

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 563-2015/CC1,
DENUNCIA CONTRA SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN HOSPITALARIA S.A.C. –
CLÍNICA “EL GOLF” POR PAOLA VANESSA BORGÑO SALAZAR**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de
ABOGADA

Autora

Dessiré Raphaella Nalvarte Cuzcano

Revisor

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2021

RESUMEN

La investigación desarrolla un caso denunciado en el año 2015 ante el INDECOPI debido a que una clínica no habría tramitado correctamente una solicitud de aborto terapéutico y porque habría discriminado por razones de género a la solicitante. En ese sentido, en primer lugar, se analizará el procedimiento llevado a cabo por el INDECOPI y advertir si en la resolución del caso, se vulneraron principios del procedimiento administrativo; en segundo lugar, se analizará si jurídicamente, en nuestro país, existe la obligatoriedad de evaluar la salud mental de la gestante y qué deberá entenderse como “evitar un mal grave y permanente a la salud” en el marco de un aborto terapéutico. Y finalmente, determinar el alcance de la discriminación por razones de género en el ámbito mercantil y si es que la clínica a través del personal médico utilizó estereotipos de género al negar el servicio solicitado que ameritaba el estado médico de la gestante.

Para la realización de esta investigación se tomó en cuenta que el presente caso nos permite evaluar posibles sesgos y perjuicios de género en el tratamiento de las solicitudes de aborto terapéutico y otros procedimientos relacionados con este, vislumbrando la falta de capacidad que ha tenido el Estado, primero, para fiscalizar el real cumplimiento de los protocolos establecidos con relación al aborto terapéutico desde el 2014, por parte de los establecimientos privados y públicos del sector salud. Y segundo, para proceder a la persecución de una falta administrativa sin revictimización de la persona agraviada.

I.	INDICE ANALÍTICO	
II.	INTRODUCCIÓN	5
III.	RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSE LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA EL EXPEDIENTE	6
	1. Primera Instancia Administrativa	11
	2. Segunda Instancia Administrativa	12
IV.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
V.	ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN FUNDAMENTADA	16
	5.1. Vicios Procedimentales ante el INDECOPI	16
	5.1.1. Sobre el principio de debido procedimiento y el principio de verdad material en los PAT aplicados en la Resolución Final 2243-2016/CC1:.....	16
	5.1.1.1. Determinar si la decisión de primera instancia sobre no considerar los escritos de ampliación de descargos de la denunciada y la respuesta de la denunciante implicaría una afectación al principio de debido procedimiento.....	16
	5.1.1.2. Determinar si fueron suficientes los argumentos para la negación de la solicitud de audiencia de informe oral y si se habría vulnerado el principio de debido procedimiento y de verdad material.....	22
	5.1.1.3. Determinar si la entidad administrativa se encontraba obligada a emitir la resolución de primera instancia dentro de los 120 días y si se habría vulnerado el principio de debido procedimiento al incumplirlo.....	26
	5.1.2. Sobre los criterios para la Graduación de la Multa en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI:	28
	5.1.2.1. Determinar si resultó razonable la sanción de 20 UIT a la Clínica.....	28
	5.1.3. Sobre el principio de debido procedimiento y la debida motivación en la Resolución 1184-2017/SPC-INDECOPI:.....	31
	5.1.3.1. Determinar si las solicitudes de ampliación, enmienda y aclaración fueron debidamente declaradas improcedentes.....	31
	5.2. Problemas de fondo en el razonamiento del INDECOPI.....	33
	5.2.1. Sobre la infracción del deber de idoneidad por parte de la Clínica.....	33
	5.2.1.1. Determinar si la infracción del deber de idoneidad por parte de la Clínica fue debidamente analizada.....	33
	5.2.2. Sobre la salud mental de la señora Borgoño	37

5.2.2.1. Determinar si la Clínica se encontraba obligada a evaluar la salud mental para el procedimiento de aborto terapéutico.....	37
5.2.2.2. Determinar si la Clínica podría negarse a aplicar el aborto terapéutico y si una amenaza a su salud justificaba la intervención.....	45
5.2.3. Sobre la discriminación por razones de género/sexo denunciado por la señora Borgoño.....	51
5.2.3.1. Determinar si existió discriminación por razones de género/sexo por parte de la Clínica y si debió ser sancionada acorde al artículo 38 del CPDC.....	51
5.2.3.2. Determinar cuál sería la aplicación del artículo 39 del CPDC.....	64
VI. CONCLUSIONES	66
VII. BIBLIOGRAFÍA	68



II. INTRODUCCIÓN

Tras peligrosas complicaciones durante el embarazo de la señora Vanessa Borgoño durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2014, atendidas en la Clínica El Golf y tras el diagnóstico de amenaza de aborto, embarazo de alto riesgo quirúrgico y alteración cromosómica del feto de síndrome de Turner; el médico tratante, doctor Almeyda, indicó a la paciente que su gestación no era pasible de ser interrumpida por razones clínicas.

No obstante, luego de ser evaluada externamente por la psiquiatra Marta Rondón, esta concluyó que el embarazo ponía en riesgo la salud mental de la paciente. Asimismo, otro establecimiento clínico le diagnosticó alta probabilidad de cromosomopatía y mal pronóstico perinatal que ponía en riesgo su salud física. De este modo, la paciente decidió solicitar a la Clínica el procedimiento de aborto terapéutico establecido por la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención de la gestante en la interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal” (en adelante, Guía Técnica). Sin embargo, la Clínica decidió no remitir la solicitud al médico tratante y la respuesta fue enviada a la señora Borgoño luego de 145 días.

Así, tras la negativa del médico tratante y la falta de respuesta, la señora Borgoño tuvo que someterse a un aborto terapéutico en otro establecimiento con aproximadamente 15 semanas de gestación. Es por eso que decidió denunciar a la Clínica ante el INDECOPI el 27 de mayo de 2015 entre otros, por habersele negado el aborto terapéutico y por discriminarla por razones de género. El 20 de junio de 2017 la autoridad administrativa decidió sancionar a la Clínica con una multa de 20 UIT por la infracción de los artículos 18, 19 y 67 numeral 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC) en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.

III. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSE LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA EL EXPEDIENTE

1. El 17 de octubre de 2014, con 6 semanas y un día de gestación, Paola Borgoño acudió a la Clínica El Golf (en adelante, la Clínica), a través de una consulta con su médico ginecólogo, el Dr. Almeyda, debido a que presentaba sangrado vaginal oscuro/seco junto con náuseas. A raíz de dicha consulta, se le realizó una ecografía, diagnosticándosele embarazo de alto riesgo e hiperémesis gravídica leve¹.
2. El 21 de noviembre de 2014, la señora Borgoño acudió a la Clínica para realizarse otra ecografía. En ella se evidenció que el feto tenía defecto cromosómico de síndrome de Turner, y que tenía pocas posibilidades de éxito. La señora Borgoño señaló, además, que el Dr. Almeyda indicó que no sería posible realizar un aborto terapéutico en dicha Clínica por lo que tendría que acudir al Instituto Nacional Materno Perinatal para solicitarlo.
3. El 4 de diciembre de 2014, la señora Borgoño acudió a la Clínica de emergencia por un sangrado vaginal persistente durante 8 horas. Se diagnosticó amenaza de aborto y embarazo de alto riesgo quirúrgico y se ordenó hospitalización. Asimismo, se le solicitó perfil preoperatorio, aunque según la señora Borgoño, no se le explicó la finalidad de dichos exámenes. Estos evidenciaron un edema generalizado en cabeza fetal, y con relación al corazón, hipoplasia cardíaca del lado izquierdo². El informe ecográfico sugirió también descartar alteración cromosómica con amniocentesis, compromiso infeccioso TORCH, parvovirus y cardiopatía congénita. La señora Borgoño señaló que la Clínica le informó que si no contaba con cobertura para la amniocentesis se le daría de alta.
4. Asimismo, el 10 de diciembre de 2014 estando hospitalizada, se registró que el feto presentaba hidrops³ generalizado y malformación fetal. Debido a la falta de cobertura, se le dio de alta médica con diagnóstico de amenaza de aborto e hidrops fetal.
5. El 11 de diciembre de 2014 la señora Borgoño acudió al consultorio externo de la psiquiatra Marta Rondón, quien le diagnosticó depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés e ideación suicida. De acuerdo con la Dra. Rondón, esto podría deberse a la

¹ Es la presencia de náuseas y vómitos intensos y persistentes durante el embarazo. Pueden llevar a la deshidratación, pérdida de peso y desequilibrios electrolíticos. Las náuseas matutinas se refieren a las náuseas y vómitos que ocurren al inicio del embarazo. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001499.htm>

² El síndrome del corazón izquierdo hipoplásico es un defecto cardíaco complejo y poco frecuente que se presenta al nacer (congénito). El lado izquierdo del corazón está gravemente subdesarrollado en los casos del síndrome del corazón izquierdo hipoplásico. <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/hypoplastic-left-heart-syndrome/symptoms-causes/syc-20350599>

³ El hidrops se define como la presencia anormal de líquido seroso en al menos dos compartimentos fetales (derrame pericárdico, derrame pleural, ascitis, edema subcutáneo). El pronóstico es malo, con una mortalidad global muy alta. <https://medicinafetalbarcelona.org/protocolos/es/patologia-fetal/hidrops.html>

gestación dado que esta suponía un riesgo severo para la salud de la paciente por lo que ameritaría la interrupción de la gestación.

6. El 13 de diciembre de 2014, la señora Borgoño acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal, a fin de que se le realizara una ecografía. El resultado fue alta probabilidad de la cromosopatía y mal pronóstico perinatal. Asimismo, se determinó la existencia de riesgo para su salud física y mental.
7. Con ello, el 18 de diciembre 2014 presentó a la Clínica una solicitud de aborto terapéutico adjuntando los diagnósticos que sustentaban las afectaciones tanto a su salud mental como física, de acuerdo con lo establecido por la Guía Técnica. La Clínica no respondió la solicitud de aborto en el plazo de 6 días calendario establecido por esta Guía. Por lo que, el 17 de enero de 2015, la señora Borgoño interpuso un reclamo en el Libro de Reclamaciones. Frente al silencio de la Clínica la señora volvió a solicitar la respuesta el 22 de enero de 2015.
8. El 26 de diciembre de 2014 acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal donde luego de realizársele varios exámenes se le diagnosticó embarazo con malformaciones congénitas compatibles con probable cromosopatía y mal pronóstico fetal. En ese mismo día solicitó el aborto terapéutico, realizándose una Junta Médica (en adelante, JM) que concluyó la viabilidad de este procedimiento, debido al riesgo que la gestación significaba para su salud física y mental.
9. El 30 de enero de 2015, después de 42 días de haber presentado su solicitud, la Clínica respondió denegándola. En su respuesta indicó que: *de acuerdo con la Guía Técnica, el aborto terapéutico procede cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o evitar un mal grave y permanente en su salud, lo que no se configuraba en este caso de acuerdo con la opinión del doctor Almeyda. Además, se le informó sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que la gestación implicaba y sobre la posición de la Clínica respecto a la interrupción voluntaria del embarazo.*
10. Mediante escrito del 27 de mayo de 2015, la señora Borgoño interpuso una denuncia administrativa ante la Comisión de Protección al Consumidor 1 del INDECOPI, en contra de la Clínica, con los siguientes fundamentos:
 - 1) **Falta de información sobre finalidad de exámenes:** No se le explicó la finalidad de los exámenes solicitados el 4 de diciembre.
 - 2) **Plazo de respuesta:** El artículo 6.2.6 de la Guía Técnica establece que el lapso desde que la gestante solicita formalmente, la interrupción voluntaria por indicación

terapéutica del embarazo hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención, no debe exceder de 6 días calendario.

- 3) **Falta de información en la Historia Clínica:** No se encuentra registrado en la Historia Clínica que el personal le haya informado sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud.
- 4) **Registro de Solicitud de Aborto Terapéutico:** La petición no se encontraba en la Historia Clínica, a pesar de que el artículo 6.6. de la Guía Técnica, aquella debe formar parte del historial.
- 5) **Posición de la Clínica sobre el Aborto Terapéutico:** el Dr. Almeyda le señaló que en la Clínica no podía practicarse un aborto terapéutico. Asimismo, en la carta de respuesta a su solicitud, se indicó que existía una posición de la Clínica respecto a la interrupción voluntaria del embarazo. Todo ello iría en contra del artículo XII del Título Preliminar de la Ley 26842, Ley General de Salud, en cuanto señala: *“las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros”*.
- 6) **Ausencia de JM:** según el artículo 6.2.3. de la Guía Técnica, recibida la solicitud, se debe convocar a una JM bajo responsabilidad. Además, el artículo 6.2.4. señala que la decisión negativa de la JM debe ser informada a la gestante para que pueda solicitar la conformación de una nueva JM. Sin embargo, la Clínica no tomó la decisión a través de una JM debidamente constituida.
Interpretación restrictiva de la Guía Técnica y del concepto salud: el artículo 6.6 de la Guía Técnica señala las entidades clínicas de la gestante se evalúan conforme *“cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica”*. La interpretación realizada por la Clínica fue restrictiva aun cuando presentó un certificado médico que sustentaba la afectación de la salud mental y la recomendación de un aborto terapéutico.
- 7) **Idoneidad del Servicio:** El CPDC dispone que el servicio brindado por entidades particulares también debe atender a la obligación de proteger la salud del consumidor, de acuerdo con el artículo 67.1, brindando un servicio idóneo conforme con los artículos 18 y 19 del mencionado cuerpo normativo. Por ello la Clínica debió interpretar que la amenaza de aborto relacionada a defectos fetales afectaba su salud física y mental. Al no informar adecuadamente esta situación y seguir extendiendo el embarazo, generó una agravación en su salud. Asimismo, frente a la solicitud de aborto terapéutico presentada adjuntando las pruebas médicas que lo recomendaban, la Clínica no les tomó atención ni solicitó nuevos exámenes.
- 8) **Falta de información oportuna:** Indicó que la demora de atención de la solicitud transgredió los artículos 25 y 29 del CPDC, ya que a consecuencia de ello se le colocó en una situación de riesgo en tanto no sé le dio información oportuna y permanente sobre las implicancias en su salud.

- 9) **Discriminación al brindar el servicio de salud:** el incumplimiento de las normas sobre el aborto terapéutico, su falta de celeridad para responder las solicitudes y la omisión de diligencia para evitar riesgos graves a su salud, han devenido en un acto discriminatorio por razón de género, porque en su condición de mujer, ha sido violado su derecho a la salud sexual y reproductiva poniendo, además, en riesgo su vida.

En ese sentido, solicitó las siguientes medidas correctivas:

- a. Que la Clínica se abstenga de ejercer cualquier práctica que implique conductas discriminatorias contra los consumidores, es especial contra las mujeres que solicitan el aborto terapéutico.
- b. Que implemente la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención de la gestante en la interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal y capacitar a su personal para su adecuado cumplimiento, informando a INDECOPI sobre el proceso de implementación.
- c. Emitir un pronunciamiento público de disculpas por la negativa a la interrupción legal de su embarazo.
La devolución de todos los gastos incurridos en la interrupción legal de su embarazo en el Instituto Nacional Materno Perinatal.

11. Por Resolución 1 del 13 de julio de 2015, la Secretaría Técnica admitió la denuncia de la señora Borgoño. De las diez imputaciones denunciadas, se admitieron siete, encausándolos en las siguientes infracciones:

- a. Por presunta infracción a los artículos 1.1. literal b), 2 y 67.4 literal b) del CPDC en tanto, el 4 de diciembre de 2014 el personal médico de la Clínica habría solicitado un perfil preoperativo, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica de la señora Borgoño, sin explicarle la finalidad de dichos exámenes.
- b. Por presunta infracción a los artículos 18, 19 y 67.4 literal b) del CPDC en tanto, el personal de la Clínica **no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico**, incumpliendo la normativa sectorial, debido a que (i) no habría respondido la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño dentro del plazo debido; (ii) no habría conformado una JM para evaluar la solicitud de aborto terapéutico; (iii) no habría incluido la solicitud de aborto terapéutico como parte de su historia clínica; (iv) habría denegado la solicitud de aborto terapéutico, pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo.
- c. Por presunta infracción a los artículos 18 y 19 del CPDC en tanto, el personal médico de la Clínica no habría consignado en la historia clínica de la señora Borgoño la

información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para la salud que su gestación implicaba.

12. El 26 de agosto de 2015, la Clínica presentó sus descargos y señaló que:
- a) **Sobre la falta de información respecto a la finalidad de exámenes:** Sí informó a la señora Borgoño sobre la finalidad de los exámenes médicos ordenados.
 - b) **Sobre el plazo de respuesta:** La clínica se allanó. Sin embargo, señaló que la señora Borgoño supone que su embarazo no ameritaba un aborto terapéutico, por no estar dentro de los supuestos establecidos en la Guía Técnica.
 - c) **Sobre la Falta de información en la Historia Clínica:** Sí se cumplió con registrar en la historia clínica el diagnóstico, pronóstico y riesgos que su gestación implicaba.
 - d) **Sobre la posición de la Clínica sobre el Aborto Terapéutico:** Señaló que la Guía Técnica establece que solo el médico tratante puede sugerir la interrupción del embarazo, lo que no ocurrió en el presente caso.
 - e) **Sobre la JM:** la Guía Técnica establece que la JM se convoca siempre que, durante la atención de la gestante, su médico tratante advierta que el embarazo pone en riesgo su vida o su salud. En la medida que ello no ocurrió, no existió la obligación de convocar a una JM.
 - f) **Sobre el registro de Solicitud de Aborto Terapéutico:** Señaló que la norma sobre gestión de la historia clínica no establece que las solicitudes o reclamos de los pacientes formen parte de ella, por lo que no estaban obligados.
 - g) **Sobre la interpretación restrictiva de la Guía Técnica y del concepto Salud:** La Guía Técnica se aplica únicamente, en los casos en los que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitarle un daño grave y permanente en su salud. Si bien el embarazo de la señora Borgoño fue catalogado como uno de alto riesgo, no ameritaba su interrupción. Respecto al certificado psiquiátrico presentado junto con la solicitud de aborto terapéutico, la Clínica señaló que resultó extraño que en solo una atención se haya podido arribar a un diagnóstico certero del cuadro de la señora Borgoño.
13. El 11 de diciembre de 2015, la señora Borgoño ingresó un escrito de respecto a los descargos, cuestionando y contradiciendo los alegatos y reiterando los fundamentos de su denuncia. Asimismo, el 14 de diciembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia de conciliación en donde asistió la parte denunciada mas no la parte denunciante, expidiéndose el acta respectiva.
14. El 7 de enero de 2016, la Clínica ingresó un escrito ampliatorio de descargos, adjuntando el Oficio 4421-2015-DGSP/MINSA que señalaba que en la Guía Técnica no se considera la aplicación del aborto terapéutico por problemas embrionarios o fetales.

15. El 4 de marzo de 2016 la señora Borgoño presentó un escrito advirtiendo una presunta dilación del plazo establecido para la resolución de las denuncias correspondientes a procesos ordinarios, el mismo que es de 120 días hábiles. Además, a través del escrito del 19 de abril de abril de 2016 la denunciante solicitó la realización de una audiencia de Informe Oral.
16. El 16 de marzo de 2016, la señora Borgoño ingresó un escrito solicitando la exclusión del Oficio 4421-2015-DGSP/MINSA dado que su contenido no guarda relación con la materia de la controversia.

