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor en el año 2015 se ratificó señalando la obligatoriedad de las normas técnicas y las guías de práctica clínica:

²¹ Guía de Práctica Clínica para la atención de emergencias obstétricas según nivel de capacidad resolutive. Resolución Ministerial 695-2006/MINSA. Ministerio de Salud del Perú. 2007

²² Resolución N.° 1583-2014/SPC-INDECOP

“En un caso se verificó el incumplimiento de la Guía de Práctica Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de Influenza por Virus AH1N1 (Resolución Ministerial N.º 326-2009/MINSA), la cual calificó a quienes sufrían de asma como integrantes de un grupo de alto riesgo de contagio y definió como “caso sospechoso” a aquellas personas que presentaban fiebre alta, acompañada de tos, dolor de garganta o rinorrea, y que hubieran estado en una zona con casos confirmados de la infección o en contacto cercano con alguno de dichos casos. Así, determinó que pese a que la paciente padecía de asma y había manifestado síntomas que coincidían con los descritos en la guía antes mencionada, los cuales se intensificaron con el transcurso de los días, la clínica no acreditó haber agotado las evaluaciones dirigidas a determinar en dicho momento si la paciente tuvo contacto con algún caso de influenza por virus AH1N1 o estuvo en alguna zona donde tal enfermedad se había confirmado”²³

En este último caso se evidencia que la clínica Internacional al incumplir con guías de práctica clínicas como la Guía de práctica clínica para el diagnóstico y tratamiento de influenza por virus AH1N1, por ende, al no tomar las muestras y pruebas necesarias ocasionaron que se le brinde a la paciente un diagnóstico erróneo que tuvo como consecuencia un tratamiento fallido por una semana que finalizó en la muerte de la paciente.

En resumen, queda acreditado que la Clínica en el servicio de salud que consistía en la atención médica en el parto de la Sra. Álvarez debió usar las gasas para la atención del parto natural de conformidad con la guía técnica médica especializada y con mayor razón debido a la complicación por la hipotonía uterina, lo que ocasionó abundante sangrado, demostrado mediante la historia clínica. Concluimos que la Clínica al ser una institución de salud privada objetivamente conoce y es especialista en temas médicos de su especialidad, así como conoce las normas técnicas y guías de práctica clínica, las cuales son aplicadas para un adecuada

²³ Resolución N. 0203-2015/SPC-INDECOPI

prestación del servicio. Por consiguiente, la carga de probar el servicio no idóneo brindado por la Clínica que le ocasionó daños materiales y económicos a la Sra. Álvarez se invierte hacia la Clínica quien es la especialista y está en la mejor posición de probar la falla, con ello se busca equilibrar la asimetría informativa entre el consumidor y proveedor.

¿La auditoría interna como justificación por el retraso de la Clínica en la contestación del reclamo la eximía de cumplir con el plazo legal establecido?

El Reclamo

Los consumidores tienen como derecho el poder presentar reclamos y denuncias ante las autoridades competentes por la vulneración de sus derechos. No obstante, antes de recurrir ante alguna instancia administrativa o judicial tiene la posibilidad de recurrir para presentar su reclamo al mismo proveedor que vulneró sus derechos. De conformidad con el artículo 24 del Código, los proveedores tienen la obligación de atender los reclamos presentados por los consumidores y dar respuesta a los mismos en el plazo máximo de treinta (30) días calendario, siendo que el referido plazo puede ser extendido cuando la naturaleza del reclamo lo justifique

Por ende, todo consumidor que presenta un reclamo espera que dicho reclamo obtenga respuesta en el plazo señalado por la ley, con la finalidad de tener conocimiento oportuno de la aceptación o rechazo de la solicitud, para así adoptar la decisión que crea conveniente con respecto a la respuesta. Además, el medio de respuesta al reclamo debe ser fehaciente. Ello lo evidenciamos por resuelto por la Sala de Protección al Consumidor en el caso Wilson Vera c. Wari, que señala: *“la ratio de destinar un espacio físico para que el proveedor anote las acciones adoptadas por el proveedor, es permitirle dejar constancia de la previsión de las mismas en la propia hoja de reclamación donde se ha consignado la disconformidad del consumidor, mas no que se constituya en un medio para que el proveedor*

cumpla con su obligación de brindar una respuesta al reclamo".²⁴En este último caso, si bien el representante de Wari a través de lo escrito en la parte acciones adoptadas por el proveedor de la hoja de reclamación dio respuesta al reclamo del sr. Wilson Vera, dicha respuesta no es considerada fehaciente, por lo tanto se considera que no hubo respuesta alguna al reclamo puesto que la hoja de reclamación no constituye medio de respuesta.

En esa misma línea el Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Libro de Reclamaciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Decreto Supremo N.º 011-2011-PCM señala lo siguiente:

"Artículo 6.- Atención del reclamo El reclamo que se registre en el Libro de Reclamaciones determina la obligación del proveedor de cumplir con atenderlo y darle respuesta en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Dicho plazo puede ser extendido hasta por otro igual cuando la naturaleza del reclamo lo justifique, situación que debe ser puesta en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; o norma que la modifique o sustituya. En el caso que, de la lectura del detalle de la reclamación, se evidencie que se trata de un reclamo, aun cuando el consumidor haya marcado erróneamente la opción "queja" de la Hoja de Reclamaciones o no haya marcado ninguna opción, el proveedor deberá darle el trámite de un reclamo, conforme a lo establecido en el presente Reglamento. No puede condicionarse la atención de los reclamos de los consumidores o usuarios al pago previo del producto o servicio materia de dicho reclamo o del monto que hubiera motivado ello, o de cualquier otro pago."

En conclusión, los proveedores tienen las siguientes obligaciones: i) poner a disposición del consumidor el libro de reclamaciones y ii) dar respuesta oportuna al reclamo. Dicha respuesta puede darse en un plazo de 30 días o como excepción 30 días adicionales siempre que ponga en conocimiento del consumidor el uso del plazo adicional.

²⁴ Considerando 22 Resolución 0685-2014/SPC-INDECOPI

Análisis

En el presente caso, la Sra. Álvarez formuló dos reclamos a la Clínica: el 7 de marzo de 2013 por disconformidad con el servicio de parto y el 3 de mayo de 2013 para solicitar el informe médico. La Clínica atendió el reclamo formulado por la Sra. Álvarez 3 meses después de solicitado y entregó el informe médico el 28 de mayo de 2013. Los argumentos esgrimidos por la Clínica para indicar la demora en la contestación del reclamo y la demora en la entrega del informe médico fueron los siguientes: i) No atendió los reclamos de la Sra. Álvarez dentro del plazo de (30) días calendario, toda vez que para ello previamente debía realizarse una auditoría interna; ii) Asumió que con las coordinaciones realizadas por el personas con la consumidora, los reclamos de esta última estaban siendo atendidos y iii) Si bien la ley otorgaba un plazo para contestar los reclamos, debían considerarse la razones por las cuales no resultaba posible cumplir con dicha obligación, por la naturaleza del reclamo y la cantidad de personas involucradas en el proceso de respuesta.

La Clínica indica que realizó una auditoría interna, es por dicho motivo que no pudo responder al reclamo dentro del plazo legal. No obstante, no presentó evidencia alguna sobre la existencia del informe de auditoría interna y si así lo hubiese hecho, la Clínica tenía que poner en conocimiento de la Sra. Álvarez la extensión del plazo de 30 días calendario antes que se venza el plazo de los primeros 30 días, de conformidad con el artículo 24 del Código y el artículo 6 del Reglamento del Libro de Reclamaciones. Un informe interno de una empresa no puede ser obstáculo para no cumplir con la ley, de conformidad con el principio de legalidad.

Así mismo, respecto a las coordinaciones realizadas por personas trabajadores de la Clínica con la consumidora, las mismas no se evidencian de manera objetiva, ni han dejado constancia alguna para determinar la contestación del reclamo; por tanto, no es un medio probatorio fehaciente para ser considerado contestación al reclamo, conforme a la normativa y jurisprudencia al respecto.

En consecuencia, si bien la norma otorga un plazo de treinta (30) días calendario que puede ser extendido cuando la naturaleza del reclamo lo justifique. En el presente caso, la Clínica no le ha informado fehacientemente dentro del plazo de 30 días respecto a la auditoría interna que ocasionaba el retraso en la contestación, Ello se evidencia claramente debido a que el reclamo fue contestado 3 meses después de solicitado, por tanto, la auditoría interna no la exime de cumplir con el plazo perentorio legal.

¿La medida correctiva impuesta a la Clínica fue la adecuada?

Medidas Correctivas

Las vulneraciones al deber de idoneidad generadas por las fallas o imperfecciones de productos o servicios ocasionan diversas formas de daños patrimoniales directos e inmediatos que requieren de procedimientos que restablecen, recuperan, restauran, decomisan, destruyen los productos o servicios. Así mismo, en caso los proveedores no asuman la responsabilidad por las fallas en un procedimiento administrativo el consumidor no queda desprotegido y se pueden dictar medidas correctivas a su favor. Las medidas correctivas son medios de protección del consumidor y tienden como finalidad revertir la conducta infractora y evitar que se produzca nuevamente.

Carbonell²⁵ indica que la medida correctiva tiene como objeto ser un mecanismo de regulación de las conductas económicas negativas en el mercado corrigiendo, revirtiendo, previniendo y eliminando dichas conductas. Además, permite internalizar las externalidades, es decir, que quien genere una conducta económica negativa asuma los costos de su acción u omisión frente a los consumidores o los

²⁵ Carbonell O'brien Esteban, "Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor Ley 29571" Lima Lurista. 2015 pp 439-440

que potencialmente se hubieran afectado. Esto quiere decir que los costos que generen una conducta negativa en contra de los consumidores deberán ser asumidos por los proveedores responsables de tal conducta.

Así mismo, Morón²⁶ nos detalla que las medidas correctivas se aplican de oficio o a instancia de parte con la finalidad de revertir los efectos ocasionados por la conducta transgresora, no perjudicando las indemnizaciones de carácter civil o sanciones penales a que hubiera lugar. Es menester señalar que las resoluciones finales que apliquen medidas correctivas ante transgresiones en materia de protección al consumidor constituyen títulos ejecutivos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 688º del Código Procesal Civil, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa, teniendo los consumidores legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución. Esto quiere decir que las medidas correctivas no son indemnizaciones, por tanto evitan el inicio de un proceso civil resarcitorio.

El Código señala que hay dos clases de medidas correctivas: Las medidas correctivas reparadoras y las medidas correctivas complementarias: i) las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y ii) las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

Análisis

La Sala Especializada en Protección al Consumidor en el resolutivo 3 en la resolución materia de análisis, indicó que confirmó la Resolución 314-2014/CC1 en el extremo que ordenó como medida correctiva que, en un plazo no mayor de cinco días contados a partir de la presentación por parte de la denunciante de una liquidación debidamente sustentada, la Clínica, cumpla con reembolsar a la señora

²⁶ Morón Urbina Juan Carlos, "Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración". Revista de Derecho Administrativo. Año 5. Número 9. 2010 p.139

Álvarez, los gastos en que incurrió por las atenciones y tratamientos médicos que requirió hasta recuperar su salud.

La medida correctiva reparadora impuesta a la Clínica fue dictada para resarcir todos los gastos incurridos por la Sra. Álvarez a causa de la conducta infractora del personal médico de la Clínica que dejó negligentemente una gasa en el interior del cuello uterino de la Sra. Álvarez. La consumidora fue diagnosticada con vaginitis severa, cervicitis, miomatosis uterina, anemia moderada, entre otros, lo que ocasionó la prescripción de antibióticos y multivitamínicos, los cuales fueron costeados íntegramente por ella. Además, la consumidora tuvo que asumir los gastos para detectar el problema de salud que le aquejaba, esto quiere decir el pago por las citas médicas y pruebas que tuvieron que tomarle. Por ende, para que la Clínica resarza los gastos ocasionados por la Sra. Álvarez, ella debe presentar el ajuste formal de dichos gastos.

En conclusión, es adecuado que mediante la liquidación de gastos se hará posible la medida correctiva que consiste en el reembolso de todos los gastos incurridos por las atenciones y tratamientos médicos hasta la recuperación de su salud.

¿Los criterios en la graduación de la sanción fueron cuantificados razonablemente?

Sanción Administrativa

Si a un consumidor se le ha vulnerado algún derecho por el producto o servicio defectuoso o mal ejecutado tiene el derecho a la protección de sus derechos mediante un procedimiento administrativo sancionador eficaz. El fin de los procedimientos sancionadores es la aplicación de una sanción si se confirma la infracción administrativa. Es por ello que el ordenamiento le ha otorgado potestad sancionadora a INDECOPI ante conductas que infrinjan la normativa aplicable,

siendo competente para imponer sanciones administrativas que repriman tal conducta.

Al respecto, Carbonell²⁷ señala que las sanciones administrativas son una clase de acto administrativo, por la que al administrado se le priva de derechos como consecuencia de una conducta ilícita. También, han sido definidas como un mal infringido por la Administración a un administrado a causa de una conducta ilegal, como resultado de un procedimiento administrativo y con un único fin puramente represor”.

En lo referente a la graduación de las sanciones El Código establece una serie de criterios, que INDECOPI puede tomarlos en cuenta al momento de imponer la sanción:

El beneficio ilícito

Es el beneficio real o potencial producto de la infracción administrativa. Es lo que percibe, percibiría o pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción menos lo que percibiría si no la hubiese cometido. También es lo que el infractor ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar al cometer la infracción.²⁸

La probabilidad de detección de la infracción

Es la posibilidad medida en términos porcentuales, de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa.²⁹

El daño resultante de la infracción

Es el perjuicio directo e inmediato ocasionado por la comisión de una infracción administrativa.

²⁷ Carbonell O'brienEsteban, "Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor Ley 29571" Lima Lurista. 2015 p 423

²⁸ Resolución Final 1283-2010/CPC de fecha 31 de mayo de 2010

²⁹ Idem

Los efectos que la conducta infractora puedan haber generado en el mercado

El daño ocasionado por la infracción no se limita a un daño particular, sino además genera un daño institucional que contribuye a mermar la confianza en un determinado sistema. Es decir, la infracción genera un daño a las decisiones de consumo de los usuarios de dichos servicios.³⁰

La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores

La cantidad de perjuicio causado respecto a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores

Análisis

La Sala confirmó las dos multas impuestas a la Clínica: i) 40 UIT por la infracción al deber de idoneidad al dejar olvidada una gasa en el cuello uterino de la consumidora y ii) 0.61 por infracción a la obligación de contestar los reclamos oportunamente. La Sala no se pronunció sobre el alegato de la Clínica que indico que no hubo un beneficio ilícito por no implementar mecanismos o procedimientos necesarios para evitar que durante la realización de un procedimiento médico se cometan negligencias, ello debido a que la graduación de la sanción no se tomó en cuenta el criterio del beneficio ilícito, sino los criterios de daño ocasionado, efecto negativo en el mercado y naturaleza del perjuicio causado.

Los criterios de graduación no son taxativos y se pueden usar de conformidad con las circunstancias, en el presente caso se usaron los criterios nombrados en el párrafo anterior. No obstante, se indicó que la sanción era desproporcionada; por

³⁰Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor 2006

tanto, la Sala debió señalar o ratificar el método por el cual se llegó a la cuantía de 40 000 usando los criterios de daño ocasionado, efecto negativo en el mercado y naturaleza del perjuicio causado.

En resumen, los criterios son una buena fuente para determinar la graduación de la sanción. No obstante, dichos criterios deben contar con fórmulas o cuadros estadísticos para aplicar una cuantía razonable. En el caso, para la graduación de la sanción no se usó una fórmula o cuadro que indique un monto aproximado razonable de sanción ante la infracción del deber de idoneidad.

Conclusiones:

1. La Clínica Internacional faltó al deber de idoneidad en el servicio brindado por haberse dejado una gasa en el cuello uterino de la señora Marta Ángela Álvarez Vega, en adelante Sra. Álvarez, en el momento del parto. Por lo siguiente: La Clínica no cumplió con la garantía implícita que tiene el servicio de atención médica en el parto natural, el cual es que en el parto la paciente sea atendida conforme a los protocolos médicos. Ello no ocurrió debido a que se halló una gasa luego del sangrado ocasionado por la hipotonía uterina con retención placentaria.
2. La Clínica Internacional es quien estaba en la mejor posición de probar el rompimiento del nexo causal. Ella es quien tenía la siguiente información: los documentos médicos firmados por la paciente, el informe médico en que se detallaba lo ocurrido en el servicio de parto natural brindado. Además, contaba con los profesionales: médicos, técnicos en medicina y enfermeras, los cuales sabían todo lo referente a las implicancias médicas del parto ocurrido. No obstante, lo indicado, la Clínica no probó que ella no tuvo

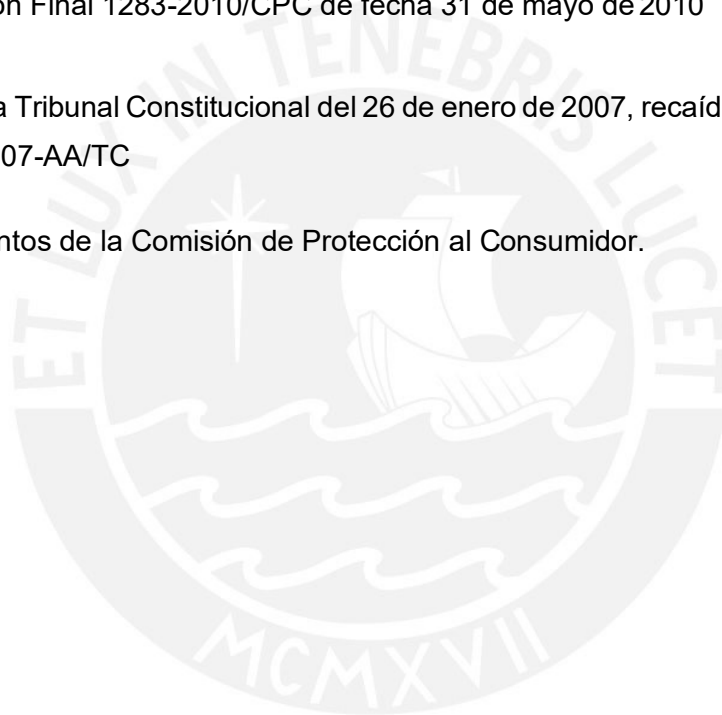
responsabilidad en dejar la gasa en el cuello uterino, solo adujo que no uso gasa. Así mismo, la Clínica no demostró por qué no uso gasa en el servicio de parto natural, las cuales son usadas conforme a la literatura médica y guías técnicas de medicina en casos de sangrado por atonía uterina y retención placentaria.