1. Primera Instancia Administrativa

17. El 8 de noviembre de 2016 se notificó la Resolución Final 2243-2016/CC1 que declaró infundados todos los extremos de la denuncia. La Comisión fundamentó su decisión señalando que:
 - a. **Sobre la solicitud de informe oral:** es una facultad discrecional de la Comisión conceder el uso de la palabra. Dado que su denegatoria no implica una afectación al derecho a expresar argumentos, correspondió denegar la solicitud de informe oral.
 - b. **Sobre la falta de información respecto a la finalidad de exámenes:** denegó la pretensión por considerar que el personal médico pudo explicarle la finalidad de los exámenes a la señora Borgoño de manera verbal, teniendo en cuenta además que, a la paciente se le brindó diversos diagnósticos desde su primera atención, tal como se encuentra registrado en la historia clínica.
 - c. **Sobre el plazo de respuesta:** La Clínica se allanó respecto al incumplimiento de la atención a un reclamo, sin embargo, no corresponde aplicar los efectos, pues, no fue el plazo de un reclamo el que se incumplió sino el de una solicitud de aborto terapéutico. Sin embargo, la denunciante no cumplió con el primer requisito establecido en la Guía Técnica, por lo que la Clínica no se encontraba en la obligación de brindar una respuesta ante tal solicitud.
 - d. **Sobre la idoneidad del servicio:** en el caso de los servicios de atención médica, por su propia naturaleza, siempre conllevan a un grado de riesgo; por lo tanto, es necesario que los médicos y entidades que brindan servicios de salud actúen con la mayor diligencia posible. Se considerará un servicio idóneo aquel en el que el médico cumple las condiciones mínimas establecidas en las guías prácticas, protocolos médicos reconocidos por la comunidad médica o los que resulten abiertamente compatibles con un deber mínimo de cuidado, exigible en su calidad de profesional de la salud.
 - e. **Sobre la falta de información en la historia clínica:** se rechazó la solicitud por acreditarse que en la historia clínica sí se consignó información sobre diversos aspectos de su cuadro de salud incluyendo diagnóstico, pronósticos y riesgos.

- f. **Sobre el registro de solicitud de aborto terapéutico:** se rechazó la pretensión porque dado que el Dr. Almeyda no consideró que el embarazo pusiera en riesgo la salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a integrarla a la historia clínica.
- g. **Sobre la interpretación restrictiva de la Guía Técnica y del concepto Salud:** se rechazó la pretensión porque Dr. Almeyda no consideró que el embarazo pusiera en riesgo su vida o salud. Si bien adjuntó a su solicitud el certificado médico a cargo de la psiquiatra Marta Rondón, dicha documentación fue presentada ante la Clínica, no existiendo evidencia que dicha información fuera puesta en conocimiento de su médico tratante para que la valore, por lo tanto, la Clínica no se encontraba obligada a tramitar la solicitud.
- h. **Sobre la no realización de la JM:** se rechazó la pretensión pues como el médico no consideró que el embarazo pusiera en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a convocar a una JM.
- i. **Sobre las medidas correctivas:** se rechazaron porque no verificó la comisión de una infracción administrativa.

2. Segunda Instancia Administrativa

- 18. Con fecha 16 de noviembre de 2016, la señora Borgoño apeló la Resolución Final 2243-2016/CC1.
- 19. Con fecha 20 de junio de 2017, fue notificada la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI emitida por el Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual- Sala Especializada en Protección al Consumidor, esgrimiendo las siguientes conclusiones:
 - A. **Nulidad parcial de la Resolución 1 (adminisoria) y de la Resolución Final:** Debido a que la Comisión efectuó un análisis independiente de hechos que se encontraban estrechamente vinculados entre sí y formaban parte de una sola conducta.
 - B. **Confirmar la Resolución Final 2243-2016/CC1:**
 - a. Declaró infundada la denuncia al haberse acreditado que la Clínica sí informó la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo, quirúrgico y ecografía pélvica).
 - b. Declaró infundada la denuncia interpuesta por presunta infracción de los artículos 18 y 19 del CPC respecto a la obligación de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgo grave que el embarazo de la paciente conllevaba.
 - C. **Revocar la Resolución Final 2243- 2016/CC1:** Se revocó el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por presunta infracción de los artículos 18, 19 y

67 numeral 1 del CPDC, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud aborto terapéutico y se la declaró fundada. Se indicó que si bien el médico tratante es quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, se consideró que la Clínica debió haber derivado la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014 al Dr. Almeyda, a fin de que este último evalúe si el embarazo causaba un grave y permanente daño a su salud mental, tal y como lo consideró la Dra. Rondón.

- D. **Multa de 20 UIT**: por infracción de los artículos 18, 19 y 67 numeral 1 del CPDC al no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada.
- E. **Medida Correctiva**: se dispuso que la Clínica tramite debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidoras. Además, se ordenó a la Clínica pague las costas del procedimiento.
- F. **Voto singular de la vocal Ana Asunción respecto al fondo**: Se concluye que la denunciante no presentó la solicitud de aborto terapéutico al doctor Almeyda, sino a una autoridad distinta; asimismo que adjuntó un certificado médico que no provenía del personal de la Clínica por lo que sus acciones no pueden ser atribuidas a esta última. Por ello, la vocal considera que la solicitud presentada por la denunciante no se encontraba dentro del marco procedimental de atención. A su vez, señala que, si la denunciante buscaba que el doctor Almeyda reconsiderara la opinión sobre la posibilidad del aborto terapéutico, a través de una consulta, debió haberle mostrado el certificado. Asimismo, indica que debe considerarse la solicitud de aborto terapéutico como uno de gestión ya que solicitaba la realización al proveedor; y que, entonces, deberá tenerse como parámetro el plazo fijado para dar respuesta a los reclamos, es decir, 30 días calendario.

Por lo tanto, debería declararse fundada la infracción respecto a los artículos 18, 19 y 67.1 del CDPC por la no tramitación de la solicitud de gestión del 18 de diciembre de 2014, en el sentido que demoraron más de 30 días calendario en dar respuesta.

- G. **Voto en discordia de la vocal Ana Asunción respecto a la sanción**: La vocal señala que, en procedimientos anteriores relacionados a no brindar respuesta a solicitudes de gestión, la Sala ha impuesto multas en base a una (1) UIT, por lo que dicho monto deberá imponerse a la denunciada por la infracción a los artículos 18, 19 y 67.1 del CDPC en el extremo a no haber tramitado debidamente la solicitud de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014.

20. El 23 de junio de 2017, la señora Borgoño presentó un escrito solicitando enmienda, ampliación y aclaración de la Resolución 1184-2017/SPC-INDECOPI, por los siguientes motivos:
- A. **Solicitud de enmienda:** solo se pronunció sobre el pago de costas y costos, pero no sobre el reembolso de los gastos incurridos por la falta de idoneidad de los servicios y el perjuicio que le causó en la garantía de sus derechos y en su economía familiar.
 - B. **Solicitud de ampliación:** solo se ordenó a la Clínica en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por consumidores, pero no sobre las otras medidas correctivas solicitadas. Se pidió al Tribunal se pronuncie o fundamente las razones por las cuales no otorgaron dichas medidas.
 - C. **Solicitud de aclaración:** la medida correctiva complementaria ordenada es una medida declarativa y no determina obligaciones en específico que recaigan en la denunciada y que permitan que hechos como los denunciados no vuelvan a ocurrir. Además, la generalidad del enunciado hará imposible su seguimiento.
21. A través de la Resolución 2186-2017/SPC-INDECOPI, la Sala declaró improcedentes las tres solicitudes bajo los siguientes argumentos:
- a. **Sobre la solicitud de enmienda:** que esta no tiene por finalidad que la Sala rectifique algún error material, sino que realice un nuevo análisis de aquellas circunstancias que ya han sido valoradas y juzgadas.
 - b. **Sobre la solicitud de ampliación:** que esta no tiene por finalidad que la Sala amplíe su resolución, sino que modifique la medida correctiva ordenada.
 - c. **Sobre la solicitud de aclaración:** La medida correctiva no tiene ningún concepto oscuro.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Los principales problemas jurídicos del presente expediente son los que a continuación se señalan:

1. **Vicios procedimentales:**

1.1. Sobre el principio de debido procedimiento y el principio de verdad material en los procedimientos administrativos trilaterales (en adelante, PAT) aplicados en la Resolución Final 2243-2016/CC1:

- Determinar si la decisión de primera instancia sobre no considerar los escritos de ampliación de descargos de la denunciada y la respuesta de la denunciante implicaría una afectación al principio de debido procedimiento
- Determinar si fueron suficientes los argumentos para la negación de la solicitud de audiencia de informe oral y si se habría vulnerado el principio de debido procedimiento y de verdad material.
- Determinar si la entidad administrativa se encontraba obligada a emitir la resolución de primera instancia dentro de los 120 días y si se habría vulnerado el principio de debido procedimiento al incumplirlo.

1.2. Sobre los criterios para la Graduación de la Multa en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI

- Determinar si resultó razonable la sanción de 20 UIT a la Clínica.

1.3. Sobre el principio de debido procedimiento y la debida motivación en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI:

- Determinar si las solicitudes de ampliación, enmienda y aclaración fueron debidamente declaradas improcedentes.

2. Problemas de fondo en el razonamiento de INDECOPI:

2.1. Sobre la infracción del deber de idoneidad por parte de la Clínica.

- Determinar si la infracción del deber de idoneidad por parte de la Clínica fue debidamente analizada.

2.2. Sobre la salud mental de la señora Borgoño:

- Determinar si la Clínica se encontraba obligada a evaluar la salud mental para el procedimiento de aborto terapéutico.
- Determinar si la Clínica podría negarse a aplicar el aborto terapéutico y si una amenaza a su salud justificaba la intervención.

2.3. Sobre la discriminación por razones de género/sexo denunciado por la señora Borgoño:

- Determinar si existió discriminación por razones de género/sexo por parte de la Clínica y si debió ser sancionada acorde al artículo 38 del CPDC.
- Determinar cuál sería la aplicación del artículo 39 del CPDC.

V. ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN FUNDAMENTADA

5.1. Vicios Procedimentales ante el INDECOPI

5.1.1. Sobre el principio de debido procedimiento y el principio de verdad material en los PAT aplicados en la Resolución Final 2243-2016/CC1:

5.1.1.1. Determinar si la decisión de primera instancia por no considerar los escritos de ampliación de descargos de la denunciada y la respuesta de la denunciante implicaría una afectación del principio de debido procedimiento

En el presente caso, para la emisión de la Resolución Final INDECOPI, solo tomó en cuenta la denuncia de la señora Borgoño (27 de mayo de 2015), los descargos de la Clínica (25 de agosto de 2015) y la solicitud de Informe Oral (19 de abril de 2016). No obstante, resulta pertinente analizar si los escritos ampliatorios presentados por las partes debieron ser tomados en consideración y si esto se traduce en una vulneración al principio de debido procedimiento de las partes.

Los escritos no considerados por INDECOPI fueron el escrito de ampliación de descargos de la Clínica presentado el 7 de enero de 2016 en el que adjuntó la consulta que realizó el 18 de agosto de 2015 al Ministerio de Salud (en adelante MS) y la respuesta de este con relación a si existían otras situaciones especiales en las que se ameritaba la interrupción del embarazo; y el escrito de la señora Borgoño del 16 de marzo de 2016, cuestionando la pertinencia de la consulta realizada por la Clínica al MS.

Sobre el particular, la Clínica presentó como estrategia de defensa la opinión del MS referente a su consulta sobre si es que existen otras situaciones especiales en las que se amerite evaluar la interrupción del embarazo. Ello debido a que la Guía Técnica no precisa supuestos taxativos para la procedencia del aborto cuando está en peligro la vida o la salud de la madre.

Al respecto, la opinión del MS fue que la Guía Técnica no considera la aplicación del aborto terapéutico por problemas embrionarios o fetales. De este modo, la Clínica sostuvo su defensa en que el médico actuó con diligencia pues su diagnóstico no podía diferir con lo

señalado por la Guía Técnica ni con la opinión del MS en tanto lo que presentaba el feto eran problemas cromosómicos y fetales.

Por su lado, el escrito de la señora Borgoño se centró en cuestionar la pertinencia de esta opinión debido a que el caso no versaba sobre la procedencia o no de un aborto terapéutico por problemas fetales o cromosómicos, sino sobre la evaluación de la salud mental de la gestante a fin de proceder con la interrupción del embarazo y evitar su muerte o daños permanentes en su salud. Por consiguiente, creemos que estos últimos escritos eran relevantes y merecieron una mención por parte de la Autoridad pues el escrito ampliatorio de descargos contenía la consulta al MS y el escrito de la señora Borgoño solicitaba su exclusión explicando su impertinencia en el análisis del caso. Es decir, los escritos agregaban un elemento al debate y merecía que como mínimo, se resalte su pertinencia o no en el procedimiento. Así, debido a que en la Resolución Final 2243-2016/CC1 el debate se centraba en determinar si es que la Clínica cumplió o no con lo establecido en la Guía Técnica, era importante advertir el resultado de la evaluación de estos medios probatorios.

Sobre el particular, debemos partir indicando que la doctrina nacional se encuentra distanciada entre quienes indican que los procedimientos administrativos de protección al consumidor seguidos ante el INDECOPI son de naturaleza sancionadora; entre los que indican que solo tiene naturaleza trilateral; y quienes señalan que es uno de naturaleza mixta. Sin embargo, para el INDECOPI y para el Poder Judicial (cuando resuelve procesos contenciosos administrativos), los procedimientos iniciados por denuncias y que consideran a los denunciantes como partes del procedimiento, son de naturaleza mixta. Ello según la Directiva 004-2010/DIR-COD-INDECOPI - Reglas Complementarias Aplicables al Procedimiento Sumarísimo en Materia de Protección al Consumidor. Y aun cuando la Directiva se refiera al procedimiento sumarísimo, este criterio es aplicable al procedimiento ordinario iniciado por denuncia del consumidor, toda vez que, en sí, nos referimos a procedimientos semejantes.

Ahora bien, nuestra opinión es que los procedimientos administrativos de protección al consumidor son procedimientos sancionadores con reglas especiales. Ello debido a que la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG) no reconoce los procedimientos mixtos. Y la actuación de las entidades de la administración se rige por el Principio de Legalidad, por lo que procederemos a analizar al presente procedimiento como un sancionador con reglas especiales del Procedimiento Administrativo Trilateral (PAT) por la naturaleza de los derechos involucrados.

Comencemos indicando que el procedimiento trilateral se define no por el hecho de que en él haya tres partes involucradas, sino por la independencia e imparcialidad de la autoridad que resuelve el conflicto y la naturaleza del conflicto suscitado entre dos administrados, que es un conflicto intersubjetivo que podría ser resuelto en el Poder

Judicial, pero que el legislador ha decidido otorgarle competencia primaria a una autoridad administrativa para que ella actúe.⁴

Al respecto, Morón Urbina ha señalado que los PAT cumplen con cinco características: (i) la preexistencia de una controversia intersubjetiva de relevancia pública, (ii) que la autoridad administrativa es más neutral respecto a las partes que en un procedimiento lineal tradicional, (iii) que predominan en su estructura los principios de contradicción y debido procedimiento, (iv) la atenuación de la verdad material y la actuación probatoria de oficio y por último, que (v) los titulares de la controversia son los protagonistas del procedimiento⁵. De ellos, nos interesa particularmente, la predominancia del principio de contradicción y debido procedimiento.

En efecto, este principio señala que son las partes quienes activan el procedimiento con el reclamo y con la contestación, debiendo contradecirse entre sí para que se gatille la intervención de la administración, pues de lo contrario, lo alegado por el reclamante se considerará como cierto. Sin embargo, la doctrina autorizada se encuentra de acuerdo en que la disminución de la actividad administrativa para desplegar acciones a fin de comprobar lo alegado por las partes, no significa que esta desconozca su facultad de ordenar y producir pruebas⁶ máxime si existe un interés público inherente a la resolución del procedimiento.

Ante ello, recordemos que la LGAP vigente durante los hechos denunciados, es decir 2014, en su artículo 161.1 indicaba que los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento aportar otros documentos o información que deberá ser analizada por la autoridad al momento de resolver. En efecto, el artículo señalaba:

Artículo 161.- Alegaciones

161.1 Los administrados pueden, en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

Sin embargo, en el marco de los PAT, el artículo 224 de la LPAG indicaba lo siguiente:

Artículo 224.- Prohibición de responder a las contestaciones

La réplica a las contestaciones de las reclamaciones no está permitida. Los nuevos problemas incluidos en la contestación del denunciado serán considerados como materia controvertida. (Subrayado nuestro).

Vemos que hay una diferencia entre los procedimientos administrativos generales y los PAT porque la disposición del artículo 161 se encuentra disminuida como lo señala el 224, en el sentido que un tipo de alegato se encontrará proscrito. En nuestro caso, la autoridad administrativa no consideró ningún escrito ni pedido adicional realizado por las partes, a

⁴ GÓMEZ APAC, Hugo. El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasi jurisdiccional? Revista CDA. Pp.19

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima. Pp.718.

⁶ Ídem.

excepción de la solicitud de informe oral, por lo que podríamos considerar que la Autoridad interpretó el artículo 224 para no atender ningún otro escrito a excepción de la denuncia y los descargos. Esta interpretación tendría un sentido y sería el de salvaguardar la naturaleza célere de los procedimientos administrativos, es decir, evitar una cadena de réplicas y dúplicas que podrían prologarse *ad-infinitud*.⁷ Sin embargo, ¿qué sucede cuando los escritos sí son relevantes?, máxime si estos son, nada menos, una ampliación de descargos del reclamado y la repuesta a esta del reclamante. Ello, en el entendido que pueden contener elementos como una nueva documentación que contradiga los descargos del denunciante o consideraciones particulares que la Administración deberá valorar para no solo darle un sentido a sus decisiones finales, sino porque, de haber sido consideradas, la decisión hubiera sido diferente.

Ante ello, la doctrina por parte del profesor Richard Martin dispone que la prohibición de réplicas a las contestaciones de las reclamaciones es una formalidad rígida innecesaria y genera un “formalismo excesivo”. Indica que debería haberse previsto incluso, la posibilidad de permitir la alegación de nuevos hechos sobrevinientes a la reclamación, o la ocurrencia de alguna circunstancia que tenga incidencia en el desarrollo del procedimiento. Sin ello, se podría observar un detrimento de la vigencia del informalismo y la flexibilidad en el desarrollo del procedimiento administrativo.⁸ Ello en línea con el principio de informalismo que rige los procedimientos administrativos, el mismo que a la letra señala:

“1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.”