3. Cualquier contestación de reclamo por parte de los proveedores debe ser fehaciente. El reclamo realizado por la Sra. Álvarez no fue contestado oportunamente de conformidad con el artículo 24 del Código, sino 3 meses después.
4. La medida correctiva reparadora aplicada a la Clínica a través de la liquidación de gastos sí cumplía con el objetivo de revertir los gastos ocasionados por la Sra. Álvarez para su recuperación por el servicio no idóneo brindado por la Clínica.
5. La graduación de la sanción a la Clínica si uso los criterios adecuados de conformidad con el artículo 112 del Código. No obstante, no se usó una formula o cuadro que indique un monto aproximado razonable de sanción ante la infracción del deber de idoneidad.

BIBLIOGRAFÍA:

- Constitución Política del Perú de 1993, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 1993.
- Ley N.º 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor de 2010, publicado en el diario oficial El Peruano el 02 de setiembre de 2010.
- Código Procesal Civil, publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de abril de 1993.
- Durand Carrión Julio Baltazar. Tratado de derecho del consumidor en el Perú. Lima. Universidad de San Martín de Porres. Facultad de Derecho.2007
- Rodríguez García Gustavo, “El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección del consumidor” THÉMIS-Revista de Derecho. número 65. 2014.
- Durand Carrión Julio Baltazar, “Nuevos Criterios Resolutivos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Indecopi, una Nueva Mirada de la Dimensión Real del Mercado y los Consumidores en el Perú” Derecho y Sociedad. Asociación Civil. Lima. Número 41. 2013.
- Carranza Álvarez Cesar, “El deber de idoneidad y los mecanismos de solución del proveedor” Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 183. 2013.
- Rivera Mendoza Jorge, “Carga Dinámica de la Prueba desde un punto de vista Epistemológico. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

- Chang Tokushima Juan Santiago, “¡Compre ahora!... ¿Pruebe después?: la carga de la prueba dentro de los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor”. *Ius et veritas* -- No. 44 (Jul. 2012).p. 204
- Resolución N°085-96-TDC-INDECOPI, de fecha 13 de noviembre de 1996
- Resolución N° 2221-2012/SC2-INDECOPI, 19 de julio de 2012
- Resolución 1008-2013 /SPC-INDECOPI, de fecha 25 de abril de 2013
- Resolución Final 1283-2010/CPC de fecha 31 de mayo de 2010
- Sentencia Tribunal Constitucional del 26 de enero de 2007, recaída en el Expediente 01776-2007-AA/TC
- Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor.



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR •
SEDE LIMA SUR N° 1

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : MARTA ÁNGELA ÁLVAREZ VEGA

DENUNCIADA : CLÍNICA INTERNACIONAL S.A.

MATERIAS : IDONEIDAD DEL SERVICIO
SERVICIOS MÉDICOS

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE HOSPITALES

SUMILLA: *Se confirma la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra Clínica Internacional S.A., por infracción de los artículos 18°, 19° y 67°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que dejó una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante.*

Asimismo, se confirma la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra Clínica Internacional S.A., por infracción del artículo 24° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que no atendió oportunamente los reclamos formulados por la denunciante.

SANCIONES:

40 UIT • Por dejar una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante
0,61 UIT • Por no haber atendido oportunamente los reclamos formulados por la denunciante

Lima, 11 de noviembre de 2014

ANTECEDENTES

1. El 10 de junio de 2013, la señora Marta Ángela Álvarez Vega (en adelante, la señora Álvarez) denunció a Clínica Internacional S.A.¹ (en adelante, la Clínica), por infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor² (en adelante, el Código).
2. La señora Álvarez denunció que personal de la Clínica dejó una gasa en el interior de su cuerpo durante la atención médica brindada al parto natural de

¹ RUC 20100054184. Domicilio Fiscal: Jirón Washington 1471, Distrito, Provincia y Departamento de Lima.

² Publicado el 2 de setiembre de 2010 en el diario oficial *El Peruano*. Entró en vigencia a los 30 días calendario.

su menor hijo, ocurrido el 27 de febrero de 2013, lo que le originó un cuadro infeccioso, escalofríos, dolor abdominal, secreción amarillenta y otros malestares. Precisó que dicha negligencia fue detectada el 22 de marzo de 2013, en el Instituto Médico de la Mujer (en adelante, el IMM). Asimismo, la denunciante indicó que la denunciada no cumplió con atender oportunamente los reclamos que formuló los días 7 de marzo y 3 de mayo de 2013. Finalmente, a efectos de acreditar sus afirmaciones, presentó copias de:

(i) sus historias clínicas correspondientes a las atenciones médicas brindadas en la Clínica y en el IMM; (ii) un informe médico; y, (iii) hojas del libro de reclamaciones de la denunciada³.

3. En sus descargos, la Clínica señaló lo siguiente:

- (i) No era cierto que se hubiese dejado una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante, pues, según lo declarado por el médico que la atendió, el señor Víctor Salazar Alarcón (en adelante, el doctor Salazar), no se utilizó dicho material durante el parto. Asimismo, debía tenerse en cuenta que en la atención post-parto brindada en su institución el 4 de marzo de 2013, no se detectó la presencia de una gasa, ni la paciente manifestó algún tipo de molestia, notándose únicamente un ligero mal olor en el sangrado que tenía, el mismo que era leve;
- (ii) si bien la denunciante refirió que en la atención que recibió el 5 de marzo de 2013 en el IMM no se encontró la gasa, toda vez que no pudo someterse a un examen a profundidad debido al dolor que padecía por la *episiotomía*⁴ realizada para efectos del parto, el hecho que el médico le haya recetado un antibiótico daría cuenta de lo contrario, es decir, de que sí había sido sometida a algún examen, en el que el médico no encontró gasa alguna;
- (iii) es recién en la atención del 22 de marzo de 2013 brindada en el IMM, es decir, aproximadamente (1) mes después del parto, que supuestamente se encontró la gasa en su cuello uterino; no obstante, nada indicaba que dicha gasa había sido dejada durante la atención en su institución, más aún considerando que entre las fechas del parto y

³ Cabe indicar que, la señora Álvarez también denunció que le fracturaron una costilla durante el parto y que personal de la Clínica consignó información errada en su historia clínica. Dichos extremos de la denuncia fueron declarados infundados por la Comisión, el mismo que al no haber sido materia de impugnación alguna, quedaron consentidos en primera instancia.

⁴ Una episiotomía "es una cirugía menor que ensancha la abertura de la vagina durante el parto. Es un corte en el perineo (la piel y los músculos entre la abertura vaginal y el ano)". Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/patientinstructions/000482.htm>

- del hallazgo de la gasa, habían transcurrido varios días y en ese lapso la señora Álvarez había recurrido a otros establecimientos de salud;
- (iv) la denunciante no presentó los resultados de un examen anatomopatológico efectuado a la supuesta gasa encontrada, que diera cuenta del tiempo en que se halló dicho material en su cuerpo, de allí que no existía certeza de que esta fue dejada por su personal; y,
 - (v) no atendió los reclamos de la señora Álvarez dentro del plazo de treinta (30) días calendario, toda vez que para ello previamente debía realizarse una auditoría interna.
4. Mediante Resolución 314•2014/CC1 del 25 de marzo de 2014, la Comisión de Protección al Consumidor • Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Comisión), emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Clínica, por infracción de los artículos 18°, 19° y 67°.1 del Código, al haberse acreditado que dejó una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante;
 - (ii) declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Clínica, por infracción del artículo 24° del Código, toda vez que no atendió oportunamente los reclamos formulados por la denunciante;
 - (iii) ordenó como medida correctiva que, en un plazo no mayor de cinco (5) días contados a partir de la presentación por parte de la denunciante de una liquidación debidamente sustentada, la Clínica cumpla con reembolsar a la señora Álvarez los gastos en los que incurrió por las atenciones y tratamientos médicos que requirió hasta recuperar su salud;
 - (iv) sancionó a la Clínica con una multa de 40 UIT por haber dejado una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante y con una multa de 0,61 UIT por no haber atendido oportunamente los reclamos formulados por la denunciante;
 - (v) ordenó a la Clínica que, en un plazo no mayor de cinco (5) días de notificada la resolución, cumpla con reembolsar a la señora Álvarez la suma de S/. 36,00 pagada por concepto de tasa por la interposición de la denuncia;
 - (vi) ordenó a la denunciada que cumpla con el pago de las costas y costos del procedimiento, previa presentación por parte de la denunciante de una solicitud de liquidación de dichos conceptos; y,
 - (vii) dispuso la inscripción de la Clínica en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, una vez que la resolución fuera declarada firme.

5. El 8 de abril de 2014, la Clínica apeló la Resolución 314•2014/CC1 reiterando lo expuesto en sus descargos. Agregó que:
- (i) La Comisión presumió sin sustento alguno que la gasa encontrada en el interior del cuerpo de la señora Álvarez había sido dejada por su personal al momento de atender el parto natural de la paciente, pues de ningún medio probatorio que obraba en el expediente se desprendía ello, pese a que era carga de la denunciante acreditarlo, más aún si dicho material no había sido utilizado durante dicho procedimiento médico;
 - (ii) la Comisión señaló que antes de la atención médica en el IMM donde se encontró la gasa, la denunciante había sido atendida únicamente en la Clínica, sin considerar que habían veintitrés (23) días de diferencia en los cuales pudo haber acudido a otros centros de salud y haber sido atendida por otros médicos. Exigir a su institución que acredite lo contrario, constituía una *prueba diabólica*, puesto que era imposible que consultara en todos los hospitales y consultorios privados si habían brindado alguna atención a la denunciante;
 - (iii) asumió que con las coordinaciones realizadas por su personal con la consumidora, los reclamos de esta última estaban siendo atendidos;
 - (iv) si bien la ley otorgaba un plazo de treinta (30) días calendario para contestar los reclamos, debían considerarse las razones por las cuales no resultaba posible cumplir con dicha obligación, por la naturaleza del reclamo y la cantidad de personas involucradas en el proceso de respuesta;
 - (v) la medida correctiva ordenada carecía de sustento, pues no se encontraba acreditado que la gasa hubiese sido dejada por su personal en el interior del cuerpo de la denunciante, ni las supuestas complicaciones en su salud como consecuencia de ello;
 - (vi) la medida correctiva ordenada era sumamente amplia, dado que no precisaba las atenciones y tratamientos médicos que debían ser reembolsados, facilitando que la denunciante se extralimitara en su solicitud;
 - (vii) no se le otorgó la posibilidad de cuestionar la liquidación de gastos a ser presentada por la denunciante por concepto de medida correctiva;
 - (viii) en ningún momento obtuvo un ahorro como consecuencia de la falta de implementación de mecanismos o procedimientos necesarios para evitar que durante la realización de un procedimiento médico se cometan negligencias, como dejar una gasa en el interior del cuerpo de un paciente, toda vez que no se encontraba acreditado que incurrió en dicho supuesto de hecho;

- (ix) la multa de 40 UIT era desproporcionada, pues no se consideró que su conducta a lo largo del procedimiento fue la adecuada y no se verificó que se había impuesto la misma cuantía en un caso de mayor gravedad, como el de una inadecuada atención postoperatoria del muñón de la pierna de una paciente que tuvo como consecuencia que se le tuviera que reamputar la pierna; y,
- (x) al no haber incurrido en conducta infractora alguna, no correspondía que se le ordene el pago de las costas del procedimiento.

ANÁLISIS

La idoneidad del servicio

6. El artículo 18° del Código⁵ define a la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a la naturaleza de los mismos, las condiciones acordadas y a la normatividad que rige su prestación. Asimismo, el artículo 19° del Código⁶ establece la responsabilidad de los proveedores por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado.
7. El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a éste la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor, corresponde al proveedor acreditar que éste no le es imputable.

⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 18°.** **Idoneidad.** Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19°.** **Obligación de los proveedores.** El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

8. Como puede apreciarse, el Código establece reglas probatorias, en virtud de las cuales primero deberá acreditarse la existencia de un defecto en el producto adquirido o servicio contratado, carga probatoria que recae en el consumidor afectado, siendo que una vez superada esa valla, corresponde al proveedor acreditar que dicho defecto no le es imputable.
9. Por otra parte, el artículo 67°.1 del Código⁷ establece que el proveedor de productos o servicios de salud tiene la obligación de proteger la salud del consumidor, conforme a la normativa sobre la materia.
10. En el presente caso, la señora Álvarez denunció que personal de la Clínica dejó una gasa en el interior de su cuerpo, durante la atención médica brindada al parto natural de su menor hijo producido el 27 de febrero de 2013, lo que le originó un cuadro infeccioso, escalofríos, dolor abdominal, secreción amarillenta y otros malestares. Precisó que dicha negligencia recién fue detectada el 22 de marzo de 2013, en el IMM.
11. Cabe indicar que no constituye hecho controvertido que la señora Álvarez fue atendida en la Clínica para el alumbramiento de su hijo, ocurrido el 27 de febrero de 2013. Asimismo, obra en el expediente copia de la historia clínica de la denunciante correspondiente a la atención médica brindada en el IMM⁸, de la cual se desprende que el 22 de marzo de 2013, se encontró una gasa en el canal vaginal de la paciente:

“CONSULTA

(...)

Canal vaginal con gasa con contenido fétido. ubicada en mitad superior en contacto con cérvix. Retiro gasa.

Dx: 1. Vaginitis severa + cervicitis

2. Miomatosis uterina

3. Cuerpo extraño en canal vaginal

4. Desgarro cervical

5. Anemia moderada

6. Puérpera tardía

(...)” (Resaltado y subrayado añadido).

⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 67°.• Protección de la salud.

67.1 El proveedor de productos o servicios de salud está en la obligación de proteger la salud del consumidor, conforme a la normativa sobre la materia.

(...)

⁸ En la foja 88 del expediente.

12. A ello debe agregarse que, en el informe emitido por el médico que brindó atención a la denunciante en el IMM, declara que *“se le retiró cuerpo extraño de vagina (gasa) y se le indicó tratamiento antibiótico de amplio espectro y multivitamínicos, sugiriéndole descanso médico por 10 días (...)”*⁹. De lo anterior, se desprende la existencia de una relación de causalidad entre la gasa encontrada en el canal vaginal de la señora Álvarez y los diagnósticos de *vaginitis severa*¹⁰, *cervicitis*¹¹, *miomatosis uterina*¹², *anemia moderada*¹³, entre otros, los mismos que motivaron la prescripción de antibióticos y multivitamínicos, así como la indicación de un descanso médico.
13. Ahora bien, de la lectura de los alegatos vertidos por la Clínica durante la tramitación del procedimiento, se concluye que su defensa se encuentra orientada a desvirtuar que el olvido de la gasa en el canal vaginal de la denunciante se produjo durante la atención médica en su establecimiento de salud.
14. En efecto, los argumentos de la denunciada fueron los siguientes: (i) no se utilizó ninguna gasa durante el procedimiento de parto de la denunciante, según lo declarado por el médico que la atendió, el doctor Salazar; (ii) no se detectó la presencia de una gasa en ninguna de las atenciones médicas brindadas el 4 de marzo de 2013 en su institución y el 5 de marzo de 2013 en el IMM, pese a que en ambos casos fue revisada por los médicos que la atendieron e incluso se le recetó un antibiótico en la segunda de las atenciones mencionadas; (iii) el hallazgo de la gasa ocurrió en la atención del 22 de marzo de 2013 desarrollada en el IMM, esto es, aproximadamente (1) mes después del parto ocurrido el 27 de febrero de 2013, siendo que en dicho lapso de tiempo la señora Álvarez había recurrido a otros

⁹ En la foja 82 del expediente.

¹⁰ *“Es una inflamación o infección de la vulva y la vagina que también se puede denominar vulvovaginitis”*. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/patientinstructions/000566.htm>

¹¹ *“Es una hinchazón (inflamación) del extremo del útero (cuello uterino)”*. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001495.htm>

¹² Los miomas uterinos son *“tumores no cancerosos (benignos) que crecen en el útero (matriz)”*. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000914.htm>

¹³ La anemia es una *“afección en la cual el cuerpo no tiene suficientes glóbulos rojos sanos. Los glóbulos rojos le suministran el oxígeno a los tejidos corporales”*. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000560.htm>

establecimientos de salud y había sido atendida por otros médicos; y, (iv) la denunciante no presentó los resultados de un examen anatomopatológico efectuado a la supuesta gasa encontrada, que diera cuenta del tiempo en que se halló dicho material en su cuerpo.

15. De la revisión de la declaración jurada efectuada por el doctor Salazar no se aprecia que hubiese afirmado que no se utilizaron gasas en el procedimiento de parto de la denunciante¹⁴. Al respecto, esta Sala ha verificado que las gasas son insumos médicos clasificados por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas • DIGEMID como de uso general, es decir, su uso no es exclusivo para una especialidad o procedimiento médico, lo cual ocurre también con las agujas, vendas, esterilizantes, entre otros¹⁵.
16. A ello debe agregarse que la propia denunciada reconoció que el 27 de febrero de 2013, fecha del parto, la señora Álvarez sufrió un cuadro de *hipotonía¹⁶ uterina con una retención placentaria* —lo cual se desprende también de su historia clínica¹⁷— y sobre ello el doctor Salazar declaró que “*el alumbramiento demoró algo más del promedio normal (10 a 12 minutos), por causas que la placenta aún no se desprendía en su totalidad, por lo que cuando se produce esa demora suele acompañarse de un volumen de sangre algo mayor al normal*”¹⁸ (sic). De allí que se genera certeza en esta Sala de que la denunciante presentó una hemorragia postparto, la cual, conforme a literatura médica especializada, puede ser causada por una *atonía¹⁹ uterina* (sinónimo de *hipotonía uterina*) o una retención de la placenta por encima del tiempo considerado adecuado en términos médicos²⁰, ante lo

¹⁴ En las fojas 153 a 155 del expediente.

¹⁵ Información obtenida de la página web oficial de la DIGEMID: <http://www.digemid.minsa.gob.pe/upload/uploaded/pdf/clasificacionimmequipo.pdf>

¹⁶ Hipotonía “*significa disminución del tono muscular*”. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003298.htm>.

¹⁷ En la foja 134 y 252 del expediente.

¹⁸ En la foja 154 del expediente.