Esto quiere decir que, las normas que rigen los procedimientos administrativos deben interpretarse de manera flexible de tal modo que las pretensiones de los administrados no se vean quebrantadas por el solo cumplimiento de una formalidad. De manera más sucinta, las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados.⁹

En ese sentido, ¿podría plantearse, de acuerdo con una interpretación en beneficio del administrado, que el artículo 224 de la LPAG, se ciñe o se ceñía exclusivamente, a aquellas réplicas irrelevantes, retóricas y/o explicativas, que no cambian la dirección de la discusión o que se refería a acontecimientos sobrevinidos luego de la interposición de la denuncia?

⁷ GUZMÁN NAPURI, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pp.642.

⁸ MARTIN TIRADO, Richard. El procedimiento Administrativo trilateral. Pp.231

⁹ Ídem.

Sobre el particular, parte de la doctrina entiende que esta disposición no debe ser entendida como un impedimento al reclamante para presentar alegaciones frente a la contestación presentada por el reclamado, pues el carácter contradictorio del PAT permitiría que ambas partes presenten las alegaciones que estimen pertinentes durante la tramitación del procedimiento. Así, debiera entenderse que el artículo 224 se refiere a la “réplica” como algo similar a la reconvencción o contrademanda, para que, solo en esos casos se restrinja su valoración en el procedimiento.¹⁰

De hecho, el mencionado profesor Richard Martin indica que la regulación del PAT en nuestro país pudo haber contenido disposiciones que atenúen el formalismo de sus preceptos, de lo contrario se estaría rompiendo con la elemental exigencia de concebir al procedimiento administrativo como un cauce flexible de los intereses generales a los que sirve la administración, a diferencia del proceso judicial, que se rige por una combinación de factores dispositivos e inquisitivos.¹¹ La propia naturaleza instrumental del procedimiento administrativo es la que haría que se atenúen las exigencias formales en aras de proteger el interés público, por ello, las disposiciones que prescriben una excesiva formalización del procedimiento deberán ser aplicadas cautelosamente al PAT, permitiéndose la utilización de mecanismos excepcionales que permitan a las partes ejercer sus derechos dentro del desarrollo del procedimiento, sin que ésta circunstancia opere como una camisa de fuerza que les impide ejercer los mismos ante el yugo de formalismos asfixiantes¹², por lo que negarse a actuar determinados escritos iría en contra de este sentido.

Y es que, negarse a valorar de plano cualquier escrito que se ingresen al expediente luego de los respectivos escritos de denuncia y descargos, también iría en contra del principio del debido procedimiento.

En efecto, veamos lo que la LPAG recoge en el artículo IV del Título Preliminar:

“1.2. Principio del debido procedimiento. -

*Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; **a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas**; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. (...)*

Vemos que este principio contempla entre otras, dos manifestaciones que nos interesan a propósito, que es el de exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios y el

¹⁰ GÓMEZ APAC, Hugo. El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasi jurisdiccional? Revista CDA. Pp.19.

¹¹ MARTIN TIRADO, Richard. El procedimiento Administrativo trilateral. pp.231.

¹² Ídem.

de producir pruebas. Pero antes de analizarlas y trasladarlas a nuestro caso, es preciso mencionar lo señalado por nuestra Constitución, precisamente en el artículo 139, el cual indica que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Según el TC, dicha disposición constitucional es aplicable a todo proceso, por lo que también debe cumplirse al interior de un procedimiento administrativo.¹³ Es por ello que, en la sentencia emitida en el Expediente 04289-2004-AA/TC se manifestó conforme a lo siguiente:

*“(…) el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, **incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.***

Ahora bien, con referencia a los aspectos del debido procedimiento mencionados, el TC señala que el derecho a la defensa garantiza que toda persona sometida a un procedimiento administrativo tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de sus derechos e intereses. En tal sentido, se vulneraría el derecho a la defensa cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales necesarios para su defensa o cuando se establecen condiciones para la presentación de los argumentos de defensa (descargo o contradicción).¹⁴ Asimismo, tiene el derecho a ofrecer y producir pruebas que sean pertinentes para fundamentar sus argumentos y su posición, por lo que se debe garantizar que la autoridad administrativa actúe y valore cada una de las pruebas admitidas antes de emitir una decisión.¹⁵

De este modo, el escrito ampliatorio de descargos por parte de la Clínica que contenía, justamente un elemento adicional relevante, como lo es la opinión del MS sobre el aborto terapéutico, debió ser valorado. Ello porque era un escrito que ampliaba sus argumentos de defensa expuestos en un primer momento. Es decir, este escrito debió entenderse como la segunda parte de su defensa, por lo que no existe ninguna justificación jurídica para no haberlo actuado.

Adicionalmente, según la Clínica, este documento aportaba una justificación para que la autoridad administrativa advierta que proceder a una interrupción voluntaria del embarazo cuando el feto presente problemas cromosómicos, no era un caso permitido por la Guía Técnica. Y que, en función a ello, argumentó que la solicitud de la señora Borgoño era imposible de atender y que la denuncia no tendría fundamentación.

¹³ Expediente 6389-2015-PA/TC. Fundamento 4.

¹⁴ Expediente 3741-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 24 al 26.

¹⁵ Según la Guía sobre la aplicación del Principio - Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativo realizada por el MINJUS: *el TC y la Corte IDH han ampliado el catálogo de garantías del debido procedimiento administrativo que se encuentran reconocidas en el TUO de la LPAG. Por lo que, realizando una interpretación axiológica de los derechos, el debido procedimiento administrativo está constituido, entre otros, por el derecho a ser notificado, a acceder al expediente, a la defensa, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, a ser juzgado por una autoridad competente en un plazo razonable y a impugnar las decisiones.*

Por otro lado, el escrito de la señora Borgoño señaló que la discusión era sobre la procedencia de un aborto terapéutico por la afectación a la salud mental y no, como pretendía la Clínica, sobre si correspondía o no un aborto terapéutico por problemas embrionarios o fetales. Además, argumentó que la consulta no versó sobre su caso en particular, sino que fue una consulta general, por lo tanto, la opinión del MS no debía ser merituada por las autoridades.

De este modo, ante estas posiciones opuestas, era necesario que la entidad se manifieste. En ese sentido, consideramos que la Administración no reconoció primero el principio contradictorio propio de los PAT porque es la actividad de las partes la que guía precisamente, el procedimiento, y no valorar los documentos aportados en virtud de este principio, contraviene con lo que se espera obtener con la actividad contradictoria.

Asimismo, como consecuencia directa de lo anterior, se vulneró el principio de debido procedimiento de la Clínica en tanto vulneró su derecho de defensa. Y a su vez, referente a ambas partes, se vulneró el debido procedimiento toda vez que el derecho de que sus pruebas y argumentos sean valorados no fue observado.

5.1.1.2. Determinar si fueron suficientes los argumentos para la negación de la solicitud de audiencia de informe oral y si se habría vulnerado el principio de debido procedimiento y de verdad material

Sobre el particular, de las cinco características de los PAT señalados por Morón Urbina, nos enfocaremos en este punto sobre la verdad material atenuada y la actuación probatoria de oficio para analizar si es que se encontraba justificado la negación de la solicitud de informe oral por parte de la reclamante. Primero, recordemos las tres razones que sustentaron la decisión de la autoridad de no acceder a la solicitud de audiencia de informe oral de la señora Borgoño; estas fueron:

1. El artículo 16 del Decreto Legislativo 1033¹⁶ señala que las partes podrán requerir la realización de un informe oral ante la Comisión y que su denegatoria deberá ser debidamente, fundamentada.
2. En el trascurso del procedimiento las partes han tenido la oportunidad de exponer sus argumentos y han podido plantear su posición respecto a los hechos denunciados presentando pruebas para ello. Por lo que han hecho ejercicio efectivo de su derecho de acción y defensa, siendo razonable que han planteado todos los argumentos que podrían alegar.
3. La Comisión considera que cuenta con elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre la controversia.

¹⁶ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Segundo, veamos lo señalado por el artículo 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG vigente en el procedimiento en cuestión:

1.11. Principio de verdad material. - *En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.*

En ese sentido, aunque la disminución de la actividad investigadora de la Administración en los PAT se sustente en la posición facilitadora e imparcial de la autoridad, queda claro que ello no ocurrirá en cuanto nos encontremos ante casos en los que aparezca un interés público relevante en la decisión a adoptarse.¹⁷

Teniendo ello claro, el artículo 166 de la LPAG vigente a la fecha, señalaba lo siguiente sobre los medios de prueba:

“Artículo 166.- Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. *Recabar antecedentes y documentos.*
2. *Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.*
3. **Conceder audiencia a los administrados**, *interrogar, testigos y peritos, o recabar de las mismas declaraciones por escrito.*
4. *Consultar documentos y actas.*
5. *Practicar inspecciones oculares.”*

Ahora bien, respecto a los informes orales, el artículo 35 del Decreto Legislativo 807¹⁸ indica que:

“Artículo 35.- *Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante ésta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la importancia y trascendencia del caso.”*

¹⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. El Procedimiento Administrativo Trilateral. Expresión formal de la actividad de solución de controversias a cargo de la Administración. 2012

¹⁸ Decreto Legislativo que aprueba las Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

De esta manera, tenemos dos argumentos, uno es que los medios de prueba en un procedimiento administrativo también son los vertidos por lo administrados en las audiencias. Tanto lo que se presenta de manera escrita y documentada, como lo que pueda desarrollarse durante las audiencias, serán elementos de convicción para la autoridad administrativa. Y el otro argumento, es que los administrados tienen derecho a solicitar las audiencias orales pero la autoridad tiene la potestad de decidir cuándo otorgarla y cuándo no.

Ante ello, es pertinente tener en consideración que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su Guía Práctica sobre la Actividad Probatoria en los Procedimientos Administrativos, ha establecido lo siguiente:

“En virtud de lo señalado, con relación al deber de investigar, la autoridad tiene el deber de averiguar si algún acto lesionó o puso en riesgo los derechos fundamentales de las personas o bienes constitucionales. En este tipo de situaciones, la autoridad no puede limitar su análisis a la actuación probatoria de las partes, sino que tiene que saber qué sucedió efectivamente en el caso. La protección de los derechos fundamentales o bienes constitucionales es un asunto público que no solo les concierne a las partes, sino a la sociedad. Por esa razón, la autoridad puede utilizar todas aquellas facultades que le proporciona el ordenamiento para producir pruebas, así no hayan sido propuestas por ninguna de las partes.”¹⁹

De hecho, de acuerdo con Morales Godo, en los procesos civiles, la ventaja del sistema oral es que le permite al Juez estar en contacto con las partes, escucharlos, observarlos, persuadirlos para que acepten algo conveniente, disuadirlos cuando pretende recurrir a la mala fe o a la falsedad.²⁰ Y traemos ello a colación pues se nos explicita la importancia de las audiencias orales y lo que aporta a la resolución de un conflicto.

Ahora bien, la atenuación de la verdad material y de la actuación probatoria de oficio implica que, si bien esta sigue dirigiendo la actividad administrativa, esta se ve mitigada debido a un mandato de imparcialidad a razón de que la administración, en su calidad de decisor, no puede crear ventajas a una parte en particular. No obstante, cuando se presente una desigualdad entre las partes, la Administración debe distribuir el peso de la carga de la prueba hacia quien esté en mejor posición de asumirla y como entidad en pro de los intereses generales, debe ejercer su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento.²¹

Superado ello, es cierto que la autoridad cuenta con la facultad mas no con la obligación de aceptar la solicitud de informe oral de alguna de las partes como bien lo señala el Decreto Legislativo 1033 y el Decreto Legislativo 807, y puede decidir no otorgarlas cuando lo considere pertinente, dentro de la discrecionalidad que ostenta. Sin embargo,

¹⁹ Resolución Directoral 011-2016-JUS/DGDOJ del 13 de diciembre de 2016. Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/12/MINJUS-DGDOJ--Guia-practica-sobre-la-actividad-probatoria-en-los-procedimientos-administrativos.pdf>

²⁰ MORALES GODO, Juan. “La oralidad en el Código Procesal Civil peruano”. Pp. 9.

²¹ MARTIN TIRADO, Richard. El procedimiento administrativo trilateral. Pp. 231.

recordemos que la discrecionalidad de la Administración se encuentra delimitada por criterios que la diferencian justamente, de la arbitrariedad. Para ello tengamos en cuenta lo que ha señalado TC referente a lo que debe entenderse como un acto de la Administración arbitrario y no uno discrecional. Y es que señala que el concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho:

- a. lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica;
- b. lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y
- c. lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

Luego indica que, desde el principio del Estado de Derecho, el principio de interdicción de la arbitrariedad tiene un doble significado:

- a. En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso y el derecho de la justicia.
- b. En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.²²

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad. Por lo tanto, dada la motivación y/o la razón de ser de la decisión; ésta debe ser congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas. No basta pues, cualquier explicación que la Administración convenga en dar ya que éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas.²³

Ante lo expuesto, la entidad podría considerar que tenía elementos de convicción suficientes y que un informe oral no aportaría algo significativo al procedimiento. Ello debido a que en la solicitud presentada por la señora Borgoño se indicó solamente que las intenciones eran la de exponer sus argumentos de defensa. Sin embargo, creemos que no se encuentra cabalmente motivado que, teniendo la facultad para solicitar informes orales a las partes y habiendo, la parte reclamante, ofrecido un medio de prueba adicional para que pueda generarse una mayor atención y entendimiento del caso, la autoridad administrativa haya decantado en que los medios de pruebas postulados habían sido suficientes.

Teniendo en consideración la naturaleza especial que emana la oralidad, es decir, escuchar y observar, de primera mano, cómo se desenvuelven las partes en el

²² Expediente 0090-2004-AA/TC. Fundamento 13.

²³ Ídem.

procedimiento, y máxime si se trataba de un tema delicado y de interés público como los servicios ofrecidos de salud, no resultan congruentes las razones por las cuales se negaron a otorgar el informe oral a la señora Borgoño.

Por lo tanto, somos de la opinión que la autoridad, al negar la solicitud de informe oral de la señora Borgoño no observó el principio atenuado de verdad material y actuación probatoria de oficio de los PAT. Asimismo, se vulneró el principio de debido procedimiento en el ámbito de la debida motivación, pues incluso si se repitieran los mismos argumentos plasmados en los escritos, hubiese resultado valioso apreciar cómo se desenvolvían las partes ante las autoridades, la consistencia de sus argumentos y advertir a qué argumentos y documentos daban énfasis. Por lo que, la decisión no nos parece que se amparó en una discrecionalidad debidamente motivada.

5.1.1.3. Determinar si la entidad administrativa se encontraba obligada a emitir la resolución de primera instancia dentro de los 120 días y si se habría vulnerado el principio de debido procedimiento al incumplirlo

Según el TUPA de la Comisión de Protección al Consumidor, el plazo establecido que tiene la Comisión para resolver es de 120 días hábiles de admitida la denuncia. Al respecto, se entenderá como acto administrativo eficaz, desde la fecha en la que se notificó a la denunciada la resolución admisorio, es decir, el 21 de julio de 2015. En ese sentido, teniendo en cuenta que la resolución final fue notificada a la Clínica el 4 de noviembre de 2016, supone que transcurrieron más de 250 días hábiles para su debida notificación, por lo que se incumplió la disposición del mencionado TUPA.

Al respecto, tenemos que recordar al Principio de Legalidad dispuesto en la LPAG, el cual a la letra indica:

1.1. Principio de legalidad. -

Las Autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Asimismo, teniendo en cuenta que ni en el CPDC ni en los decretos legislativos señalados con anterioridad, se menciona expresamente, consecuencias de no cumplir con el plazo establecido, acudamos nuevamente a la LPAG, pues de manera supletoria podremos advertir si es que esta situación puede ser analizada. En efecto, tenemos por ejemplo lo señalado en el artículo 55 vigente durante los hechos:

Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)

7. *Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades. (...)*
10. *A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.*

Por su parte, tenemos también el artículo 239:

“Artículo 239.- Faltas administrativas

259.1 Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurrir en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente con la suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de: (...)

3. *Demorar injustificadamente, la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo. (...)*

Vemos pues que, según lo dispuesto por estos últimos artículos, la autoridad tenía la obligación de cumplir con los plazos establecidos por su propio TUPA, y cuando, debido a cuestiones razonables se deba prolongar dicho plazo, deberá como mínimo, justificar dichos motivos de tal manera, que los administrados se encuentren al tanto del estado del procedimiento en el cual se ven inmersos máxime, si el acto administrativo pendiente, indefectiblemente, producirá efectos en su esfera jurídica.

Además, dado que estamos frente a un caso donde la reclamante alega una vulneración a derechos fundamentales por parte del proveedor, y que su reclamo fue declarado infundado, se esperaría que la autoridad tenga un ceñimiento razonablemente estricto a los plazos de respuesta, a fin de que la señora Borgoño pueda apelar y continuar con su búsqueda de justicia en el ámbito administrativo.

En efecto, dada la alta carga procesal administrativa en nuestro país podría resultar razonable que existan retrasos para la emisión de las resoluciones. Sin embargo, es importante que el retraso se comunique y además de ello se brinden a las partes, las razones por las cuales no se cumplirá con el plazo establecido en su TUPA. Además de ello, los administrados se encuentran en plena potestad de solicitar estas razones como lo hizo en este caso la señora Borgoño con el escrito de fecha 4 de marzo de 2016 , por lo que la Administración, en un afán de aminorar los efectos negativos de la propia demora, debió responder el escrito.

En ese sentido, recordando que un aspecto que abarca el principio de debido procedimiento es el de obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable, el no cumplimiento del plazo establecido para emitir la Resolución Final 2243-2016/CC1 y que además de ello, no se comuniquen ni se justifiquen las razones de la demora, es una clara vulneración a dicho principio.

5.1.2. Sobre los criterios para la Graduación de la Multa en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI:

5.1.2.1. Determinar si resultó razonable la sanción de 20 UIT a la Clínica

Sobre el particular, en nuestra opinión, el INDECOPI sustenta equivocadamente los cuatro criterios para graduar la sanción establecido por el CPDC. Al respecto en el artículo 112 de esta norma se señala:

“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.*

Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.”

Asimismo, la LPAG vigente disponía:

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. **Razonabilidad.** - *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:*
 - a) *La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
 - b) *El perjuicio económico causado;*
 - c) *La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;*
 - d) *Las circunstancias de la comisión de la infracción;*
 - e) *El beneficio ilegalmente obtenido; y*
 - f) *La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”*

Ahora bien, teniendo claro que ambas normas proscriben la proporcionalidad de la sanción con criterios similares, la siguiente tabla permite identificar de qué manera se aplicaron los diferentes criterios en el análisis de INDECOPI:

CRITERIO	EVALUACIÓN DEL INDECOPI
Beneficio ilícito esperado u obtenido	Se corresponde con el ahorro o ventaja económica que obtuvo la Clínica por no haber adoptado las medidas pertinentes para tramitar correctamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante y en concreto ponerla en conocimiento del médico tratante.
La probabilidad de detección de la infracción	La misma que es alta toda vez que, ante la omisión de tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico presentadas, un consumidor denunciaría fácilmente este hecho ante la autoridad.
El daño ocasionado al denunciante	Se configuró a través de la defraudación de las expectativas legítimas de la denunciante a que se tramite debidamente su solicitud de aborto terapéutico, con la finalidad de que su médico advierta que su embarazo ponía en riesgo su vida o causaba un grave y permanente daño a su salud.
Los efectos negativos al mercado	Este tipo de conductas generan desconfianza en los consumidores respecto de los proveedores que brindar servicios de salud, en tanto los consumidores esperan legítimamente que aquellos tramiten debidamente las solicitudes de aborto terapéutico presentadas.