¹⁹ “*Falta de tono y de vigor, o debilidad de los tejidos orgánicos, particularmente de los contráctiles*. En la versión online de la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, cuyo texto puede consultarse en: <http://lema.rae.es/drae/?val=aton%C3%ADa>

²⁰ **H. KARLSSON, C. PÉREZ SANZ.** *Hemorragia postparto*. En: Anales del Sistema Sanitario de Navarra. Versión on line en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1137-66272009000200014&script=sci_arttext

cual los protocolos médicos contemplan al “*taponamiento uterino con gasas*”, como uno de los mecanismos para combatirla²¹.

17. En tal sentido, corresponde desestimar el alegato de la Clínica referido a que no se habrían utilizado gasas en el procedimiento de parto de la denunciante (ver *supra*, numeral 14 acápite i), puesto que se ha verificado que las gasas categorizan como insumos médicos de uso general y, más aún, que pueden ser utilizadas en el tratamiento de una hemorragia post-parto ocasionada por un cuadro de *hipotonía uterina con una retención placentaria*, eventos que se presentaron en la denunciante, sin que la denunciada haya acreditado que siguió un procedimiento distinto al “*taponamiento uterino con gasas*” ante el cuadro que presentó la señora Álvarez durante el parto.
18. Por lo anterior, esta Sala considera que existen elementos suficientes para concluir que fue por un descuido imputable al personal de la Clínica, que se dejó una gasa en el canal vaginal de la señora Álvarez, teniendo en cuenta también la ausencia de indicios de que, con posterioridad a la atención médica brindada en la Clínica, se efectuaron en la denunciante procedimientos *invasivos*²² en el interior de su canal vaginal, pues se aprecia que se sometió únicamente a procedimientos *no invasivos*²³, de allí que resulta improbable que en dichas atenciones se hubiera dejado una gasa en el interior de su canal vaginal.
19. En este punto, corresponde desestimar el alegato de la Clínica destinado a desvirtuar su responsabilidad señalando que no se había detectado la presencia de una gasa en ninguna de las atenciones médicas brindadas el 4 de marzo de 2013 en su institución y el 5 de marzo de 2013 en el IMM (ver

²¹ **GUTIÉRREZ, Gizela.** *Protocolo Manejo para las Hemorragias Postparto para la E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo, Colombia.* Versión on line en: http://www.maternidadrafaelcalvo.gov.co/protocolos/PROTOCOLO_HEMORRAGIA_POST_PARTO.pdf

WASH, Alex y otros. *Hemorragia Postparto: Embolización Terapéutica.* En: Revista Médica de la Clínica Los Condes, volumen 21, número 3, mayo de 2010. Versión on line en: http://www.clc.cl/Dev_CLC/media/Imagenes/PDF%20revista%20m%C3%A9dica/2010/3%20mayo/19_Hemorragia_Wash-19.pdf

²² Un procedimiento médico invasivo “*es aquel en el cual el cuerpo es “invadido” o penetrado con una aguja, una sonda, un dispositivo o un endoscopio*”. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002384.htm>

²³ Un procedimiento médico no invasivo “*no involucran instrumentos que rompen la piel o que penetran físicamente en el cuerpo. Los ejemplos abarcan: las radiografías, un examen oftalmológico estándar, una tomografía computarizada, una resonancia magnética, un monitor Holter y un ECG*”. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.U.U.: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002269.htm>

supra, numeral 14 acápite ii); pues no se encuentra acreditado que los médicos que atendieron a la señora Álvarez efectuaron una revisión del interior de su canal vaginal, en consecuencia, tampoco existen indicios de que la prescripción de un antibiótico el 5 de marzo de 2013, se realizó en el contexto de una revisión de ese tipo.

20. En efecto, las anotaciones efectuadas por el doctor Salazar en la historia clínica de la denunciante, con motivo de la atención médica del 4 de marzo de 2013 en la Clínica²⁴, no dan cuenta de que efectuó un examen con un *espéculo vaginal*²⁵, contrariamente a lo afirmado en su declaración jurada²⁶. Asimismo, de las anotaciones efectuadas por el médico que atendió a la denunciante el 5 de marzo de 2013 en el IMM, se desprende que no pudo realizar el mencionado examen (*especuloscopia*), debido al dolor que la paciente padecía por la *episiotomía* que le habían realizado. En tal sentido, en ninguna de esas ocasiones podrían haber evidenciado un cuerpo extraño en el canal vaginal de la paciente.
21. Si bien el hallazgo de la gasa ocurrió aproximadamente un (1) mes después del parto y la denunciante no presentó los resultados de un examen anatomopatológico efectuado a la gasa que diera cuenta del tiempo en que se encontró dicho material en su cuerpo (ver *supra*, numeral 14 acápite iii y iv); esta Sala considera que tales circunstancias no resultan suficientes para generar dudas respecto del lugar o la atención médica donde se dejó la gasa, pues los elementos de juicio encontrados en el presente caso, expuestos en anteriores acápites, resultan lo suficientemente convincentes de que ello ocurrió durante la atención en la Clínica.
22. En su apelación, la Clínica señaló que exigirle acreditar que la denunciante no había sido únicamente atendida en su institución, constituía una *prueba diabólica*, puesto que era imposible que consultara, en todos los hospitales y consultorios privados, si habían brindado atención a la denunciante.
23. Al respecto, cabe indicar que, más allá de acreditar que la denunciante hubiese sido atendida en otros establecimientos de salud donde podría haberse producido el incidente con la gasa, lo que la Clínica debía acreditar, a efectos de deslindar su responsabilidad, era que dicha gasa no había sido

²⁴ En la foja 211 del expediente.

²⁵ Instrumento que "permite al médico o al personal de enfermería observar el interior de la vagina y el cuello uterino". Información obtenida de la página web de University of Maryland Medical Center: <http://umm.edu/health/medical/spanishency/articles/citologia-vaginal>

²⁶ En la foja 154 del expediente.

dejada por su personal o que ello se produjo por una causa que no le era imputable, encontrándose en dicha posibilidad valiéndose de cualquier medio probatorio, como por ejemplo, la historia clínica de la señora Álvarez, en la medida que es un documento que le permite al proveedor de servicios médicos liberarse de responsabilidad ante una denuncia por falta idoneidad en los servicios que brinda pues, como mínimo, la revisión de la historia clínica debe permitir reconstruir la atención médica brindada al paciente²⁷.

24. A ello debe agregarse que la comprobación de un hecho negativo —como la no atención establecimientos de salud distintos de la Clínica y del IMM— no era factible para la señora Álvarez, toda vez que era la Clínica, en su condición de proveedor del servicio, quién debía acreditar que en el procedimiento médico que se realizó en su establecimiento no se dejó olvidado en el interior del cuerpo de la paciente alguno de los insumos médicos utilizados; ello, en atención a la ventaja que posee en cuanto al manejo de información y de medios para acreditar su falta de responsabilidad.
25. Debe tenerse en cuenta que existen situaciones excepcionales en las que no es posible para el consumidor acreditar la existencia del defecto alegado en el bien o servicio contratado, atendiendo a circunstancias particulares que pueden presentarse durante la ejecución del acto de consumo y que deben ser apreciadas por la autoridad administrativa caso por caso. En tales supuestos, es un imperativo flexibilizar la regla de la carga de la prueba, a fin de asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, de modo que dicha carga recaiga en aquél sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla²⁸.
26. El tratamiento de la carga de la prueba bajo ese criterio ha sido desarrollado a través de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o *favor probationis*, mediante la cual se flexibiliza la carga de la prueba, trasladándola a quien

²⁷ En efecto, de acuerdo con el médico legista Hugo Rodríguez Almada, citado por el Dr. Juan Luis Avendaño: “el valor probatorio de la historia clínica radica en el momento en el que ha sido confeccionada. Por eso, en la mayoría de los casos la existencia de una historia clínica bien confeccionada servirá para descartar la pretendida malpraxis.”

AVENDAÑO, Juan Luis. *La prueba difícil: culpa médica* en: Libro Homenaje a Jorge Avendaño. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pág.903.

²⁸ Ver Resolución 2291•2012/SC2•INDECOPI del 23 de julio de 2012.

posee mayores posibilidades de producirla. La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene como base los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria. El principio de solidaridad establece que la carga de la prueba debe recaer sobre quien está en mejores condiciones de suministrarla; y, el principio de colaboración dispone que corresponde a ambas partes del conflicto producir las pruebas que estén en su poder o deban estarlo²⁹.

27. En el Perú, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la carga probatoria dinámica mediante Sentencia del 26 de enero de 2007, recaída en el Expediente 01776•2007•AA/TC, señalando que *“si bien la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, la misma implica el planteamiento de nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”*³⁰.
28. A mayor abundamiento, la inversión de la carga probatoria resulta sumamente importante en el contexto de un caso que involucra la determinación de la responsabilidad por un producto o servicio que generó daños a la salud, pues son los proveedores los que están en mejores condiciones de aportar los medios probatorios pertinentes para evitar ser considerados responsables. En efecto, los consumidores no se encuentran en posición de aportar medios probatorios que determinen la causalidad de los daños ocurridos como consecuencia de una mala praxis médica, en tanto se encuentran en una situación de asimetría informativa frente a los proveedores que poseen la información técnica y profesional propias de su desempeño profesional.

²⁹ Esborraz, Saieg y Hernández señalan al respecto: *“En esta línea evolutiva, sustentada en una visión solidarista del proceso, encontramos la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” según la cuál, independientemente de la posición que ocupen las partes litigantes, la distribución de la carga probatoria recaerá en cabeza del actor o del demandado según fuere las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, todo lo cual da cuenta de un criterio elástico, no atado a preconceptos.”*

Cita extraída del artículo de Alfredo Bullard, *“Cuando las Cosas Hablan: El “res ipsa loquitur” y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil”* del libro de: **ESBORRAZ, David, Mónica SAEIG y Carlos HERNÁNDEZ.** *“El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría General del Contrato”*. En: Procedimiento Probatorio. Ed. Jurídica Panamericana. Santa Fe, 1998. P.97.

³⁰ En la misma Sentencia, el Tribunal Constitucional señala que: *“La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo.”*

29. En tanto, conforme a la motivación desarrollada precedentemente, se encuentra acreditado un defecto en el servicio brindado por la Clínica, dado que un consumidor no espera que durante un procedimiento médico se deje olvidado en el interior de su cuerpo alguno de los insumos médicos utilizados; corresponde analizar si, en concordancia con lo establecido en el artículo 104° del Código³¹, la denunciada debe ser exonerada de responsabilidad por haber acreditado una causa objetiva, justificada y no previsible que configure la ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o la imprudencia del propio consumidor afectado.
30. Con respecto al olvido de cuerpos extraños, como gasas, en el interior del cuerpo del paciente, se ha encontrado diversos artículos y guías prácticas que tratan dicho evento como uno que puede presentarse durante los procedimientos médicos, motivo por el cual existen recomendaciones a fin de evitar que ello se produzca:

“(…)

RECOMENDACIONES:

- *Se recomienda el uso de compresas que puedan ser detectadas con rayos X.*
- *Se recomienda el uso de compresas desechables, por lo menos para las intervenciones quirúrgicas en que éstas tengan contacto con sangre y fluidos corporales.*
- *Se recomienda el uso de una hoja de control interno por cada paciente, que indique el nombre, número de historia clínica, hora de inicio y término de la cirugía, equipo quirúrgico, cirugía realizada, insumos usados, conteo de agujas, compresas, gasas, etc.*
- *Las compresas se contarán siempre que exista la posibilidad que una compresa pueda quedar inadvertidamente dentro del paciente, como por ejemplo: cirugía abdominal abierta, cirugía en politraumatizados, artroplastia de cadera, etc.*

³¹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 104°.• **Responsabilidad administrativa del proveedor.** El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18°.

- *Debe existir un registro de aquellas cirugías en las cuales se debe realizar siempre el conteo de las compresas y aquellas cirugías en las cuales no es necesario hacerlo.*
 - *Las torundas, cotonos, gasas, se deben contar siempre en todas las cirugías en las cuales se hayan usado.*
 - *Agujas, hojas de bisturí y material misceláneo se contarán en todas las cirugías.*
 - *Los centros asistenciales que todavía usan agujas en forma individual se deben manejar en forma de sobres, cartillas o carpetas en número fijo, por ejemplo de 5 ó 10 unidades.*
 - *No debe salir de la sala quirúrgica ningún instrumento ni compresa u otros mientras no finalice el procedimiento quirúrgico correspondiente.*
 - *El conteo de compresas, agujas y misceláneos siempre debe ser realizado de la misma forma. Un procedimiento estandarizado, siguiendo la misma secuencia, ayuda en ser acucioso, eficiente y permite una continuidad entre los miembros del equipo. Estudios de error humano tienen relación con la desviación de las prácticas rutinarias.*
 - *Los miembros del equipo quirúrgico deben estar atentos para identificar cualquier material que se haya roto o se haya separado dentro del campo quirúrgico. Esto puede suceder durante la realización de una cirugía abierta o cirugía mínimamente invasiva. La verificación de que se encuentren todas las partes rotas previene dejar objetos extraños dentro del paciente.*
 - *Debe existir una norma por escrito que indique cuando sea necesario contabilizar el instrumental usado durante los procedimientos en los cuales existe este riesgo.*
 - *Los sets de instrumentos deben estar estandarizados sólo con lo necesario para el procedimiento. Aquellos instrumentos que no se usan de rutina, deben ser sacado de los sets, esto facilita contarlos.*
 - *Deben existir hojas pre-escritas para el conteo. El circulante registrará sólo el material que ha sido entregado para el procedimiento. Los instrumentos entregados en forma separada deben ser agregados manualmente a los sets entregados y anotados como instrumental individual.*
 - *Si debido a las condiciones del paciente no pudo realizarse el conteo de "objetos extraños", esto debe quedar documentado, junto con las razones que hubo para ello.*
- (...)³²

³² **SOCIEDAD CHILENA DE ENFERMERAS DE PABELLONES QUIRÚRGICOS Y ESTERILIZACIÓN.**
Recomendaciones para la práctica con el fin de "evitar la retención de cuerpos extraños durante el procedimiento quirúrgico". Versión on line en:
<http://colegiodeenfermeras.cl/wp-content/uploads/EVITAR-LA-RETENCION-CUERPOS-EXTRANOS.pdf>

“(…)

Recomendaciones de la AORN (Association of Perioperative Registered Nurses)

1. Medidas Generales
2. Exploración de la cavidad antes del cierre
3. Recuento de compresas y material
4. Radiología

1. Medidas Generales

Sólo se debe usar material radiovisible.

No se deben cortar gasas ni compresas.

Toda compresa o gasa contada debe permanecer siempre dentro del pabellón.

No retirar compreseros del pabellón hasta terminada la cirugía.

No usar gasas que sean radiovisibles en la curación final ni en otros lugares del establecimiento. Esto debido a:

- Puede existir algún error radiológico si es necesario tomar radiografías en el postoperatorio.
- Invalida conteos posteriores si el paciente vuelve a pabellón por reoperación.

Gasas o compresas dejadas intencionalmente (packing), deben documentarse.

2. Exploración de la cavidad antes del cierre

Las cifras revelan que el confiar a ciegas exclusivamente en el recuento final es un error. Por esta razón que la inspección directa de la cavidad es un acto irremplazable.

3. Recuento de compresas, gasas e instrumental

Se debe realizar siempre. Si existe alguna situación en que no se realice por emergencia vital, etc., debe quedar documentada su razón en el protocolo operatorio.

Se debe incluir el recuento del instrumental, es decir, agujas, bisturí, pinzas, etc. El número y tipo de agujas debe coincidir con los paquetes de sutura abiertos. Se debe tener mucha precaución con el quiebre o separación de las partes del instrumental como pinzas laparoscópicas, entre otras.

El conteo de una caja hecho en esterilización no es el conteo inicial basal.

El recuento debe incluir todas las piezas ensambladas en el instrumental; todo tornillo tiene derecho a quedar en una cavidad.

¿Cuándo se realiza el recuento?

- Antes del inicio del procedimiento. Es el verdadero recuento basal. Debe escribirse en pizarra.

Un paquete con número incorrecto de compresas debe sacarse del campo, aislarlo y rotularlo.

- Antes del cierre de la cavidad.
- Antes del inicio del cierre de la piel.

• *Al relevo de personal. Se debe hacer un recuento completo antes de asumir una responsabilidad legal. No basta con que le digan al entrar, sino que debe contar personalmente.*

¿Cómo se realiza el recuento?

- *Se deben separar las compresas*
- *Conteo audible y visible por a lo menos 2 personas (una cuenta y otra registra).*
- *Las compresas se van colocando en bolsillos*
- *Se debe seguir una secuencia lógica en el conteo, de más grande a más chico, de más lejos a más cerca, etc. "Todo error humano se debe a algún tipo de desviación de la práctica rutinaria".*
- *La arsenalera debe solicitar el recuento a la pabellonera y corroborarlo con el recuento hecho por ella misma en la mesa.*

El resultado de un recuento debe quedar impreso en el protocolo quirúrgico o ficha clínica, describiendo las siguientes características:

- *Tipo de conteo: compresas, gasas, cortantes, instrumental, etc.*
- *Número de conteos: 1, 2 ó 3.*
- *Título y nombre de las personas que realizaron el conteo.*
- *Resultado del conteo: correcto o discrepante.*
- *Instrumental o compresas intencionalmente dejadas en la cavidad.*
- *Acciones tomadas ante un recuento discrepante.*
- *Justificación por omitir realizar un conteo (emergencia)*

Discrepancia en el recuento

Ante un recuento discrepante se deben tomar las siguientes medidas:

- *Reportar inmediatamente al cirujano*
- *Revisión manual y visual de la cavidad.*
- *Inspección visual alrededor del área quirúrgica, es decir, pies, piso, basureros, etc.*
- *Radiología*
- *Documentación en la ficha clínica de todas las medidas tomadas para demostrar que se hizo todo lo reconocido para proteger la seguridad del paciente.*
- *Reporte del evento a la Unidad de Gestión de Eventos Adversos y así seguir con la investigación crítica.*
- *Tomar medidas de mayor vigilancia y alerta del paciente ya que tiene alto riesgo de presentar síntomas o signos sugerentes de cuerpo extraño.*

Se debe protocolizar en una Guía de Práctica Clínica la estandarización del recuento y normas a seguir ante un recuento discrepante.