De este modo, pasemos a analizar cada uno. Respecto al **beneficio ilícito esperado u obtenido por el proveedor** no se sabe de dónde provendría el ahorro mencionado o cómo es que se evidencia una ventaja económica de la Clínica ni cuáles son estas “medidas pertinentes” para tramitar debidamente la solicitud de aborto terapéutico. Primero, ¿es que se debió capacitar adecuadamente a su personal para la correcta atención del procedimiento y haber destinado recursos importantes para ello, y así evidenciar que el beneficio se encuentra representado por los costos evitados? Segundo, ¿la autoridad solicitó la conformación del personal de la Clínica, sus sueldos, lo que ha gastado en capacitaciones a su personal para la atención de abortos terapéuticos meses antes de ocurridos los hechos? No se advierte esta información en el desarrollo de la justificación. Tercero, es menester indicar que, con el argumento señalado se pretendería afirmar que el presunto costo evitado por la Clínica es menor a los 79 mil soles²⁴ y, por lo tanto, merecería la sanción impuesta. Ello en el entendido que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor. Así, advertimos que la evaluación de este criterio no se sostiene.

Por otro lado, respecto a la **probabilidad de detección** se señaló que esta es alta entendiéndose ello como beneficioso para el administrado a quien se pretende sancionar. Y es que este criterio consiste en el análisis de la posibilidad en que la Administración pueda detectar y efectivamente sancionar la conducta infractora, así, considerar la

²⁴ El valor de la UIT en el 2016 era de 3 950 soles por lo que 20 UIT hacían un monto de 79 mil soles.

probabilidad de detección y sanción en el cálculo de la multa es relevante porque actúa como un ponderador del beneficio ilícito. En otras palabras, a mayor dificultad para descubrir la práctica ilícita, mayor será la multa.²⁵

Teniendo ello en consideración, creemos que, en este caso, atendiendo a su particularidad y sensibilidad, son pocas las mujeres que conocen la exigibilidad de la aplicación de la Guía Técnica pues ni siquiera conocen su existencia. Si la señora Borgoño no hubiese sido asesorada por una organización especializada en los derechos sexuales y reproductivos, es probable que no hubiese sabido que se encontraba facultada para impulsar el inicio de un procedimiento contra la Clínica.

Incluso, no puede considerarse que la probabilidad de la detección es alta porque se ha evidenciado que ni la Clínica ni su personal, conocía de los alcances y cómo interpretar debidamente la Guía Técnica como para que sus usuarios se encuentren informados y puedan reclamar su no aplicación. Y es que, son estos elementos los relevantes para graduar diligentemente una multa a fin de que la misma implique en el sancionado, una efectiva disuasión y castigo. En ese sentido, contrario a lo señalado por la autoridad, la probabilidad de detección en el caso es baja.

En el caso del criterio de **daño ocasionado al denunciante**, vemos un análisis en abstracto y general pues no llega a aterrizar en lo que ciertamente, el no tramitar correctamente la solicitud de interrupción del embarazo pudo generar en la gestante y la gravedad en la afectación a su salud y todo lo que ello significa. Consideramos que este criterio de graduación debió ser más expreso evidenciándose el nexo causal entre el incumplimiento de la Clínica y el impacto en la esfera jurídica de la reclamante.

Finalmente, respecto a los **efectos negativos al mercado** solo se indicó que se evidenciaba una desconfianza respecto a la correcta tramitación de las solicitudes de aborto terapéutico. Esto no solo desconoce la gravedad que implicó la no tramitación de la solicitud de la señora Borgoño, sino que soslaya el casi nulo interés que presentó la Clínica para instar a su personal médico a informarse sobre la Guía Técnica y sus implicancias; para solo presentar como efecto negativo en el mercado la desconfianza de los consumidores ¿Cuál es el alcance de este efecto negativo? ¿En qué se sustenta?

De este modo, consideramos que lo desarrollado por la autoridad es deficiente y que, en caso la Clínica no se encontrara conforme con la sanción podría cuestionar la motivación realizada por la autoridad. En efecto, es escueta y no produce certeza sobre los criterios por la cuales considera que 20 UIT sea el monto razonable. En efecto, no se ha acreditado objetivamente sus afirmaciones, solo se remite a expresiones generales que no desarrollan ni fundamentan los criterios que adopta aterrizado a este caso particular.

²⁵ Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi 2013.

Recordemos que, la Administración Pública no puede cometer el error de limitarse a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sin efectuar una apreciación razonada de los hechos en relación con la conducta obligada; contemplando solo los hechos en abstracto, sin tener en cuenta todas las circunstancias asociadas a la conducta que se está persiguiendo.

Al respecto, debemos hacer énfasis en que nos encontramos en la instancia en la que todas las cuestiones deben encontrarse plenamente sustentadas, en la que los hechos deben estar determinados de manera incuestionable, por lo que, bajo ningún concepto, deberán advertirse conjeturas o teorías.

Podemos advertir de ello que, todo el procedimiento administrativo sancionador se sostiene en el nivel de probanza que tiene la Administración para poder determinar indefectiblemente, si es que existe motivos suficientes para sancionar al administrado y que el mismo nivel de probanza servirá para poder imponer la multa correspondiente.

Así, ya en la etapa final se le obliga a la Administración contar de manera determinada y probada los motivos por los cuales se sustentará la decisión de sancionar al administrado. Sin embargo, la entidad en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI basa su análisis en cuestiones que no han sido probadas y, que, además, no han sido motivadas de manera congruente.

De este modo, nos cuestionamos ¿cómo se puede proceder a la graduación de una sanción, si es que como advertimos, la entidad no ha podido desprender del caso, ninguna información concreta que acredite la necesidad y la proporcionalidad de sancionar con ese monto a la Clínica? Y si la multa carecerá de elementos suficientes que justifiquen la sanción a imponer, ¿será legítima la sanción impuesta?

Ello es de suma peligrosidad pues el administrado sancionado puede aducir que no se ha observado las garantías mínimas en el trámite de un procedimiento que evalúa su presunta responsabilidad administrativa y así terminar por deslegitimar un procedimiento que le dio la razón a una denunciante. Así, concluimos que ni resultó razonable ni se motivó debidamente el monto de 20 UIT siguiendo el marco normativo desarrollado sobre la debida motivación y el debido procedimiento.

5.1.3. Sobre el principio de debido procedimiento y la debida motivación en la Resolución 1184-2017/SPC-INDECOPI:

5.1.3.1. Determinar si las solicitudes de ampliación, enmienda y aclaración fueron debidamente declaradas improcedentes

Antes de empezar con el análisis, recordemos que la señora Borgoño solicitó como medidas correctivas que la Clínica se abstenga de ejercer cualquier práctica que implique

conductas discriminatorias contra los consumidores, en especial contra las mujeres que solicitan el aborto terapéutico; que implemente la Guía Técnica y capacitar a su personal para su adecuado cumplimiento, informando a INDECOPI sobre el proceso de implementación. Asimismo, emitir un pronunciamiento público de disculpas por la negativa a la interrupción legal de su embarazo. Y, por último, la devolución de todos los gastos incurridos en la interrupción legal de su embarazo en el Instituto Nacional Materno Perinatal.

Sin embargo, la autoridad interpuso una sola medida correctiva complementaria que fue la de cumplir con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por consumidores. Sobre ello, a efectos de tener un mayor análisis, veamos el siguiente cuadro que resume las solicitudes de enmienda, ampliación y de aclaración interpuestas por la señora Borgoño:

SOLICITUD	CONTENIDO DE LA SOLICITUD	RESPUESTA DEL TRIBUNAL
Enmienda	El Tribunal limitó su pronunciamiento al pago de costas y los costos del procedimiento, omitiendo pronunciarse sobre el reembolso de los gastos incurridos por la falta de idoneidad de los servicios y el perjuicio que no solo le causó en la garantía de sus derechos, sino también en su economía familiar.	Según la norma, la solicitud de enmienda solo procede cuando se ha advertido errores de escritura y cálculo.
Ampliación	Argumenta que solo se ordenó a la Clínica en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por consumidores y no sobre las otras medidas correctivas solicitadas.	Según la norma, la solicitud de ampliación procede cuando el Tribunal no ha resuelto alguno de los puntos controvertidos.
Aclaración	Argumenta que la medida correctiva complementaria ordenada no es clara en el sentido que es una medida declarativa que no determina obligaciones en específico que recaigan en la denunciada y que permitan que hechos como los denunciados no vuelvan a ocurrir. También, dada su generalidad hará imposible su implementación y sobre todo el seguimiento y fiscalización.	Según la norma, la solicitud de aclaración procede cuando exista un concepto oscuro o dudoso que se pueda dilucidar sin alterar el contenido sustancial de la decisión.

Respecto a las solicitudes de enmienda y de ampliación opinamos que, en efecto, no proceden debido a que no atienden a las razones determinadas por el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI. Según su artículo 28 las Salas del Tribunal sólo

podrán enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión. Y respecto la ampliación, esta procederá cuando el Tribunal no hubiere resuelto algunos de los puntos controvertidos, lo cual tampoco se ha cumplido debido a que los puntos controvertidos fueron desarrollados por el Tribunal.

Sin embargo, según la norma citada, la aclaración procede cuando exista algún concepto oscuro o dudoso expresado en la resolución, sin alterar el contenido sustancial de la decisión. En ese sentido, sí consideramos que debió proceder la solicitud de la señora Borgoño en este extremo pues en efecto, la medida correctiva interpuesta, la de cumplir con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por consumidores, no llega a brindar elementos suficientes para saber a qué se encuentra sujeta la Clínica sancionada, es decir, qué es exactamente lo que esta deberá implementar ante un tema de evidente relevancia para la población.

5.2. Problemas de fondo en el razonamiento del INDECOPI

5.2.1. Sobre la infracción al deber de idoneidad por parte de la Clínica

5.2.1.1. Determinar si la infracción del deber de idoneidad por parte de la Clínica fue debidamente analizada

La autoridad administrativa en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI se centró en analizar la conducta de no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora Borgoño el día 18 de diciembre de 2014. Concluyen primero en que se ha determinado que la Clínica no estaba obligada a presentar por escrito una solicitud de aborto terapéutico dirigida a la Jefatura de su Departamento de Ginecología y Obstetricia, asimismo, que no existió la obligación de convocar una Junta Médica ni de realizar dentro del plazo de seis (6) días calendario, el procedimiento de aborto terapéutico requerido por la señora Borgoño. Y finalmente, que la Clínica no debía registrar la solicitud en la HC de la paciente, toda vez que formalmente la misma no fue formulada por el médico tratante. Todo ello debido a que es esta y no la paciente quien debe determinar preliminarmente si correspondería realizar un aborto terapéutico, siguiendo el procedimiento pautado por la Guía Técnica. A saber:

“6.2.1 El/La médico/a tratante que durante la atención de la gestante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave y permanente, informará a la embarazada sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan.

6.2.2 A petición de la gestante el médico/a tratante presenta la solicitud escrita del caso a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección General, del establecimiento de salud.

6.2.3 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia recibe la solicitud, y en la fecha constituye y convoca una Junta Médica, bajo responsabilidad. Debe además informar de inmediato a la Dirección General de lo actuado.

6.2.4 El/La médico/a tratante informará a la gestante o su representante legal la decisión de la Junta Médica. (...)"

No obstante, la Autoridad señala que a pesar de que el doctor Almeyda haya advertido que el embarazo no ponía en riesgo la vida de la señora Borgoño ni causaba un grave y permanente daño a su salud, ello no impedía que la denunciante pueda presentar los estudios o pruebas que creía pertinente para evidenciar algún daño a su salud, mental y física. De este modo, resultaba como un evento posible que el doctor Almeyda llevara una última evaluación a la señora Borgoño con las pruebas adjuntadas el 18 de diciembre de 2014. Es decir, que se tramitara la documentación presentada por la paciente.

En consecuencia, la Autoridad señaló que la Clínica debió haber derivado la solicitud y que el doctor Almeyda la revisara para advertir si el embarazo le causaba un grave y permanente daño a su salud física y mental. Y luego de ello, de corresponder, se pudo convocar a una Junta Médica a través de la Jefatura del Departamento de Ginecobstetricia y así, se decida proceder o no al aborto terapéutico. En ese sentido, en virtud de su derecho a recibir un servicio de salud idóneo, y habiendo tenido la evidencia médica de que el embarazo estaba provocando una afectación a la salud mental de la señora Borgoño, resultaba razonable que la Clínica por intermedio del doctor Almeyda, evaluara nuevamente a la paciente. En ese sentido, la sancionó por incumplimiento de los artículos 18, 19 y 67.1 del CPDC.

Ahora bien, ¿en qué se sustentaría la infracción al deber de idoneidad, a la obligación de los proveedores y a la protección de la salud? El artículo 18 del CPDC 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 estos, las condiciones acordadas y a la normatividad que rige su prestación.²⁶ Asimismo, el artículo 19 del CPDC establece la responsabilidad de los proveedores por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado.²⁷ Por otro lado, en relación a la protección

26

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.

27

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 19.- Obligación de los proveedores

de su salud, el artículo 67 señala que el proveedor de en este caso, servicios de salud está en la obligación de proteger la salud del consumidor, conforme a la normativa sobre la materia. Ello en virtud de del artículo 65 de la Constitución, que señala que el Estado mantiene dos obligaciones genéricas: garantizar el derecho a la información y velar por la salud y seguridad de las personas en su calidad de consumidores o usuarios.

Y para analizar estos aspectos es preciso recordar que es el proveedor quien brinda la garantía respecto de la idoneidad de los servicios que ofrece en el mercado, en función de la información transmitida expresa o tácitamente a los consumidores; y para acreditar la infracción administrativa, son el consumidor o la autoridad administrativa quienes deben probar la existencia de algún defecto. Y por su lado, será el proveedor el que tendrá que demostrar alguna causal para eximirse de la responsabilidad y/o aportar las pruebas que acrediten la fractura del nexo causal o que actuó con la diligencia requerida.

En el caso de los servicios de atención médica es necesario que los operadores de la salud actúen con la mayor diligencia posible, toda vez que cualquier error, voluntario o involuntario, podría ocasionar un daño irreparable en la salud de las y los consumidores. Sin embargo, se ha diferenciado la prestación de aquellos servicios médicos que involucran una obligación de medios²⁸ de aquellos que involucran una obligación de resultados.²⁹ Así, la expectativa que tenga el consumidor dependerá principalmente, del tipo de obligación al que se encuentra sujeto el profesional médico, y, en consecuencia, el establecimiento en donde se presta el servicio. Veamos:

- (i) Servicio médico sujeto a una obligación de medios: cuando un consumidor tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, sí esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado.
- (ii) Servicio médico sujeto a una obligación de resultados: será cuando un consumidor espera que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se han contratado. En tal sentido, un consumidor diligente o razonable considerará cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución de la responsabilidad del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción.³⁰

No obstante, en ambos supuestos, la prestación del servicio médico implica la existencia de un riesgo, el cual podría resultar previsible. Así, de resultarlo, el proveedor tiene la obligación de informar al consumidor acerca de la existencia de este a efectos de brindar

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.

²⁸ Ver Resolución 691-2001/CPC emitido en el Expediente 578-2000/CPC.

²⁹ Ver Resolución 778-2000/CPC emitido en el Expediente 483-2000/CPC.

³⁰ Resolución Final 1128-2016/CC1 en Expediente 648-2015/CC1. Pp. 4-5.

un servicio médico idóneo, máxime, tomando en consideración lo establecido en el artículo 15 literal g) de la Ley General de Salud.³¹

Por lo tanto, de acuerdo con el criterio establecido por la Autoridad, un servicio médico idóneo consiste en aplicar el procedimiento o protocolo correcto de la manera más fiel posible y en todo caso, el que razonablemente, devenga en una mejor atención y bienestar del paciente. Para ello, es necesario precisar que los médicos, para determinar los probables riesgos y plantear el referido tratamiento, deben contar con todos los elementos necesarios, los cuales se obtienen de la información que brinda el paciente y que constan en la historia clínica con la que cuenta.³²

Siendo así, la autoridad administrativa considerará que el operador de la salud ha cometido una infracción administrativa por violación de las normas de protección al consumidor cuando compruebe que el servicio brindado es evidente o manifiestamente negligente. En otras palabras, que la conducta no admita justificación alguna.

En atención a ello, se considerará como un servicio no idóneo, aquel servicio en que el médico incumple las condiciones mínimas establecidas en las guías prácticas, protocolos médicos reconocidos por la comunidad médica o los que resulten abiertamente incompatibles con un deber mínimo de cuidado, exigible en su calidad de profesional de la salud.³³

En ese sentido, consideramos correcta la decisión final de la Autoridad por haber comprendido que la negación de la Clínica a través del médico tratante, de dar trámite correcto y razonable a la solicitud de aborto terapéutico debido a que fue una conducta que no correspondió a las garantías ofrecidas a la consumidora y las exceptivas razonables de esta a sus servicios; así como, una conducta negligente en términos médicos. La Clínica no presentó los medios probatorios suficientes para demostrar que actuó con diligencia o que obró algún eximente de responsabilidad o evento fortuito o de fuerza mayor que haya roto el nexo causal entre su acción con las consecuencias de su conducta.

Sin embargo, si bien la negación de la denunciada a través del doctor Almeyda de volver a evaluar la salud de la señora Borgoño es, en absoluto, una afrenta al deber de idoneidad en el servicio y también a la protección de su salud de la paciente; es preciso recordar que ello no fue solo resultado de la decisión de evaluar una única vez el estado físico de la señora Borgoño durante la gestación, que ya había sido considerado de alto riesgo. Sino también de obviar una nueva evidencia médica propuesta por la paciente, y lo que resulta para nosotros soslayado por la Autoridad, la ausencia de la evaluación a la salud mental

³¹ **LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 15. Toda persona usuaria de los servicios de salud tiene derecho: (...) g) a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren. (...)

³² Resolución Final 1128-2016/CC1 en Expediente 648-2015/CC1. Pp. 4-5.

³³ Ídem.

de la señora Borgoño desde el momento primigenio en la consideración preliminar del doctor Almeyda para informar sobre la posibilidad de la interrupción de la gestación por motivos médicos. Así lo veremos a continuación.

5.2.2. Sobre la salud mental de la señora Borgoño:

5.2.2.1. Determinar si la Clínica se encontraba obligada a evaluar la salud mental para el procedimiento de aborto terapéutico y si una amenaza a su salud mental justificaba el inicio del procedimiento

La autoridad administrativa en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI resolvió sancionar a la Clínica porque esta debió derivar la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014 (con el diagnóstico de la psiquiatra) para que el Dr. Almeyda evalúe si el embarazo de la denunciante causaba un grave y permanente daño a su salud mental, tal y como concluyó la psiquiatra Rondón, como lo hemos visto en el punto anterior. La Autoridad por ello realiza un pronunciamiento acerca de la salud y en especial, de la salud mental como derecho fundamental de la denunciante indicando que su sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en el derecho a la salud.