4. Radiología

La radiología es otra de las herramientas con que se cuenta para minimizar el riesgo de abandonar un cuerpo extraño. Algunos proponen la radioscopia rutinaria y otros, selectiva en algunos casos, como:

- *Imposibilidad de recuento*
- *Conteo discrepante*

• *Screening en pacientes de alto riesgo (obesos, urgencia, etc.)*

Se describen falsos negativos de la radioscopia, que puede llegar hasta un 10%.

Algunos estudios han demostrado mayor seguridad cuando es interpretado por radiólogo.

Agujas menores a 17 mm tienen altos falsos negativos.

El costo/efectividad de realizar screening radiológico en pacientes de alto riesgo, es decir selectivo, se justifica si el costo de la radioscopia es menor a U\$100. Serían necesarias 300 radioscopias para detectar 1 cuerpo extraño retenido.

Se están estudiando otros sistemas de detección, como el uso de lectores de códigos de barras, pero sólo en etapa experimental.

(...)³³

31. Considerando lo anterior, esta Sala aprecia que el olvido de una gasa en el interior del canal vaginal de la señora Álvarez, no era imprevisible para la denunciada, ni ajeno a su ámbito de control, resultando un riesgo típico del servicio médico prestado, siendo que la Clínica no ha acreditado la existencia de una causa que la exonere de responsabilidad administrativa en el presente procedimiento.
32. Finalmente, consideramos pertinente indicar que lo ocurrido con la señora Álvarez en la Clínica, evidencia que no se tuvo en cuenta lo establecido en la “Guía Técnica de Implementación de la Lista de Verificación de la Seguridad de la Cirugía” —aprobada por Resolución Ministerial 1021•2010/MINSA del 30 de diciembre de 2010, aplicable a los establecimientos de salud públicos y privados— en tanto que, la utilización de cuerpos extraños en el procedimiento de parto de la denunciante (gasas), implicaba la realización de un recuento de estos y su registro en un formato, medidas que resultaban razonables a efectos de garantizar la seguridad del paciente, previniendo la retención de un cuerpo extraño en su organismo, siendo esta una de las finalidades de la referida guía.
33. En atención a lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Clínica, por infracción de los artículos 18°, 19° y 67°.1 del Código, al haberse acreditado que dejó una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante.

Sobre la falta de respuesta al reclamo presentado

³³ **CAMPAÑA, Gonzalo.** *Errores médicos en el ambiente quirúrgico. Cómo prevenirlos. Parte III: Cuerpos extraños retenidos.* En: Revista Chilena de Cirugía, volumen 58, número 5, octubre de 2006. Versión on line en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-40262006000500015&script=sci_arttext

34. El artículo 24° del Código establece la obligación de los proveedores de atender los reclamos presentados por los consumidores y dar respuesta a los mismos en el plazo máximo de treinta (30) días calendario, siendo que el referido plazo puede ser extendido cuando la naturaleza del reclamo lo justifique³⁴.
35. La Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Clínica, por infracción del artículo 24° del Código, al haber constatado que no atendió oportunamente los reclamos formulados por la denunciante los días 7 de marzo y 3 de mayo de 2013. Cabe indicar que en el primero de ellos manifestó su disconformidad con el servicio de parto brindado por la denunciada y en el segundo caso, solicitó un informe médico.
36. En su apelación, la denunciada manifestó que: (i) no atendió los reclamos de la señora Álvarez dentro del plazo de treinta (30) días calendario, toda vez que para ello previamente debía realizarse una auditoría interna; (ii) asumió que con las coordinaciones realizadas por su personal con la consumidora, los reclamos de esta última estaban siendo atendidos; y, (iii) si bien la ley otorgaba un plazo para contestar los reclamos, debían considerarse las razones por las cuales no resultaba posible cumplir con dicha obligación, por la naturaleza del reclamo y la cantidad de personas involucradas en el proceso de respuesta.
37. Contrariamente a lo señalado por la denunciada, le resultaba exigible el cumplimiento de su obligación de responder los reclamos presentados por la denunciante dentro del plazo máximo de treinta (30) días calendario, aun cuando la respuesta hubiere consistido en informarle que se encontraba realizando una auditoría interna a efectos de absolver sus cuestionamientos, con lo cual se habría encontrado justificada la extensión del referido plazo y así no se habrían afectado las expectativas de la consumidora de obtener una respuesta conforme a lo establecido en el artículo 24° del Código.

³⁴ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 24°.• Servicio de atención de reclamos.

24.1 Sin perjuicio del derecho de los consumidores de iniciar las acciones correspondientes ante las autoridades competentes, los proveedores están obligados a atender los reclamos presentados por sus consumidores y dar respuesta a los mismos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Dicho plazo podrá ser extendido por otro igual cuando la naturaleza del reclamo lo justifique, situación que será puesta en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial.

No podrá condicionarse la atención de reclamos de consumidores al pago previo del producto o servicio materia de dicho reclamo o de cualquier otro pago.

(...).

38. Con relación a las supuestas coordinaciones realizadas con la señora Álvarez, estas no resultan suficientes para considerar que se atendieron sus reclamos dentro del plazo legal, toda vez que ello no implicaba necesariamente que la denunciada haya trasladado a la denunciante su posición frente a los cuestionamientos formulados, logrando cesar la situación de incertidumbre en que se encontraba la consumidora respecto del fondo de sus reclamos.
39. Habiéndose desestimado los alegatos formulados por la denunciada en su apelación, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Clínica, por infracción del artículo 24° del Código, al haberse acreditado que no atendió oportunamente los reclamos formulados por la denunciante.

Medida correctiva

40. El artículo 114° del Código establece que, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor, el Indecopi puede dictar a pedido de parte o de oficio, medidas correctivas reparadoras o complementarias³⁵.
41. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras es revertir a su estado anterior las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa³⁶, mientras que las complementarias tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que en el futuro, ésta se produzca nuevamente³⁷.
42. En el presente caso, la Comisión ordenó como medida correctiva que, en un plazo no mayor de cinco (5) días contados a partir de la presentación por

³⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 114°.** • **Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

³⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115°.** • **Medidas correctivas reparadoras.** 115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor lo siguiente: (...).

³⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 116°.** • **Medidas correctivas complementarias.** Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro (...).

parte de la denunciante de una liquidación debidamente sustentada, la Clínica cumpla con reembolsar a la señora Álvarez los gastos en que incurrió por las atenciones y tratamientos médicos que requirió hasta recuperar su salud; ello, en tanto se constató una falta de idoneidad en el servicio brindado por la denunciada al haberse dejado una gasa en el canal vaginal de la denunciante.

43. En su apelación, la Clínica alegó que la medida correctiva ordenada carecía de sustento, pues no se encontraba acreditado que la gasa había sido dejada por su personal en el interior del cuerpo de la denunciante, ni las supuestas complicaciones en su salud como consecuencia de ello.
44. Sobre el particular, contrariamente a lo alegado por la denunciada, en el presente procedimiento se ha constatado que su personal dejó una gasa en el canal vaginal de la denunciante y que dicho descuido originó en la paciente los diagnósticos de *vaginitis severa*, *cervicitis*, *miomatosis uterina*, *anemia moderada*, entre otros, los mismos que motivaron la prescripción de antibióticos y multivitamínicos, así como la indicación de un descanso médicos (ver *supra*, numerales 11 y 12).
45. Por otro lado, la Clínica indicó que la medida correctiva era sumamente amplia, dado que no precisaba las atenciones y tratamientos médicos que debían ser reembolsados, facilitando que la denunciante se extralimitara en su solicitud, sin que se le haya otorgado la posibilidad de cuestionar la liquidación de gastos a ser presentada por la denunciante.
46. Al respecto, esta Sala discrepa con la denunciada, toda vez que con la indicación de que la denunciante debe presentar una liquidación debidamente sustentada, se delimitan las sumas a ser reembolsadas, resultando evidente que estas deberán corresponder a las atenciones y tratamientos médicos originados como consecuencia de la gasa encontrada en el interior del cuerpo de la denunciante, lo cual podrá ser corroborado por la propia denunciada y negarse a asumir ciertos gastos, de ser el caso.
47. En ese contexto, tampoco es cierto que no se haya otorgado a la Clínica la posibilidad de cuestionar la liquidación de gastos a ser presentada por la denunciante, puesto que la denunciada podría justificar su negativa de reembolsar algún concepto, en un eventual procedimiento de incumplimiento de medida correctiva que inicie la denunciante, de ser el caso (de no corresponder a gastos incurridos por las atenciones y tratamientos médicos

que requirió la denunciante hasta recuperar su salud, al detectarse una gasa en su interior)³⁸.

48. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que ordenó como medida correctiva que, en un plazo no mayor de cinco (5) días contados a partir de la presentación por parte de la denunciante de una liquidación debidamente sustentada, la Clínica cumpla con reembolsar a la señora Álvarez los gastos en que incurrió por las atenciones y tratamientos médicos que requirió hasta recuperar su salud.

Graduación de la sanción

49. El artículo 112° del Código establece que para determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender al beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, la probabilidad de su detección, el daño resultante de la infracción y los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores y otros criterios que dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión³⁹.

³⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 106°.** Procedimientos a cargo del Indecopi. El Indecopi tiene a su cargo los siguientes procedimientos:

(...)

b. Procedimientos sancionadores por incumplimiento de mandatos:

(i) Por incumplimiento de medidas correctivas.

(...)

Artículo 125°. Competencia de los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor. Cada órgano resolutivo de procedimientos sumarísimos de protección al Consumidor es competente para conocer, en primera instancia administrativa, denuncias cuya cuantía, determinada por el valor del producto o servicio materia de controversia, no supere tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT); así como aquellas denuncias que versen exclusivamente sobre requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto, con independencia de su cuantía. Asimismo, es competente para conocer, en primera instancia, denuncias por incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio e incumplimiento y liquidación de costas y costos. No puede conocer denuncias que involucren reclamos por productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos y los que versen sobre productos o servicios cuya estimación patrimonial supera tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) o son inapreciables en dinero.

³⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.** Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
 2. La probabilidad de detección de la infracción.
 3. El daño resultante de la infracción.
 4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
 5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
 6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.
- (...).

50. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
51. En el presente caso, la Comisión sancionó la Clínica con una multa de 40 UIT por haber dejado una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante y con una multa de 0,61 UIT por no haber atendido oportunamente los reclamos formulados por la denunciante.
52. En su apelación, la Clínica señaló que en ningún momento obtuvo un ahorro como consecuencia de no implementar mecanismos o procedimientos necesarios para evitar que durante la realización de un procedimiento médico se cometan negligencias, como dejar una gasa en el interior del cuerpo de un paciente, toda vez que no se encontraba acreditado que incurrió en dicho supuesto de hecho.
53. Sin perjuicio de que se ha constatado la existencia de la conducta descrita en el acápite anterior que da cuenta de una falta de idoneidad en el servicio materia de denuncia, cabe indicar que esta Sala ha verificado que la Comisión graduó la sanción de 40 UIT impuesta a la Clínica señalando que existía un beneficio ilícito esperado por la denunciada; no obstante, en la medida que no era fácil de cuantificarlo por no contar con información relevante, la graduación para el caso en concreto se llevaría a cabo a partir de otros tres (3) criterios previstos en el Código: (i) daño ocasionado a la señora Álvarez; (ii) efecto negativo en el mercado; y, (iii) naturaleza del perjuicio causado. En ese sentido, considerando que no se recurrió al criterio de beneficio ilícito esperado u obtenido a efectos de graduar la multa de 40 UIT impuesta a la Clínica, no corresponde valorar el cuestionamiento formulado en su apelación.
54. Asimismo, la Clínica indicó que la multa de 40 UIT era desproporcionada, pues no se consideró que su conducta a lo largo del procedimiento fue la adecuada y no se verificó que se había impuesto la misma cuantía en un caso de mayor gravedad, como el de una inadecuada atención postoperatoria del muñón de la pierna de una paciente que tuvo como consecuencia que se le tuviera que reamputar la pierna.
55. Al respecto, cabe indicar que la conducta procedimental únicamente podría ser evaluada a efectos de agravar la sanción y no de atenuarla, siendo que una adecuada conducta procedimental constituye un deber de los

administrados; por lo cual no corresponde acceder a la solicitud de la denunciada de evaluar su conducta procedimental⁴⁰ a efectos de reducir la multa.

56. Dicho lo anterior, esta Sala coincide con los criterios aplicados por la Comisión a partir de los cuales se determinó la multa de 40 UIT para la Clínica, por haber dejado una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante, dado que la gravedad de la infracción cometida en perjuicio de la señora Álvarez, reflejada en el daño ocasionado a la consumidora, justificaba una sanción severa, no resultando admisible la afirmación de que se trata de un caso de menor gravedad que un caso donde una inadecuada atención postoperatoria ocasionó la reamputación de la pierna de una paciente, puesto que en ambos casos se verificó una vulneración del derecho fundamental a la salud de la persona, con repercusiones negativas en la salud de los consumidores afectados.
57. En este punto resulta pertinente citar lo expresado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004, respecto del “derecho fundamental a la salud”:

(...)

27. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe

⁴⁰ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.• Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

(...)

Se consideran circunstancias agravantes especiales las siguientes:

(...)

2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.

(...).

efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido. (...)”.

58. En ese sentido, deben de considerarse las consecuencias en la salud de la denunciante por el descuido del personal de la Clínica al dejar una gasa en su canal vaginal: *vaginitis severa, cervicitis, miomatosis uterina, anemia moderada*, entre otros. Así, se aprecia que se afectó la salud física y psicológica de la consumidora, en este último caso por la sensación de intranquilidad generada en su persona, producto del impacto de saber que se encontró una gasa con contenido fétido en su canal vaginal, luego de haber transcurrido casi un (1) mes.
59. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que sancionó a la Clínica con una multa de 40 UIT, por haber dejado una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante.
60. Sin perjuicio de lo anterior, este Colegiado estima que la sanción debió ser mayor, a efectos de garantizar que a la denunciada no le resulte más ventajoso el seguir incurriendo en conductas como la constatada en el presente procedimiento, que adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar que durante la realización de un procedimiento médico se deje olvidado en el interior del cuerpo del paciente, alguno de los insumos médicos utilizados. No obstante, en atención de la prohibición de reforma peyorativa o *reformatio in pejus* establecida en el artículo 237°.3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴¹, dicha sanción no puede ser incrementada.
61. De otro lado, atendiendo a que la Clínica no ha fundamentado su apelación respecto de la multa de 0,61 UIT que le impuso la Comisión por no haber atendido oportunamente los reclamos formulados por la denunciante; este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° de la Ley

⁴¹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 237°.• Resolución.
(...)

237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

del Procedimiento Administrativo General⁴². Por lo tanto, corresponde confirmar dicho extremo de la Resolución 314•2014/CC1.

El mandato de pago de las costas y los costos del procedimiento.

62. Atendiendo a los argumentos expuestos y considerando que la Clínica no ha fundamentado su apelación respecto del mandato de pago de las costas y de los costos del procedimiento con argumentos adicionales a la alegada ausencia de infracciones administrativas desvirtuada precedentemente; este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, citado en párrafos precedentes. Por lo tanto, corresponde confirmar dicho extremo de la Resolución 314•2014/CC1.

La integración de la Resolución 314•2014/CC1

63. Esta Sala ha advertido que en los considerandos de la resolución apelada, la Comisión señaló que, una vez que se pusiera fin a la instancia administrativa, la denunciante podría solicitar el reembolso de los montos adicionales a la suma de S/. 36,00 pagada por concepto de tasa por la interposición de la denuncia, en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual debería presentar una solicitud de liquidación de costas y costos. Sin embargo, en la parte resolutive únicamente se ordenó a la denunciada que cumpla con el pago de la suma de S/. 36,00 mencionada.
64. El artículo 370º del Código Procesal Civil⁴³, norma de aplicación supletoria al presente procedimiento, establece que cuando la autoridad haya omitido pronunciarse en la parte resolutive sobre algún punto principal o accesorio que fue tratado en la parte considerativa, es posible integrar la resolución sin necesidad de anularla.

⁴² **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6º. • Motivación del Acto Administrativo.**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...).

⁴³ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 370º. • Competencia del Juez superior.** • El Juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa.

(...).

65. Por lo anterior, corresponde integrar la Resolución 314•2014/CC1 en el extremo que omitió indicar en su parte resolutive que la Clínica debía cumplir con el pago de los costos y costas del procedimiento (adicionales a la suma de S/. 36,00 mencionada), de ser el caso, y previa presentación por parte de la denunciante de una solicitud de liquidación de dichos conceptos.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 314•2014/CC1 del 25 de marzo de 2014, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor • Sede Lima Sur N° 1, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por la señora Marta Ángela Álvarez Vega contra Clínica Internacional S.A., por infracción de los artículos 18°, 19° y 67°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que dejó una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 314•2014/CC1 en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra Clínica Internacional S.A., por infracción del artículo 24° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que no atendió oportunamente los reclamos formulados por la señora Marta Ángela Álvarez Vega.

TERCERO: Confirmar la Resolución 314•2014/CC1 en el extremo que ordenó como medida correctiva que, en un plazo no mayor de cinco (5) días contados a partir de la presentación por parte de la denunciante de una liquidación debidamente sustentada, Clínica Internacional S.A. cumpla con reembolsar a la señora Marta Ángela Álvarez Vega, los gastos en que incurrió por las atenciones y tratamientos médicos que requirió hasta recuperar su salud.

CUARTO: Confirmar la Resolución 314•2014/CC1 en el extremo que sancionó a Clínica Internacional S.A. con una multa de 40 UIT por haber dejado una gasa en el interior del cuerpo de la denunciante.

QUINTO: Confirmar la Resolución 314•2014/CC1 en el extremo que sancionó a Clínica Internacional S.A. con una multa de 0,61 UIT por no haber atendido oportunamente los reclamos formulados por la denunciante.

SEXTO: Confirmar la Resolución 314•2014/CC1 en el extremo que ordenó a Clínica Internacional S.A. que, en un plazo no mayor de cinco (5) días de notificada la resolución, cumpla con reembolsar a la señora Marta Ángela Álvarez Vega, la suma de S/. 36,00 pagada por concepto de tasa por la interposición de la denuncia.

SÉTIMO: Confirmar la Resolución 314-2014/CC1 en el extremo que ordenó a Clínica Internacional S.A. que cumpla con el pago de los costos y costas del procedimiento, de ser el caso, y previa presentación por parte de la denunciante de una solicitud de liquidación de dichos conceptos.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Alejandro José Rospigliosi Vega, Ana Asunción Ampuero Miranda y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Presidente