No obstante ello, podemos evaluar dos hechos relevantes, primero, que, si bien la autoridad consideró que la Clínica no actuó razonablemente porque no se trasladó al médico los documentos remitidos por la paciente, no se percató que la obligatoriedad recaída en la Clínica era la de evaluar la salud mental.

Como segundo hecho, observamos que la autoridad consideró que el Dr. Almeyda debió realizar una suerte de confirmación sobre el diagnóstico de la psiquiatra Rondón, pues concluyó que la Clínica debió alcanzarle el documento con el diagnóstico para que “evalúe” con ello, si correspondía o no, activar el procedimiento de la Guía Técnica.

Vemos que la salud mental de una mujer gestante primero no fue considerada al momento de evaluar la posibilidad de un aborto terapéutico y segundo, que, incluso habiendo un diagnóstico clínico sobre la afectación a ella, no fue suficiente pues el doctor Almeyda debía revisarla.

En ese sentido, analizaremos si la Clínica se encontraba obligada a evaluar la salud mental de la gestante para concluir si es que su caso amerita la interrupción del embarazo. Y segundo, si es que el diagnóstico de afectación en la salud mental de la gestante es suficiente por sí misma para la intervención según la Guía Técnica.

Pero antes de tratar estos puntos, es preciso señalar qué es lo que señala respecto a la finalidad de su propia implementación:

“Asegurar la Atención Integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su

salud un mal grave y permanente, en el marco de los derechos humanos, con enfoque de calidad, género e interculturalidad.”

Asimismo, su objetivo se cifiene a lo siguiente:

“Estandarizar los procedimientos para la atención integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme dispone el artículo 119 del Código Penal y normas legales vigentes.”

Ante ello, podemos apreciar que la Guía Técnica está dedicada a dirigir la puesta en práctica del contenido señalado en el artículo 119 del Código Penal, en decir, dado que la interrupción voluntaria del embarazo por razones médicas no es punible, debía darse sentido a los alcances de esta posibilidad jurídica, debido a que es la única causal que se encuentra exenta de persecución y sanción penal. Asimismo, vemos algo evidente, y es que este protocolo está guiado, expresamente, a salvaguardar la vida y la salud de la persona gestante.

Recordemos que el artículo 119 del Código Penal señala a la letra:

“No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

Ahora bien, observando los escenarios permitidos por la Guía Técnica, tenemos una lista de 11 entidades clínicas ante las cuales los médicos tratantes deberán actuar y comunicar a la gestante el peligro en el cual se encuentra. Las 10 primeras entidades son puntualmente, complicaciones en la salud física como, por ejemplo, hipertensión arterial crónica y evidencia de daño de órgano blando o lupus, diabetes o neoplasia maligna. Sin embargo, lo que nos apremia en esta evaluación es lo dispuesto en el numeral 11, el cual señala lo siguiente:

“Sobre la base de lo consensuado por sociedades médicas del Perú se consideran las siguientes entidades clínicas de la gestante, en las que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo: (...)

11. **Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.”**

De este modo, tenemos que analizar a qué se refiere el dispositivo legal cuando señala que la aplicación del aborto terapéutico procederá cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o evitar en su salud un mal grave y permanente. Ello porque se advierte que el contenido es general y abierto a interpretaciones. Además, de una simple lectura, se puede colegir que dependerá enteramente del criterio médico para encausar

cualquier otra entidad médica de la gestante en el numeral 11. Y justamente, es la única causal en donde podría entrar la evaluación a la salud mental.

Y es en este punto en donde debe sentarse las bases de la aplicación de esta causal, porque a lo largo de todos estos años, desde la entrada en vigencia del artículo 119 del Código Penal en el año 1924 hasta la actualidad, no es claro el alcance del concepto “salud” ni del supuesto “amenaza de daño grave o permanente”.

Comencemos entonces por el concepto de salud. Para ello nos apoyaremos, en lo dispuesto por nuestra Constitución precisamente, en el artículo 1 donde afirma que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en el artículo 2 que reconoce el derecho de toda persona a la integridad “moral, psíquica y física”; en el artículo 7 cuando señala que todos tienen derecho a la protección de su salud; y, por último, en el artículo 13 que dispone que la protección del derecho a la salud se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada.

Por su parte, la salud también se encuentra reconocida en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, según el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por otro lado, el Protocolo de San Salvador ³⁴ prevé, en su artículo 10 que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Al respecto, los tratados internacionales que un Estado ratifica, como los mencionados previamente, son de obligatorio cumplimiento, pues este se ha conminado a cumplirlos de manera voluntaria. Ello lo señala la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, precisamente, en sus artículos 26 y 27 que indican que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*Pacta sunt servanda*) y que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para incumplir un tratado.

Recordemos que en nuestra Constitución en el artículo 55, justamente, se encuentra recogido que los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional. Asimismo, en su Cuarta Disposición Final y Transitoria se estipula que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados ratificados por el Perú.

Es por ello que, el TC en el año 2006 ha establecido que el contenido de los tratados sobre derechos humanos tiene rango constitucional, indicando que estos prevalecerán sobre las

³⁴ El Protocolo de San Salvador completa la Convención Americana de Derechos Humanos.

normas con rango de ley y las demás normas de menor jerarquía. Asimismo, ha señalado que estos tratados no solo forman parte del ordenamiento nacional, sino que los poderes públicos deben incorporar dentro del contenido constitucionalmente protegido de los derechos, a los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los tratados. Finalmente, señaló que, todo organismo público debe observar y considerar, de manera obligatoria, la interpretación de los tratados de derechos humanos de los que Perú es parte que hayan realizado los tribunales internacionales.³⁵

Ahora bien, nuestro TC también ha señalado en una sentencia del 2008 que, el derecho a la salud en su dimensión de libertad implica la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación. Es decir, se trata del derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.³⁶

Y en cuanto a su dimensión prestacional, el TC señaló que como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana.³⁷

Ello va acorde con lo que la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) estableció en 1942 sobre la salud definiéndola como un estado de completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Asimismo, señalando que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social."³⁸ De este modo, cuando el artículo 119 del Código Penal alude a la salud, se debe entender que abarca tanto a la salud física, como a la mental y a la social.

Ahora bien, respecto a la salud mental en específico, el TC ha desarrollado este derecho indicando que tiene 4 características al amparo de los dos instrumentos internacionales mencionados:

- a) el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud;
 - b) el derecho a la salud tiene como único titular a la persona humana;
 - c) el derecho a la salud mental tiene como contenido el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental que le permita a la persona humana vivir dignamente;
- y,

³⁵ Expediente 2730-2006-PA/TC. Fundamentos 9 y 10.

³⁶ Expediente 2480-2008-PA/TC. Fundamentos 5, 6, 7.

³⁷ Idem.

³⁸ OMS. Definición de Salud. Preámbulo de la Constitución de la organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

- d) la salud protegida no es únicamente la física, sino que comprende, también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana. (...)

De este modo, el TC considera que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en los derechos a la salud y a la integridad psíquica. Ello debido a que la preservación de la vida humana no se limita solamente a proteger la supervivencia biológica de la persona humana, sino que también se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud. Por ello, considerar al ser humano integralmente, como una unidad física y psíquica, es imperativo, en vista de cautelar su desenvolvimiento vital dentro de unas condiciones mínimas de dignidad.³⁹

Así, teniendo presente que el derecho a la salud mental tiene por finalidad la protección de los derechos a la salud, a la integridad personal y a una vida en condiciones dignas, se puede enunciar el contenido del derecho a la salud mental, en el siguiente sentido:

- a. El derecho a acceder a tratamientos adecuados e idóneos, sean ellos de orden preventivo, curativo o paliativo, cuando las personas tengan problemas para disfrutar del más alto nivel posible de salud mental, tratamientos que deben formar parte del sistema de salud y seguridad social.
- b. El derecho a que la atención médica sea integral, es decir, que comprenda todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud mental del paciente. (...)⁴⁰

Ahora bien, la OMS en el 2001 emitió un informe en el cual ahondó en el entendimiento sobre este pilar de la salud en el contexto de la gestación, indicando que no existe un único criterio para definirla y que el concepto de salud mental abarca entre otros aspectos el bienestar subjetivo, la percepción de la propia eficacia, la autonomía, la competencia, la dependencia intergeneracional y la autorrealización. Por lo que, es indispensable que las mujeres que se encuentren gestando con complicaciones, reciban atención especializada tanto por parte de médicos como psicólogos y médicos psiquiatras y acceso a información adecuada, todo ello para contribuir a prevenir el daño grave y/o permanente en la salud mental de la mujer gestantes.⁴¹

³⁹ Expediente 2480-2008-PA/TC. Fundamentos del 10 al 17.

⁴⁰ Expediente 2480-2008-PA/TC. Fundamentos del 10 al 17.

⁴¹ ESCRIBENS PAREJA, Paula. Aborto terapéutico y salud mental. *Revista Justicia de Género*. DEMUS, Estudios para la Defensa de la Mujer. Pp. 10 OMS. "Aborto sin riesgos" Guía técnica y de políticas para sistemas de salud Pp. 92 Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77079/9789243548432_spa.pdf;jsessionid=BA5B311567A0C67C820087A57AC592EE?sequence=1 Consulta (22/06/2019)

En ese sentido, ya habiendo decantado en lo que deberá entenderse como salud y salud mental, es preciso traer a colación lo que en el año 2012 la “Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud” nuevamente a cargo de la OMS, señaló en relación con el aborto terapéutico. Esta indicó que, si bien en la mayoría de los países se permiten el aborto para salvar la vida de la mujer embarazada, algunos países han reglamentado listas detalladas de lo que consideran condiciones médicas que ponen en peligro su vida. En ese sentido, la complejidad recae en que dichas listas pueden interpretarse restrictivamente o considerarse taxativas, cuando, por el contrario, apuntan a ilustrar las situaciones que se consideran una amenaza para la vida y la salud y no excluyen el criterio clínico de lo que es riesgoso para la vida de una mujer determinada. Por eso es esencial que se conozca la existencia de los servicios de aborto terapéutico, que estos estén disponibles y que los proveedores estén capacitados.⁴²

De este modo, es importante que se desarrolle con fundamento jurídico y científico el alcance que deberá darse al enunciado “amenaza de daño grave o permanente” a la vida o salud de la mujer gestante. Al respecto, esta Guía estableció que:

“el cumplimiento de los derechos humanos requiere que las mujeres puedan acceder al aborto sin riesgos cuando está indicado para proteger su salud. Es ampliamente conocido que la salud física incluye condiciones que agravan el embarazo y aquellas agravadas por el embarazo. El área de la salud mental incluye la angustia psicológica o el sufrimiento mental causado, por ejemplo, por actos sexuales obligados o forzados y el diagnóstico de un daño fetal grave. También se toman en cuenta las circunstancias sociales de la mujer al momento de evaluar el riesgo para la salud.”⁴³

De hecho, ya que todos los países que son miembros de la OMS aceptan la descripción constitucional de la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, esta descripción de la salud completa está implícita en la interpretación de las leyes que permiten el aborto para proteger la salud de las mujeres. En ese sentido, es importante advertir que la salud de la mujer gestante puede ser afectada por diversas razones, y puede ser el embarazo en sí mismo el origen de la complicación, impidiendo un tratamiento oportuno o agravando una enfermedad preexistente.⁴⁴ Por lo tanto, el entendimiento sobre la salud de la gestante deberá comprender no solo complicaciones físicas, sino las implicancias hacia la salud mental de la mujer, y no solo a patologías, sino que abarca a los riesgos de que su salud se vea afectada.

⁴² OMS. “Aborto sin riesgos” Guía técnica y de políticas para sistemas de salud Pp. 92 Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77079/9789243548432_spa.pdf;jsessionid=BA5B311567A0C67C820087A57AC592EE?sequence=1 Consulta (22/06/2019)

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Barfield WD, Warner L. Preventing chronic disease in women of reproductive age: opportunities for health promotion and preventive services [editorial]. *Prev Chronic Dis* 2012; 9:110281. DOI: <http://dx.doi.org/10.5888/pcd9.110281>. En CHÁVEZ-ALVARADO, Susana. *Aborto Terapéutico, Ausencia Injustificada en la Política Sanitaria*. *Rev Peru Med Exp Salud Pública*. 2013;30(3):495

Y es que, debe tenerse en cuenta el ánimo no restrictivo de la Guía Técnica dirigido a la mayor protección de la vida y la salud de la mujer en situación de riesgo inminente. En efecto, según el médico Luis Távara Orozco: *“la causal número 11 se puso porque no debe haber una receta de cocina para esto. Si miramos la clasificación de la OMS, hay más de 4.000 enfermedades, y éstas pueden afectar a la mujer durante el embarazo. Es decir, no existen sólo ni 10 ni 11 razones médicas que permiten a una mujer acceder al aborto terapéutico”*.⁴⁵

De este modo, para solicitar y acceder a la interrupción legal del embarazo no es necesario que la gestante esté agonizando o en inminente peligro de muerte, sino que es suficiente con que exista amenaza de daño grave y permanente en su salud y por salud, no debe enfocarse solo en la salud física sino en la mental. Tan es así que es indispensable que las mujeres que se encuentren gestando con complicaciones, reciban atención especializada tanto por parte de médicos como psicólogos y médicos psiquiatras y acceso a información adecuada, todo ello para contribuir a prevenir el daño grave y/o permanente en la salud mental.

Ahora bien, es importante mencionar al Dictamen emitido con la Comunicación 115/2003 del 24 de octubre de 2005, por el Comité de Derechos Humanos que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Este comité actuó ante el pedido efectuado por la adolescente peruana de iniciales K.L. por la negativa del estado peruano a prestarle servicios médicos relacionados a un aborto terapéutico.

En él se señaló que nuestro país resultó responsable por las violaciones a los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y tuvo como conclusiones que correspondía la interrupción del embarazo gracias al diagnóstico de que el feto era anencefálico.⁴⁶

Y es que el Comité observó que la denunciante acompañó una declaración médica que acreditaba que debido a su embarazo su vida se encontraba en riesgo. Además, quedó con secuelas psicológicas severas acentuadas por su situación de menor de edad, como lo estableció su diagnóstico psiquiátrico. De este modo, este hecho le implicó sufrimiento por haber sido sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como que significó que el Estado intervenga en su vida privada de manera arbitraria. Por lo tanto, el Comité

⁴⁵ PROMSEX. ¿Cómo se está cumpliendo el protocolo del aborto terapéutico? Entrevista a Luis Távara Orozco Coordinador para los países de América del Sur de la Iniciativa FIGO “Prevención del Aborto Inseguro”; presidente del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología. En <https://promsex.org/como-se-esta-cumpliendo-el-protocolo-del-aborto-terapeutico/>

⁴⁶ “Artículo 7 Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. (...) Artículo 17 Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (...) Artículo 24 Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (...)”

determinó que el Perú tenía y tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

Por otro lado, el caso de la peruana de iniciales L.C. fue presentado ante el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) debido a la negativa de los médicos del hospital a practicar el aborto terapéutico a esta adolescente en ese entonces de 13 años, quien fuera violada sexualmente, para poder efectuar la intervención quirúrgica en su columna vertebral, tras haberse intentado suicidar lanzándose al vacío desde el techo de una casa. El retraso en la intervención quirúrgica privó a L.C. de la posibilidad de una mayor recuperación del movimiento de sus extremidades. No se aseguró el acceso a servicios esenciales para la mujer como el aborto legal, por lo que se vulneró el cumplimiento de sus obligaciones a la luz de este tratado.

Por ello el Comité de la CEDAW determinó que el Estado peruano era responsable internacionalmente por las violaciones de la Convención respecto a los artículos 1 al haberse advertido discriminación contra la mujer; 2, referido al acceso a la justicia y a la obligación del Estado de adoptar todas las medidas adecuadas para erradicar la discriminación contra la mujer. Por otro lado, se violó el artículo 3 en relación con la garantía del pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales; el artículo 5 referido a eliminar patrones socioculturales en los que prevalezcan las funciones estereotipadas de mujeres y, por último, el artículo 12 respecto al acceso a atención médica en condiciones de igualdad.

El Comité recomendó entonces que el Perú entre otras medidas, establezca un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico que garantice el derecho a la salud física y mental de las mujeres y tomar medidas para las disposiciones pertinentes de la Convención y la Recomendación General 24⁴⁷ en relación con la garantía de los derechos reproductivos en los centros de salud.

Por lo tanto, nuestro país antes de la ocurrencia de los hechos del caso de la señora Borgoño, ya había sido encontrado responsable por no haber garantizado el acceso al aborto terapéutico en mujeres que se encontraron en riesgo de que su salud, tanto física como mental, se vea perjudicada por seguir gestando. Asimismo, el Estado ya tenía conocimiento de los alcances de la salud, la salud mental, la necesidad de tener y aplicar lo establecido en un protocolo institucionalizado para la intervención de abortos terapéuticos por los profesionales médicos en todas las entidades que brinden servicios de salud. De hecho, particularmente, es luego del caso L.C., que se elaboró y aprobó la Guía Técnica a fin de dar cumplimiento a las exhortaciones del Comité CEDAW.

Recordemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de

⁴⁷ Recomendación General sobre la Mujer y la Salud que el 2 de febrero de 1999 indicó que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la CEDAW.

diciembre de 1996, las mismas que entraron en vigor el 23 de marzo de 1976. Para nuestro país el instrumento de ratificación del Protocolo fue depositado el 3 de octubre de 1980 y su entrada en vigor fue a partir de 1981. Y la CEDAW se ratificó el 4 de junio de 1982 y entró en vigor el 13 de octubre del mismo año. Por su parte, el Protocolo Facultativo que permite acudir a dicha instancia y que obliga al Perú a cumplir con lo que se señale en los Dictámenes, está vigente desde el 9 de abril de 2001.

De esta manera, el Estado peruano reconoce la competencia de los mencionados Comités para recibir y considerar comunicaciones de personas que se hallen bajo su jurisdicción y que aleguen haber sido víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en dichos tratados.

En ese sentido, concluimos que previamente a que la Clínica no tramitara la solicitud de la señora Borgoño con la evidencia médica el 18 de diciembre de 2014, la Clínica no cumplió con la Guía Técnica en tanto el médico tratante no evaluó cabal y suficientemente, la salud de su paciente antes de emitir la decisión de que su estado no calzaba en ninguna de las causales para la aplicación del aborto terapéutico.

Y cuando nos referimos a evaluar el estado de la paciente, nos referimos justamente a evaluar su salud tanto física, mental y social para justificar la solicitud de aborto terapéutico ante la JM. Recordemos que quien determina e informa la existencia de riesgos a causa del embarazo es el médico encargado apoyando su evaluación en evidencia médica acompañada con el análisis de la situación particular de cada mujer, con variables como la disponibilidad de recursos, situación de violencia,⁴⁸ vulnerabilidad, etc., como lo establece la OMS, la Constitución y el TC.

Por lo tanto, concluimos que luego de la evaluación de cada instrumento nacional e internacional a través de una interpretación armónica y garantista, debió activarse un protocolo establecido por la Clínica para abordar la situación de la señora Borgoño de manera diligente y acorde con las normas, en donde se le atiende y evalúa, rápidamente, su estado de salud física, mental y social para que el médico tratante recién pueda decantar en una conclusión. Asimismo, informarle las implicancias que tendría el seguir con la gestación, a fin de que esta decida solicitar la interrupción de su embarazo con recomendación médica.

Ahora bien, también concluimos que resultaba suficiente para activar el procedimiento de aborto terapéutico tener un diagnóstico médico referido a la salud mental y que indicara que la paciente se encontraba en peligro de persistir con la gestación. Pues como hemos podido desarrollar, se puede concluir que cuando la salud mental se encuentra en riesgo, el supuesto calza en el numeral 11 de la Guía Técnica sin mayor cuestionamiento, por lo

⁴⁸ CHÁVEZ-ALVARADO, Susana. *Aborto Terapéutico, Ausencia Injustificada en la Política Sanitaria*. Rev Peru Med Exp. Salud Pública. 2013;30(3) 498

que una amenaza a su salud mental justificaba la evaluación de la JM y se habría procedido con la intervención.

5.2.2.2. Determinar si la Clínica podría negarse a aplicar el aborto terapéutico

Sobre el particular, luego del análisis previo tenemos que, si bien todas las instituciones médicas, sean particulares o privadas tienen la obligación de que, ante un caso de gestaciones complicadas y peligrosas, sus profesionales evalúen las situaciones de cada mujer embarazada; llega la interrogante sobre qué sucedería cuando una entidad particular como la Clínica o un médico, señale que puede evaluar el estado de la gestante, pero no ejecutar la interrupción del embarazo amparados en la objeción de conciencia. En ese caso tendríamos que tratar el supuesto de una objeción de conciencia institucional y del personal médico en su aspecto jurídico.

Comencemos por el ámbito del personal médico. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, indicó que, si bien en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no menciona explícitamente el derecho de objeción de conciencia, ese derecho puede derivarse del artículo 18 que trata sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Al respecto, la objeción de conciencia forma parte del contenido de las libertades de conciencia y de religión, dispuestas en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución donde señala que *“toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público”*.

Ahora bien, a partir de ello, es importante señalar lo desarrollado por el TC en las sentencias 02430-2012-AA y 0895-2001-AA/TC. La primera indica que la objeción de conciencia representa un exponente del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión, y la última desarrolla el contenido de los derechos a la libertad de conciencia y religión de la siguiente manera:

“El derecho a la libertad de conciencia supone el derecho de toda persona de formarse libremente la propia conciencia, de manera tal que aquella formación se vea exenta de intromisiones de cualquier tipo. El libre desarrollo de la personalidad del individuo implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. (...)

Por otra parte, la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto (...) En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.”

Por lo que tenemos que ambos derechos son distintos pero que la objeción de conciencia alcanza para ambas libertades. Al respecto, en nuestro país, se promulgó la Ley 29365,

Ley de Libertad Religiosa que en su artículo 4 dispone que la objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, debido a sus convicciones morales o religiosas. Asimismo, indica que: *se ejerce la objeción de conciencia cuando alguien se ve en la imposibilidad de cumplir una obligación legal por causa de un imperativo moral o religioso grave o ineludible, reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece.*

De lo que podemos apreciar es que, se ha indicado una condición, la persona podrá ejercitar la objeción de conciencia en tanto, el imperativo se encuentre reconocido por la entidad religiosa a la que pertenece. Lo que implicaría que la objeción de conciencia solo podría darse por razones morales o religiosas y de este modo, no se tomaría en cuenta que este derecho puede también basarse en otras motivaciones relevantes, como son la ética, la ideología, entre otros.

Sin embargo, opinamos que, a través de una interpretación garantista de la norma, se podrá advertir que esta limitación del reconocimiento de una entidad religiosa podría amparar la objeción de conciencia a razón de la libertad de religión, pero en tanto se alegue la libertad de conciencia, no tendría que exigirse que una institución reconozca la consigna ideológica, filosófica, ética, del individuo.

Sobre el particular, la sentencia 0895-2001-AA/TC detalla lo que abarcaría alegar la objeción tanto para la libertad de religión y conciencia. En primer lugar, señala que para ambos casos la objeción de conciencia tiene naturaleza excepcional dado que considerarla la regla, pondría en riesgo los mandatos jurídicos. Y que, en atención a ello, debe tenerse en cuenta que la objeción de conciencia no podrá estar fundada en meras opiniones o ideas, sino que, tratándose de la protección de la libertad de conciencia y de religión, la objeción debe sustentarse para el caso de la libertad religiosa, en convicciones que, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han alcanzado en el individuo un "*cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia*" (Sentencia *Campbell and Cosnas y The United Kindom*, del 25 de febrero de 1982) y que además, la comprobación de la causa de exoneración debe ser fidedigna.

Respecto a la objeción de conciencia concerniente a las convicciones no religiosas, estas al menos deben poseer una *intensidad axiológica equiparable a lo religioso*, es decir, deben tratarse de ideas o creencias que desempeñen en la vida de la persona un *papel semejante al que ocupan los preceptos religiosos dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento del individuo*. Por lo tanto, la procedencia de la negativa de cumplir con el deber jurídicamente exigible debe ser declarado expresamente en cada caso y no podrá considerarse otorgado *de* manera meramente automática.

En ese sentido, hasta el momento tenemos que la objeción de conciencia es un derecho que se desprende de la libertad de religión y de conciencia alegada por un individuo para no cumplir con un mandato legal, pero este derecho será de carácter excepcional por lo que antes de otorgarse, el caso deberá ser debidamente evaluado. Ahora bien, respecto

a la posibilidad en la que el médico se abstenga a ejecutar el servicio, veamos lo que señala la Ley General de Salud:

“TITULO PRELIMINAR”

XII. *El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública. **Las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros.***

Ante ello, vemos que la norma general no contempla la posibilidad de que el médico se oponga a la realización de un procedimiento o intervención dispuesto legal o administrativamente, debido a que ello atenta contra sus convicciones filosóficas o religiosas,⁴⁹ cuando se presente un caso en donde la falta de atención derive en riesgos para la salud de una persona. En efecto, el médico se ve obligado a ejecutar su profesión cuando lo apremie una situación riesgosa para la salud de un tercero, es decir, de un paciente, sin excepción alguna.⁵⁰

Por otro lado, respecto a la objeción de conciencia por parte de una institución debemos partir indicando en qué supuestos una entidad de servicios de salud no podría aplicar el aborto terapéutico, según la Guía Técnica:

“En los establecimientos de salud con categoría menor a 11-1 y II-E, en que se presente una solicitud de aborto terapéutico por indicación médica, la gestante deberá ser referida a un establecimiento de salud de mayor complejidad bajo responsabilidad.”

Vemos que en el único supuesto en donde no se aplicará el aborto terapéutico en la sede en la que se presente el caso o la solicitud, será cuando el establecimiento no sea de la categoría 11-2 y II-E. Incluso, bajo responsabilidad, la paciente deberá ser derivada a uno que sí cuente con esa categoría. Entonces, tenemos que, en el plano de la Guía Técnica, presentado el caso en el que se ingrese una solicitud de aborto terapéutico, el establecimiento tiene la obligación, bajo responsabilidad, de atenderlo en sus establecimientos salvo la excepción mencionada.

Por su parte, a modo de referencia, es importante tomar en cuenta que la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que:

(...)

⁴⁹ TÁVARA OROZCO, Luis. Objeción de conciencia. *Simposio: Bioética y Atención de la Salud sexual y Reproductiva*. 2017

⁵⁰ **LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD - Artículo 122.**- La Autoridad de Salud se organiza y se ejerce a nivel central, desconcentrado y descentralizado. La Autoridad de Salud la ejercen los órganos del Poder Ejecutivo y los órganos descentralizados de gobierno, de conformidad con las atribuciones que les confieren sus respectivas leyes de organización y funciones, leyes orgánicas o leyes especiales en el campo de la salud.

- a. *La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado, sólo es posible reconocerlo a personas naturales;*
- b. *La objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva.*
- c. *La objeción de conciencia aplica sólo a prestadores directos y no a personal administrativo.*⁵¹

En esta oportunidad, dicho Tribunal considera que la conciencia representa un atributo exclusivo a la condición humana, por lo que si bien las personas jurídicas son titulares de ciertos derechos y obligaciones atribuibles a las personas naturales, la libertad de conciencia y religión es un derecho que recae únicamente en cabeza de las personas naturales y que no puede ser confundido conceptual y jurídicamente con el derecho a la libertad de empresa, del cual es titular la persona jurídica.⁵² En efecto, como hemos podido desarrollar, una atribución inexorable es que exista la conciencia individual de una persona natural para poder hablarse del derecho a la libertad de conciencia y religión, por lo tanto, las personas jurídicas no pueden ser titulares de tal derecho y, por lo tanto, tampoco a la objeción de conciencia.

Ahora bien, teniendo preliminarmente estas consideraciones, pero también reconociendo que en nuestro país aún no contamos como una normativa específica al respecto, veamos los aspectos de la objeción de conciencia y la salud reproductiva alegada tanto por una persona natural como jurídica. Sobre el particular, el informe sobre Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), reconoce la objeción de conciencia de los médicos y la forma en que dicha manifestación puede “colisionar con la libertad de los pacientes”. Ante ello, la CIDH determinó que “el equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia”⁵³. Asimismo, en la misma sentencia señalada previamente, el Tribunal Constitucional de Colombia indicó:

- a. *En caso de que un médico alegue la objeción de conciencia, está en la obligación de proceder a remitir a la mujer a otro médico que sí puede realizar el servicio médico solicitado, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.*
- b. *La objeción de conciencia procede cuando se trate realmente de una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada y debe presentarse por escrito, siguiendo el médico que la invoca la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a un médico que pueda proporcionar el servicio en salud reproductiva requerido, ello con la finalidad de impedir que la negación constituya una barrera en el acceso a la prestación de servicios de salud reproductiva”*

Ello respecto a que quien la alega es un profesional de la salud. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Chileno manifestó que en referencia a una objeción de conciencia

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-209, M.P. Clara Inés Vargas, (2008). Párr. 97.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 M.P.: Jaime Araújo Rentería; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *supra* note 112.

⁵³ CIDH, ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA REPRODUCTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS (2011), <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresaccesoinformacionmateriareproductiva.pdf>. Párr. 95

institucional que, en tanto no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales, sino que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas⁵⁴, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción.⁵⁵

Asimismo, señaló la necesidad de que el Ministerio de Salud dicte los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo.⁵⁶

Por lo tanto, vemos que nuestro país no ha establecido límites para la atención de un aborto terapéutico por objeción de conciencia, de hecho, la norma general niega dicha posibilidad. Asimismo, es preciso basarnos en la obligatoriedad que tiene el Estado de velar el cumplimiento de lo establecido en la Guía Técnica, considerando que el Perú ha suscrito y ratificado tratados internacionales y demás documentos en materia de derechos humanos que comprometen la atención obligatoria de servicios de aborto legal como hemos podido apreciar.

Sin embargo, vemos entonces que, incluso valorada la objeción de conciencia como pasible de anteponerla a la profesión de médico, se percibe el derecho como secundario a la obligación de tratar y evitar el daño a las pacientes por cuya atención se es responsable⁵⁷ cuando la mujer se encuentre en un estado de emergencia o cuando no haya en el establecimiento otro médico que pueda atenderla. En efecto, el médico que se niegue a prestar sus servicios, en razón a la objeción de conciencia, debe remitir a la paciente de manera inmediata a un colega no objetor y las instituciones deben mantener información sobre médicos no objetores a quienes se puedan remitir pacientes con prontitud⁵⁸, como medida razonable.

Así, la objeción de conciencia no opera libremente pues debe respetar los principios bioéticos y los derechos de las personas porque si bien se fundamenta en la libertad de pensamiento, conciencia y religión asentada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; si se le usa en forma inadecuada puede atentar contra la vida y la salud de las pacientes y puede conducir a problemas legales a los médicos y a las instituciones en

⁵⁴ Sentencia 3729-17 de Tribunal Constitucional, 28 de agosto de 2017. En <http://derechoydebate.com/admin/uploads/5c6c6f9cedd8f-sentencia-inconstitucionalidad-ley-interrupcion-embarazo.pdf>

⁵⁵ Ídem

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ COOK R, ARANGO M, Dikens B. Healthcare responsibilities and conscientious objection. Int. J Gynecol Obstet. 2009; 104:249-52.

donde laboran.⁵⁹ Efectivamente, en los casos de salud sexual y reproductiva la negativa de profesionales de la medicina a proporcionar servicios legales debido a objeción de conciencia constituye una amenaza para el acceso de las mujeres al aborto legal y seguro, además de otros componentes de la atención a la salud reproductiva,⁶⁰ si es que no tienen claras las directrices y si no existe una voluntad en su seguimiento.

5.2.3. Sobre la discriminación por razones de género/sexo denunciada por la señora Borgoño:

5.2.3.1. Determinar si existió discriminación por razones de género/sexo por parte de la Clínica y si debió ser sancionada acorde al artículo 38 del CPDC

La señora Borgoño denunció que la Clínica habría cometido un acto discriminatorio contra ella debido a que el incumplimiento de las normas sobre el aborto terapéutico, su falta de celeridad para responder las solicitudes y la omisión de diligencia para evitar riesgos graves a su salud, devinieron en un acto discriminatorio porque en su condición de mujer, había sido violado su derecho a la salud sexual y reproductiva. Sin embargo, la autoridad no se pronunció al respecto ni en la primera instancia como en la segunda.

En ese sentido, creemos importante evaluar si la posición de la señora Borgoño tendría asidero y así determinar si es que la Clínica realizó un acto discriminatorio a través de sesgos valorativos en relación con los estereotipos de género y si debió ser sancionada a razón del artículo 38 del CPDC por discriminación, por no haber evaluado su salud mental y por no tramitar correctamente, su solicitud de aborto terapéutico.

Al respecto, empezaremos guiándonos por lo establecido en la Constitución cuando dice que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión y cualquier otro motivo de la misma índole. Vemos pues que la norma señala expresamente dos reconocimientos, de tener garantizada la exigencia de ser tratado en igualdad de condiciones que otra persona y la exigencia constitucional de no ser discriminado por las razones sostenidas.

Y ¿qué es la igualdad y qué es la discriminación según la Constitución? Respecto a la igualdad nuestro TC ha indicado que:

“(...) la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo,

⁵⁹ TÁVARA OROZCO, Luis. Objeción de conciencia. *Simposio: Bioética y Atención de la Salud sexual Reproductiva.* 2017

⁶⁰ Ídem.

esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario.”⁶¹

En ese sentido, se puede entender que la igualdad, además de derecho, es un principio. Es un derecho de carácter fundamental, pues es necesario para la subsistencia del ser humano y para la convivencia con su entorno social. Como derecho fundamental, impone la obligación a todas las personas, incluyendo al Estado a través de sus autoridades, a tratar bajo las mismas condiciones a todos quienes se encuentren en la misma situación de hecho.⁶² Y que como principio ordena que la igualdad sea lograda o maximizada en la mayor medida posible.

Ahora, respecto a la discriminación en el párrafo 7 de la Observación General 18, el Comité de Derechos Humanos de la ONU define la “discriminación” para interpretar los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la siguiente manera:

“El Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”

Así, la discriminación implica una distinción, exclusión, preferencia, limitación o restricción, entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares, a menos que exista una justificación objetiva y razonable y el grado de la distinción sea proporcional al objetivo⁶³. Ahora bien, ¿por qué se mencionan a ciertos motivos puntualmente?; pues porque son motivos que históricamente se han utilizado por las sociedades para menoscabar a ciertos grupos poblacionales por considerarlos inferiores. Es por ello que, la prohibición se encuentra dirigida particularmente a estas conductas propias de quienes no aprecian a los seres humanos por sus capacidades, valores y por su naturaleza, atentando directamente contra su dignidad como ser humano y, por lo tanto, impidiendo la normal convivencia en sociedad.⁶⁴

Pero, previamente a un análisis de cualquiera de las condiciones, causas o consecuencias de una conducta discriminatoria con relación al caso que nos apremia, es fundamental diferenciar los conceptos entre los cuales tenemos a los estereotipos y al prejuicio, a fin de entender la relación existente entre ellos con la discriminación. Primero, los estereotipos son el conjunto comprimido de creencias consensuadas sobre las

⁶¹ Expediente 45-2004-PI/TC.

⁶² Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito, jurisprudencia del INDECOPI, Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor. Lima 2015. Pp.16.

⁶³ SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos. Pp. 22.

⁶⁴ ídem.

características de un grupo particular, en otras palabras, constituyen formas de categorización social.⁶⁵ Segundo, el prejuicio es definido como una actitud suspicaz u hostil hacia una persona que pertenece a un grupo, por el simple hecho de pertenecer a él, y a la que, a partir de esta pertenencia, se le presume la misma cualidad negativas que se adscriben a todo el grupo.⁶⁶

En ese sentido, tenemos que la discriminación es el trato desigual socialmente reprochable y jurídicamente sancionable⁶⁷ hacia ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, sobre la base de prejuicios, los mismos que se sostienen en estereotipos. Por lo que con la prohibición de la discriminación se busca que ninguna persona sea apartada o menoscabada por presentar ciertas características y por pertenecer a un grupo determinado particularmente vulnerable.⁶⁸

Con relación a las mujeres, “los estereotipos son un reflejo de la subordinación histórica que padecen, así las actitudes y características de lo femenino, aunque puedan ser valoradas “positivamente”, suelen ser consideradas como inferiores a las actitudes y características de lo masculino. Así, esta inferioridad causa y justifica la devaluación de las mujeres en todos los sectores de la sociedad, lo que puede resultar en discriminación.”⁶⁹

En efecto, como menciona Emanuela Cardoso, “los estereotipos que prescriben qué es, qué debe hacer y cómo debe comportarse una “mujer” les dificulta el desarrollo de un plan de vida relativamente autónomo y la formación de su autoconcepción como un individuo singular. Por lo que es frecuente que las mujeres asuman irreflexivamente estereotipos que contribuyen a su propia subordinación, reproduciendo el papel pasivo e inferior que se considera apropiado a su status. Así, cuando los estereotipos se mezclan con prejuicios, y están generalizados, ponen muchas barreras a las mujeres y resultan en discriminación”.⁷⁰

Ahora bien, es cierto que la posición de las mujeres en casi la totalidad de los países se encuentra aún en una situación de vulnerabilidad que merece ser atendida, a fin de garantizar que se le considere y trate igual, simplemente, por el hecho de ser persona. Pero cuando nos referimos a igual no se pretende entenderla como igual irrestricta a los hombres, sino como persona que, presentando características y necesidades distintas, merece tener el mismo acceso y oportunidades para ejercer sus derechos y deberes en la sociedad.

⁶⁵ MONTES BERGES, Beatriz. Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio.

⁶⁶ ALLPORT, Gordon. La naturaleza del prejuicio. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 7

⁶⁷ Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito, jurisprudencia del INDECOPI, Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor. Lima 2015. Pg. 22

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad 9. Pp. 26-48

⁷⁰ Ídem.

De esta manera, es menester precisar que la igualdad no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos, puesto que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona. En efecto, la igualdad jurídica presupone dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario, lo que se conoce como discriminación por indiferenciación.⁷¹

Para ello, tenemos que reconocer la existencia de este grupo importante de seres humanos que ven postergados sus derechos todos los días, no solo por las situaciones generales que pueden afectar simultáneamente a hombres y niños, sino que el agravante de que esas violaciones se dan en función del sexo de las mujeres.⁷² De hecho, es amplia la literatura desde las ciencias sociales y desde el Derecho al respecto, por lo que podemos resumir la situación particular de las mujeres en el mundo con la siguiente afirmación: desde el momento en que se han producido documentos y organismos específicos para el tema de mujer, es que se puede advertir la necesidad de evidenciar una situación particular en el mundo respecto a esta población.

Otra afirmación es que, al interior tanto, del sistema universal como del sistema interamericano, puede concluirse que originalmente el tema de la mujer y sus derechos humanos no estuvo contemplado al momento de diseñar los documentos y organizaciones encargadas de la protección y promociones de los derechos humanos.⁷³

Y a propósito de esta realidad, es que el Estado peruano ha ratificado dos tratados internacionales, la CEDAW ya mencionada con anterioridad y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, Convención Belem do Pará) que entró en vigor el 4 de julio de 1996. De esta manera, sería ocioso debatir si las mujeres en su diversidad se encuentran o no aún en una posición de desventaja y subordinación, teniendo evidencia tangible de que, en efecto, la situación de mujeres y hombres no es igual.

Sobre lo particular, la CEDAW en su artículo 1 definió la discriminación hacia las mujeres como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los ámbitos políticos, sociales, cultural, etc.

⁷¹ Expediente 2437 2013-PA-TC. Fundamento 6.

⁷² MANTILLA FALCÓN, Julissa. Los Derechos Humanos de las Mujeres: Algunas reflexiones. En: Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales. Pp. 87.

⁷³ BUTEGWA, Florence. Derechos Humanos de la Mujer. Un desafío a la Comunidad Internacional de Derechos Humanos. Pp. 81. En: Comisión Internacional de Juristas. La Revista 50, 1993.

Asimismo, el tratado en su artículo 2 dispone la obligación de los Estados de adoptar, por todos los medios, una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres y señala que para ello deben adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para prohibir la discriminación contra las mujeres y para eliminar la discriminación hacia las mujeres que cometan todas las personas, organizaciones y empresas. Y, por último, en su artículo 3 indica que deben actuar en todas las esferas para asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que a los varones.

Ante ello, el Comité de la CEDAW ha especificado en su Recomendación General 19, que la violencia contra las mujeres en virtud de su género es una forma de discriminación que impide el goce de derechos y libertades en igualdad de condiciones y, por tanto, se encuentra proscrita a razón de la CEDAW. En palabras de este Comité, la violencia condenada por la CEDAW es aquella dirigida contra la mujer porque es mujer o aquella que la afecta en forma desproporcionada y, por tanto, se constituye también como una forma de discriminación. También, el Comité CEDAW en su Recomendación General 28, indicó que la CEDAW coloca un énfasis en la discriminación y violencia que ocurren contra las mujeres en virtud del género, es decir, por los roles, estereotipos y atributos que se les asignan e imponen socialmente. Es así como, la CEDAW especifica obligaciones de respetar, proteger y cumplir con derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, dentro de las cuales se encuentra también la eliminación de la violencia basada en género y la erradicación de los prejuicios y prácticas basadas en estereotipos de género.⁷⁴

En la misma línea, la Convención Belem do Pará estipula en su artículo 6 que las mujeres tienen el derecho de una vida libre de violencia lo que implica el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basada en conceptos de inferioridad o subordinación.

Y por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la sentencia del caso González y otras (“caso Campo Algodonero”) v. México, sentencia del 2009, que:

“es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades [...].”

Efectivamente, esa dinámica puede dificultar el ejercicio de derechos humanos y al acceso de justicia imparcial debido a estereotipos y prejuicios sobre mujeres que denuncian haber sufrido algún tipo de violencia, como, por ejemplo: “la mujer mentirosa, la sexualmente

⁷⁴ VALEGA CHIPOCO, CRISTINA ¿Des-estereotipando el Derecho?: Análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el INDECOPi en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres. Tesis de grado. 2019 para obtener el título de abogada. Pp. 39.

disponible o la irracional". La discriminación que resulta de la asunción y el uso de estereotipos y prejuicios causa y justifica actos de violencia. Así, la violencia contra las mujeres es la manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos ya que naturalizan su inferioridad y subordinación social. Las tradiciones según las cuales una mujer es considerada como inferior y subordinada a un varón, o que tienen funciones estereotipadas, perpetúan prácticas que conllevan violencia y coerción. Por lo que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que dificulta el ejercicio de sus derechos y afecta su dignidad.⁷⁵

Por lo que, teniendo que la discriminación de género debe entenderse como la discriminación por razón de sexo o por la construcción social en torno al mismo, que vendría a ser el género; no cabe duda de que, el grupo históricamente relegado a una situación de vulnerabilidad es el de las mujeres y en ellas recae los actos discriminatorios, que precisamente, evita que esta población puede gozar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. Esta discriminación obedece a percepciones sociales que han generado tratamientos sociales inequitativos entre hombres y mujeres, los mismos que han sido tolerados y, en el peor de los casos, reforzadas por el sistema jurídico.⁷⁶

Así, la limitación y subordinación de la mujer no depende esencialmente de las discriminaciones concretas o particulares, sino de la discriminación estructural que representa la articulación de un modelo global cultural, sociopolítico y normativo patriarcal, es decir, una sociedad que se cimienta en la perspectiva de vida solo masculina invisibilizando a los otros grupos poblaciones en su diversidad absoluta.

Ahora bien, teniendo claro lo que es la discriminación en base a nuestra Constitución y los Tratados Internacionales ratificados; el artículo 38 del CPDC indica lo siguiente:

Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

- 38.1 *Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.*
- 38.2 *Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.*
- 38.3 *El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.*

⁷⁵ CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad 9. Pp. 36

⁷⁶ RUIZ BRAVO, Patricia. Una aproximación al concepto de género. En Sobre género, derecho y discriminación. Lima: PUCP Defensoría del Pueblo, 1999, Pp. 133.

De este modo, en el ámbito mercantil y de protección al consumidor, según lo desarrollado por el INDECOPI⁷⁷, se distingue los actos discriminación de los tratos diferenciados ilícitos, en el sentido que la autoridad ha establecido en permanentes decisiones, que la discriminación en el consumo se trata de la decisión del proveedor de impedir que una persona sea beneficiaria de sus servicios o productos a partir de una valoración subjetiva basado en motivos prohibidos señalados en la Constitución como la raza, sexo, idioma, la religión o motivos de la misma índole. Y, una conducta califica como trato diferenciado ilícito cuando, el trato no se sustenta en una razón objetiva y razonable.

A mayor abundamiento, “en comparación con el trato diferenciado ilícito, la discriminación también es una forma de trato desigual y trasgresión al derecho a la igualdad, pero con ciertas diferencias. En el trato diferenciado ilícito, la negativa al acceso de productos o servicios se debe a motivos simples pero injustificados, irrazonables o subjetivos. Mientras tanto, en la discriminación los motivos son reprochables por la sociedad ya que subestiman las características de grupos humanos (mayoritarios o minoritarios) para convertirlos en seres inferiores, no dignos de contar con los mismos beneficios que otros.”⁷⁸

Y en esa misma línea, la Defensoría del Pueblo ha definido la discriminación de consumo como “el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo de personas”.⁷⁹

De este modo, para que un acto sea considerado como discriminatorio para la Autoridad, deben concurrir estos tres elementos: i) un trato diferenciado o desigual, ii) un motivo o razón prohibida y iii) un objetivo o resultado.

Teniendo claro ello, pasaremos a relatar las razones por las cuales la Clínica desestimó la evaluación psiquiátrica y se negó a dar trámite a la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño. En primer lugar, en los descargos presentados por la Clínica se indicó que *“la Guía Técnica no podía ser aplicada en todos los casos sin control alguno”*. Indicó, por consiguiente, que *“la finalidad debe ser utilizada solo de manera excepcional, siempre que el caso lo amerite”*.

Sobre el particular, ¿por qué la Guía Técnica no se aplicaría en “todos los casos”? Si justamente, la Guía Técnica ha sido elaborada para que sea aplicada en cada uno de los casos médicos en donde se advierta cualquiera de las 10 causales puntuales, así como, cualquier situación que calce en el supuesto 11. Vemos que se desliza la noción de un presunto *descontrol* sin la intervención médica, como si fuese necesario que se controle a

⁷⁷ Hasta antes del 2019, se distinguía el trato diferenciado ilícito de la discriminación. No obstante, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI a través de la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI del 24 de julio del 2019 dispuso un cambio de criterio con relación a que el trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo, serán tratados como un mismo tipo infractor.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Defensoría del Pueblo, “Discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes. Serie Documentos Defensoriales. Documento 2. 2007, pág. 29

las mujeres y no puedan ser ellas capaces de identificar algún padecimiento durante la gestación que pueda poner en riesgo su salud y su vida. Observamos que el estereotipo asignado a la mujer como madre antes que persona autónoma, restringe su capacidad y libertad de solicitar la interrupción de su embarazo por cuestiones médicas. En efecto, la creencia estereotípica de que *“la maternidad es el rol y destino natural de la mujer”* se traduce en una opinión generalizada de que todas las mujeres deben ser madres, sin que sean relevantes sus específicas capacidades reproductivas, circunstancias emocionales o prioridades personales.

Este deber, entonces, impide que se conciba la idea de separar a la persona-mujer de la maternidad, por lo tanto, habría que evitarse y controlar cualquier circunstancia que provoque la interrupción, máxime, si es la propia mujer gestante quien lo decide. Es esta impartición de disciplina hacia las mujeres ante la posibilidad de que pongan fin a su embarazo lo que la hace una decisión basada en estereotipos.

En segundo lugar, la Clínica señaló que *“solo el médico tratante en base a su diagnóstico médico podrá sugerir a la gestante la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo.”*

Al respecto, podemos advertir que la Clínica practicaba una visión restrictiva de la Guía Técnica al indicar que el médico tratante es el único que podría determinar la presencia de elementos o condiciones que puedan ameritar la interrupción del embarazo, dándole un carácter irrefutable a su decisión en caso indique que la gestante no se encuentra en dicha situación. No obstante, si bien la Guía Técnica menciona que el procedimiento comienza con la información o sugerencia del médico a la gestante para que esta solicite la interrupción, también señala que la gestante puede volver a solicitarlo, en tanto, no se encuentre de acuerdo con la conclusión de la Junta Médica.

Consideramos que esto es importante, pues una mujer gestante puede identificar que su embarazo le está afectando y poniendo en riesgo su salud o su vida y así requerir la interrupción; es por ello que existe la posibilidad de una solicitud de revisión de la decisión. Por ello, que la mujer solicite la evaluación de su salud no debe ser tomado como un evento extraordinario que merece ser detenido o evitado, al contrario, si se interiorizara que el objetivo y la finalidad de la Guía Técnica es salvaguardar la salud y la vida de la mujer respetando su decisión de aceptar o no la interrupción, los procesos establecidos deben ser interpretados con la razonabilidad suficiente para lograr dicho fin y se entendería que el carácter excepcional del procedimiento no tiene por qué significar que el papel de la gestante sea residual o nulo en esta decisión.

Por otro lado, en tercer lugar, la Clínica señaló en sus descargos: *“nos resulta extraño al leer dicho certificado (psiquiátrico), cómo puede darse un diagnóstico tan certero luego de un día de evaluación. Es lógico saber que, si una paciente necesita terapia psicológica, esta requiera un tratamiento que toma cierto tiempo para poder establecer un diagnóstico certero. De la misma forma, nos resulta extraño conocer que la señora Borgoño tiene como antecedentes sintomatología depresiva desde los 21 años, cuando en su Historia Clínica*

no se cuenta con dicha información. No obstante, consideramos que, en el supuesto de haber requerido un tratamiento psicológico, el médico tratante pudo haberla derivado a la especialidad correspondiente y tratar de esta forma la depresión que presentaba, no siendo incluso dicho supuesto, un factor para considerar la interrupción del embarazo”.

Sobre el particular, podemos advertir tres acciones. La primera es desacreditar el diagnóstico psiquiátrico por depresión de la señora Borgoño realizado por la doctora Rondón. La segunda es la de sostener que lo que presentó la señora Borgoño podía ser tratado a través de una terapia psicológica. Y tercero es la de aseverar que en caso tuviera depresión podría haber recibido tratamiento psicológico mientras seguía con el embarazo, porque esta condición no significaba un factor para su interrupción.

Al respecto, vemos no solo que la Clínica pone en tela de juicio un diagnóstico psiquiátrico, sino que, además, se desprende que se habría manipulado la situación y el estado en el que se encontraba la señora Borgoño cuando menciona que les “resulta extraño” todo ello. Es decir, que no fuese cierto ni el diagnóstico ni historial de la salud mental de la paciente, cayendo en el estereotipo de la mujer manipuladora y mentirosa que puede ser capaz de fingir un mal para lograr un objetivo.

Asimismo, nos encontramos frente a una férrea posición de negación respecto a la posibilidad de que una mujer pudiera resultar afectada en su salud mental por una gestación complicada y/o riesgosa, al punto de minimizar un diagnóstico psiquiátrico sosteniendo, incluso, que este puede tratarse con una terapia psicológica. Sin embargo, aunque lo psiquiátrico dista mucho de lo psicológico, reafirma un desconocimiento y/o posición en contra a que la afectación a la salud mental debe considerarse como causal 11 de la Guía Técnica. Pero, además, incide en un estereotipo de género el cual enaltece el rol de madre de la mujer quien debe mantener el embarazo ante cualquier evento que le pueda ocurrir.

Hacemos énfasis sobre todo en la afirmación que hace la Clínica cuando *señala “no siendo incluso dicho supuesto [la depresión] un factor para considerar la interrupción del embarazo, ante lo cual sostenemos que resulta evidente que ya existía una posición previa de la Clínica en cuanto a que una afectación en la salud mental pueda ser causal de un aborto terapéutico.*

Finalmente, un cuarto argumento de la Clínica que consideramos resaltante fue: *“(…) dado que esta particular situación, amerita un pronunciamiento de la autoridad que expidió la Guía, con la finalidad de definir el tratamiento de este tipo de situaciones, ya que optar por interrumpir un embarazo de manera arbitraria puede abrir la posibilidad a que muchas gestantes, cuando lo consideren necesario, puedan solicitar la interrupción de su embarazo, creando en todos los establecimientos de salud, públicos y privados, la obligación de atender tantos abortos de manera indiscriminada.”*

Al respecto, vemos que la Clínica considera que la Guía Técnica no es clara e incluso propone que se “defina el tratamiento de este tipo de situaciones”, por lo que consideramos que espera una lista específica de causales para interrumpir el embarazo. Así, deben ser expresas y, por consiguiente, sea más restringida su aplicación, como una suerte de *checklist* que en caso no cumpla con un elemento, entonces no procedería la causal. Y en ese sentido, advertimos la noción que, de no tener una lista taxativa de causales, las atenciones de abortos terapéuticos serían arbitrarias porque obedecerán a lo que la gestante “considere necesario”.

Ante ello decimos que la propia Guía Técnica estableció que toda interrupción por cuestiones médicas estaría basada en un diagnóstico, es decir, la atención de un aborto terapéutico se ejecuta luego de que los médicos lo han acordado a solicitud de la mujer gestante, evaluando la evidencia idónea de una afectación a su salud o por peligro de su vida. Por lo tanto, la situación de la señora Borgoño estaba plenamente contemplada en la causal 11 de la Guía Técnica como una posibilidad. Y en relación al estereotipo de género, consideramos que creer en que se necesitaría un “control” porque de no existirlo, las mujeres abortarían deliberadamente y de manera desenfrenada, es en efecto, una percepción estereotipada y negativa de las mujeres porque con ello se reafirma la noción de disciplina y con ello, el control sobre sus cuerpos impidiendo bajo cualquier motivo posible, que una mujer “se salga con la suya” y pueda abortar a pesar de que estos motivos sean legales.

Se logra advertir, por lo tanto, toda una elaboración de la Clínica dirigida a interpretar la Guía Técnica basada en estereotipos de género que incidieron en este caso particular al negarle la posibilidad del aborto terapéutico a la señora Borgoño en:

- (iii) soslayar la participación de la gestante en los procedimientos de aborto terapéutico;
- (iv) exigir actos heroicos a la mujer gestante por el simple hecho de estar embarazada;
- (v) inferir que la mujer mentía acerca de su condición y salud mental y;
- (vi) sobreponer el rol de madre en una mujer.

Sobre el particular, es preciso mencionar que, la decisión de *L. C. vs. Perú*, emitida por el Comité CEDAW, fue la primera en reconocer que la denegación de acceso a un aborto está relacionada con el estereotipo patriarcal que predica que las mujeres son, antes que nada, máquinas reproductivas que pierden titularidad plena de derechos al momento de embarazarse y, por tanto, la protección a toda costa de la vida prenatal toma prevalencia.⁸⁰

En efecto, en dicha decisión, el Comité resaltó la obligación de los Estados de eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de los servicios de salud, incluyendo aquellos que tienen que ver con la capacidad reproductiva. En esa medida, estableció que los Estados tienen que asegurar que aquellos servicios de salud, presentes en la legislación,

⁸⁰ PROMSEX. *L. C. VS. Perú*. Memoria del litigio la disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual. 2018. Pp. 78

puedan ser implementados mediante acciones ejecutivas y de política pública, incluyendo mecanismos judiciales efectivos en caso de incumplimiento.⁸¹ Y como mencionamos, el Comité encontró al Perú responsable por no haberle garantizado a L.C. acceso a los servicios de salud que su condición física y mental requerían.

Sin embargo, lo que constituye la parte más relevante de la *ratio decidendi* del Dictamen es que el Comité consideró que la decisión de posponer la cirugía por el estado de embarazo estaba dictada por un estereotipo en el que la protección del feto debía prevalecer por encima de la salud de la mujer, sobre la base de que la razón de ser de una mujer es la de convertirse en un instrumento de procreación.⁸²

De este modo, analicemos si estos estereotipos configuraron prejuicios que devinieron en un acto discriminatorio en el consumo a fin de poder concluir que la Clínica discriminó a la señora Borgoño en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del CPDC.

Antes de comenzar es preciso señalar que existe consenso en que, si bien el INDECOPI no ha tratado casos de discriminación por género (sexo), ello no significa que no se hayan producido, sino que muchas veces las prácticas discriminatorias pasan desapercibidas porque la víctima no las denuncia o porque no desea verse expuesta nuevamente a la humillación o al escarnio público.⁸³ Por lo cual, consideramos que resulta relevante que, a partir del presente caso, se pueda aportar al debate.

Ahora bien, para determinar si existe discriminación debemos considerar lo elaborado por nuestro TC⁸⁴ en los casos en los que ha tenido que decidir si es que se encontraba frente a un caso de vulneración al derecho a la igualdad. Esta elaboración consiste en un análisis para identificar la existencia de supuestos iguales sometidos a consecuencias jurídicas distintas, o si se ha dado un trato semejante en situaciones desiguales, lo cual se denomina término de comparación (*tertium comparationis*). Y para que un objeto, sujeto, situación o relación sirva como término de comparación es preciso que presente determinadas cualidades.

La primera de ellas es que la comparación se encuentre conforme al ordenamiento jurídico, es decir, que no se trate de un término de comparación que se encuentre prohibido. La segunda es que el término de comparación sea idóneo y esto hace referencia a la necesidad de que éste represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia. En otras palabras, el hecho de que se trate de situaciones que puedan ser jurídicamente

⁸¹ Comité CEDAW, Comunicación 22/2009, L. C. vs. Perú, dictada el 4 de noviembre de 2011.

⁸² PROMSEX. L. C. VS. Perú. Memoria del litigio la disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual. 2018. Pp. 77.

⁸³ Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito, jurisprudencia del INDECOPI, Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor. Lima 2015. Pp.20.

⁸⁴ Expediente 5238-2011-PA/TC. Fundamento 5.

equiparables, que entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, ha de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes.⁸⁵

Y la tercera, luego de haberse determinado el término de comparación el cual será válido e idóneo, corresponderá someter la existencia del trato diferenciado al test de proporcionalidad, a efectos de evaluar su legitimidad. Es decir, la existencia de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a alcanzarse a través del trato diferente. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo para otorgar la ponderación valorativa entre principios constitucionales en conflicto.⁸⁶

En ese sentido, tenemos que la situación de trato diferenciado o desigual que postula la señora Borgoño es el acceso diferenciado a la salud reproductiva que existe entre los hombres y mujeres, razón por la cual el término de comparación propuesto es el acceso a los servicios de salud reproductiva de la señora Borgoño ofrecidos por la Clínica. Dicho lo anterior, corresponde entonces analizar la validez e idoneidad del referido término propuesto.

En cuanto a la validez, estamos de acuerdo con que el acceso a los servicios de salud reproductiva son derechos humanos fundamentales relativos al libre ejercicio de la sexualidad y a la libre elección del número de hijos, al tratamiento de infertilidad y a la protección de la maternidad, que quedaron definidos como tales en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994.⁸⁷

En efecto, a razón de lo establecido por los acuerdos en la Conferencia, esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, así como a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.⁸⁸ Entonces, tenemos que, en cuanto a la validez, el término de comparación se encuentra dentro del ordenamiento jurídico.

Respecto a la idoneidad que se refiere al hecho de que se trate de situaciones jurídicamente equiparables, podemos indicar que el servicio de atención a la salud reproductiva de la señora Borgoño es equiparable a la situación que podría tener cualquier otro varón, ambos merecen que se atiendan sus complicaciones en igualdad de condiciones sin la utilización de estereotipos de género. Y respecto a la proporcionalidad, se puede concluir que el trato diferenciado de atención a la salud reproductiva entre

⁸⁵ Expediente 35-2010-PI/TC. Fundamentos 31 y 32.

⁸⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. El Derecho a la Igualdad. En: Revista Institucional 8. Pp. 120.

⁸⁷ Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo – CIPD/EI Cairo. Resumen. Disponible en: http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/iinv/1_Confinter_Poblacion_y_Development_ElCairo.pdf

⁸⁸ GALDOS SILVA, Susana. La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva. Pp. 3.

hombres y mujeres no es proporcional bajo ningún contexto, en el sentido que la capacidad de gestar no tendría por qué significar en la mujer un detrimento en la posibilidad de acceder libremente a la salud reproductiva que pudiese necesitar.

Teniendo ello presente, empecemos por el primer requisito para que se configure la discriminación en el consumo, que es el de advertir un trato diferenciado o desigual. Para ello, debemos indicar que el servicio al cual debió tener acceso la señora Borgoño fue a la salud sexual y reproductiva cuyos componentes van desde el servicio de información y acceso a métodos anticonceptivos o tratamiento para las infecciones de transmisión sexual, hasta la prevención y tratamiento apropiado de la infertilidad o aborto seguro con el respectivo tratamiento de sus posibles complicaciones, entre otros más. Así, puede entenderse que los servicios de salud sexual y reproductiva, aunque diferenciados están garantizados tanto para hombres como para mujeres.

De este modo, vemos que un aborto legal seguro forma parte de la salud reproductiva de la consumidora que decidió atenderse en la Clínica, es decir, si bien la señora Borgoño decidió atenderse todo el proceso de gestación con miras a dar a luz en la Clínica, también estaba contemplado como evento que conforma su salud reproductiva, un eventual legrado por un aborto espontáneo o la ejecución de un aborto terapéutico, por ejemplo.

Sin embargo, a la señora Borgoño por ser mujer se le asignaron ciertos estereotipos de género al momento de solicitar un servicio esperado y que se encontraba circunscripto en los servicios que se ofrecía como proveedor; y por medio de la utilización de estos estereotipos fue denegado.

Respecto al motivo prohibido tenemos que estamos frente a una razón expresa en la Constitución y en los instrumentos internacionales como hemos desarrollado en líneas anteriores, toda vez que, el ser mujer ha significado que la señora Borgoño no pueda acceder y atender su salud reproductiva en igualdad de condiciones. El sexo y género significó para la Clínica atender de distinta manera, gracias a las cargas estereotípicas y los prejuicios que se le impuso al ser una mujer gestante. El rol preconcebido que tiene una mujer en esta sociedad es la de principalmente ser madre, por lo que resulta altamente reprochable, la interrupción de su embarazo al superponer, además, la existencia de un feto en desarrollo con relación a ella.

Esto no sucede con los hombres quienes ven atendidos estos derechos sin riesgo alguno, de este modo, que la condición de mujer y cuerpo gestante signifique en la persona un factor para el detrimento de sus derechos reproductivos, es discriminación por razones de sexo/género.

Por lo antes expuesto, llegamos a la conclusión que sí existió discriminación por razones de sexo/género por parte de la Clínica, al tener claro que el género hace referencia al conjunto de atributos, actitudes y conductas que son culturalmente asignados, que definen

el rol social de cada sujeto en función de su sexo⁸⁹, y que la Clínica actuó conforme a ello en menoscabo de los derechos como consumidora de la señora Borgoño. Su condición de mujer al ser capaz de gestar la puso en una situación distinta para la atención y goce de su salud sexual y reproductiva.

5.2.3.2. Determinar cuál sería la aplicación del artículo 39 del CPDC

Ahora bien, por otro lado, el artículo 39 del CPDC indica que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Asimismo, indica que, si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es, en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Al respecto, nuestro TC en el Expediente 2317-2010-AA/TC ha establecido que:

“Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas:

- 1. en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido;*
- 2. en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y finalmente,*
- 3. en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada”.*

De este modo, recae en la denunciante la carga para probar este acto discriminatorio por razones de género para que se active luego, la obligación del denunciado de probar que la discriminación no se ha producido y/o la justificación legítima, razonable y necesaria. Sin embargo, para nuestro caso en análisis, es preciso indicar que una persona no acude a los servicios de salud ni contrata con ningún proveedor pensando que eventualmente va a ser discriminado, por lo que es lógico que no traiga consigo una filmadora, grabadora o un testigo que pueda soportar su afirmación. Esta situación dificulta la interposición de una denuncia y su eventual admisibilidad, ya que el que alega la afectación debe aportar suficientes medios probatorios que lo evidencien.

No obstante, el CPDC nos señala en su artículo 19 que también es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos como medios probatorios, denominados como pruebas

⁸⁹ PEREZ DEL RÍO, T. “Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género”. En AMIT 2006. Pp. 11-12

indiciarias. La prueba indiciaria parte de datos confirmados que por sí solos no concluyen la ocurrencia de un hecho, sino que una vez que se analizan en conjunto, se puede llegar a confirmarlo. En efecto, se trata de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección.⁹⁰

De este modo, la Sala Especializada de Protección al Consumidor del INDECOPI⁹¹ ha establecido la predisposición de admitir y utilizar las pruebas indiciarias para poder emitir un pronunciamiento en base al razonamiento lógico-crítico, para que posteriormente, el proveedor acredite que hubo causas justificadas y/o razonables para el trato diferenciado. Si esto se logra acreditar, se daría un supuesto de trato diferenciado lícito; si no se logra acreditar, debe evaluarse si el trato diferenciado fue por un motivo prohibido, o únicamente otro tipo de causas subjetivas. Si se comprueba, por medio de prueba directa o por prueba indiciaria, que existió un motivo prohibido que causó el trato diferenciado, nos encontramos ante discriminación, si no se comprueba esto, sería trato ilícito diferenciado.⁹²

Entonces, tenemos que, en los casos de discriminación en materia de protección al consumidor, será válido la propuesta de determinados hechos que, si bien de manera individual no pueden decantar en la comisión de una infracción, de manera conjunta y cómo otros medios probatorios sí pueden usarse para probar una conducta.

Aterrizando en el caso, consideramos que la señora Borgoño cumplió con remitir a la Administración la respuesta de la Clínica del 30 de enero de 2015 a su reclamo como acreditación de la interpretación restrictiva de los alcances de la causal 11 de la Guía Técnica en cuando señala que esta tiene una posición acerca de los abortos terapéuticos, para trasladarle la carga de la prueba a fin de que puedan justificar si sus acciones se basaron en motivos razonables y objetivos. Por lo tanto, consideramos que la autoridad podría haber tomado este documento como muestra indiciaria de que la Clínica podría estar actuando de manera discriminatoria.

⁹⁰ BULLARD, Alfredo. 2005. "Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria". Derecho y Sociedad, Número 25.

⁹¹ Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril de 2014.

⁹² CABALLERO MARENGO-ORSINI, Alessandra. Los obstáculos probatorios en los casos de discriminación en las relaciones de consumo. Pp. 20.

VI. CONCLUSIONES

1. La autoridad administrativa no observó el contenido del principio de debido procedimiento de la denunciada al no valorar su ampliación de descargos que adjuntaba la opinión del Ministerio de Salud y que, según la denunciada, corroboraba su posición frente a la denuncia. Asimismo, también se vulneró el debido procedimiento de la denunciante en tanto, no se valoró la respuesta ante la ampliación de descargos y su solicitud de no considerar relevante la consulta al Ministerio de Salud.
2. No fueron suficientes los argumentos de la autoridad administrativa en la negación de solicitud de informe oral propuesto por la denunciante y en consecuencia se habría vulnerado el principio de debido procedimiento y el de verdad material.
3. La autoridad administrativa se encontraba obligada a cumplir el plazo establecido de 120 según su TUPA para llegar a una decisión de primera instancia; no obstante, de no haber sido posible su cumplimiento por motivos razonables, debió comunicarlo a las partes.
4. La multa de 20 UIT impuesta a la Clínica no resultó razonable dado que, del análisis de la graduación de la multa realizada por la autoridad administrativa, no se advierte que se haya justificado cada criterio, siendo el monto injustificado.
5. Las solicitudes de ampliación y enmienda interpuestas por la denunciante sí fueron debidamente declaradas improcedentes. No obstante, no debió declararse improcedente la solicitud de aclaración en tanto, los alcances de la medida correctiva por la autoridad administrativa a la denunciada no resultaban claros ni brindaban referencias de cómo se cumpliría y qué implicaría, por lo que la Administración debió aclararlo.
6. La denunciada sí debió evaluar la salud mental de la denunciante para el procedimiento de aborto terapéutico en tanto, es parte integrante de la salud y es obligatorio que el médico tratante la analice en primera instancia antes de emitir una decisión sobre la gestación. De este modo, se concluye que cuando la salud mental se encuentre en riesgo y/o en peligro de ser afectada, la situación puede calzar en la causal 11 de la Guía Técnica.
7. La denunciada no podría negarse a aplicar el aborto terapéutico debido a que en nuestro país solo está establecida una excepción para que un establecimiento no pueda ejecutar una interrupción voluntaria del embarazo por motivos médicos. Esta es que el establecimiento no sea categoría 11-1 y II-E. Asimismo, si bien la objeción de conciencia del profesional médico como de un establecimiento privado podría alegarse, en nuestro país esta situación no se encuentra contemplada por una ley u otra normativa, de hecho, la Ley General de Salud señala que la objeción de conciencia ejercida por persona natural se encuentra proscrita en caso la salud o la vida de un paciente se encuentre en riesgo.
8. La denunciada discriminó a la denunciante por razones de género, que a través de estereotipos no permitió su acceso a la salud reproductiva como lo era ser evaluada y eventualmente, sometida a un aborto terapéutico según lo establecido por la Guía Técnica.
9. La aplicación de la carga de la prueba estaría en manos de la denunciante pues es ella quien alega el evento discriminatorio, por lo que tendría que brindar medios probatorios suficientes para soportar sus alegaciones. Sin embargo, la autoridad administrativa acepta

pruebas indiciarias para que, a partir de ellas, se pueda investigar el hecho. Ello en tanto, es muy difícil probar un acto de discriminación. En ese sentido, la denunciante podría presentar como prueba indiciaria la respuesta de la denunciante del 30 de enero de 2015.



VII. BIBLIOGRAFÍA

CHÁVEZ-ALVARADO, Susana. (2013). *Aborto Terapéutico, Ausencia Injustificada en la Política Sanitaria*. Rev. Peru. Med. Exp. Salud Pública.

BULLARD, Alfredo. (2005) "Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria". Derecho y Sociedad, Número 25.

BUTEGWA, Florence. (1993) *Derechos Humanos de la Mujer. Un desafío a la Comunidad Internacional de Derechos Humanos*. En: Comisión Internacional de Juristas. La Revista 50.

CABALLERO MARENGO-ORSINI, Alessandra. (2018) *Los obstáculos probatorios en los casos de discriminación en las relaciones de consumo*.

CHÁVEZ-ALVARADO, Susana. *Aborto Terapéutico, Ausencia Injustificada en la Política Sanitaria*. Rev Peru Med Exp Salud Pública. 2013; 30 (3)

COOK Rebecca, ARANGO M, DIKENS B. (2009) *Healthcare responsibilities and conscientious objection. International*. J Gynecol Obstet.

COOK, R., CUSACK, S., & PARRA, A. (2011). *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales*.

Defensoría del Pueblo. (2007). "Discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes". Serie Documentos Defensoriales. Documento 2.

Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito, jurisprudencia del INDECOPI*. Lima.

ESCRIBEN PAREJA, Paula. (2009) *Aborto terapéutico y salud mental*. Revista Justicia de Género. DEMUS, Estudios para la Defensa de la Mujer.

GALDOS SILVA, Susana. (2013) *La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva*. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica, 30(3), 455-460.

GARCÍA TOMA, Víctor. (2008) *El Derecho a la Igualdad*. En: Revista Institucional N° 8. Artículos y Ensayos en torno a la Reforma del Sistema Procesal Penal y Apuntes sobre la Justicia Constitucional.

GÓMEZ APAC, Hugo. (2006) *El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional?* Revista Círculo de Derecho Administrativo. N°. 10, 2, 2011, págs. 15-42.

- GUZMÁN NAPURI, Christian. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*.
- LANDA ARROYO, C. (2001). *Derecho Fundamental al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional*. *Docentia Et Investigatio*. 3(4), 17–24.
- LEÓN LUNA, L. M. (2015). *¡Exijo una Explicación! La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo*. *Derecho & Sociedad*, (45), 315-319.
- MANTILLA Falcón, J. (1996). *Los derechos humanos de las mujeres: algunas reflexiones*. *Agenda Internacional*, 3(7), 83-94.
- MARTÍN TIRADO, R. (2001). *El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. *Derecho & Sociedad*, (17), 221-234.
- MONTENEGRO-DÍAZ, Brian, Tafur-Ramírez, Rosita, & Yacarini-Martínez, Antero. (2015). *Guía de aborto terapéutico en el Perú: ¿considera la objeción de conciencia médica?* *Anales de la Facultad de Medicina*, 76(1), 77-78.
- MONTES BERGES, B. (2010). *Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio*. *Iniciación a La Investigación*. (3).
- MORALES GODO, J. (2009). *La oralidad en el Código Procesal Civil peruano*. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*. 3(1).
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. (2011) *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. *Gaceta Jurídica*.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. (2012) *El Procedimiento Administrativo Trilateral. Expresión formal de la actividad de solución de controversias a cargo de la Administración*.
- OMS. (2012) "Aborto sin riesgos". Guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Segunda Edición. Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas Organización Mundial de la Salud.
- OMS. (2001). Informe sobre la Salud Mental en el Mundo. "Salud Mental: Nuevos conocimientos, nuevas esperanzas".

CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E. (2015). *Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad. Pp. 26-48.

PANCORBO, Gina; ESPINOSA, Agustín y CUETO, Rosa María. (2011) *Representaciones estereotípicas y expresión del prejuicio en el Perú*. En: Revista de Psicología Vol. 29.

PEREZ DEL RÍO, T. (2006) *"Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género"*. En: Asociación de Mujeres Investigadoras & Tecnólogas (AMIT).

PROMSEX. (2015) *¿Cómo se está cumpliendo el protocolo del aborto terapéutico?* Entrevista a Luis Távara Orozco Coordinador para los países de América del Sur de la Iniciativa FIGO "Prevención del Aborto Inseguro; presidente del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología. En: <https://promsex.org/como-se-esta-cumpliendo-el-protocolo-del-aborto-terapeutico/>

PROMSEX. L. C. VS. Perú. (2018) *Memoria del litigio la disputa jurídica por el derecho al acceso al aborto legal de las niñas víctimas de violación sexual*.

SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana. *La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural*: Pensamiento Constitucional N° 22, 2017. ISSN 1027-6769 p.261. /ISSN 1027-6769 p.262.

RUIZ BRAVO, Patricia. (1999) *Una aproximación al concepto de género*. En *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: PUCP. Defensoría del Pueblo. pp. 1-13.

SUÁREZ LLANOS, LEONOR. (2002). *Teoría feminista, política y derecho*. Madrid: Dykinson.

SHELTON, Dinah. (2008). *Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Anuario de Derechos Humanos.

TÁVARA OROZCO, Luis. (2017) *Objeción de conciencia*. Simposio: Bioética y Atención de la Salud sexual y Reproductiva.

VALEGA CHIPOCO, Cristina. (2019). *¿Des-estereotipando el Derecho?: Análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el INDECOPI en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres*. Tesis de grado.

Indecopi

000001

Encargado: JP
Fecha: 27/05/2015
Visto: 
No adjunta Formatos

SM CC 1
073445
Folio: 31 + Copias: 1
+DIA Villado en 2ms y 1/2

2015 MAY 27 PM 3:01

Señor Secretario Técnico de la Comisión de Protección al Consumidor:

RECIBIDO

Yo, Paola Borgoño Salazar identificada con Documento de Identidad N° 10725865, acompañada por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX, con domicilio procesal en la avenida José Pardo N° 601 oficina 604 del distrito de Miraflores – Lima, con número de teléfono:(01) 242-8440, ante Ud. me presento respetuosamente y digo:

Que, formulo denuncia contra la clínica “El Golf”, representada por Alfredo Martinez Portel, que para efectos de este procedimiento deberá ser notificado a la dirección comercial sito en Av. Aurelio Miró Quesada 1030 del distrito de San Isidro por las razones que a continuación paso a exponer:

Que desde 17 de diciembre del 2012 contraté un plan de aseguramiento de una Entidad Prestadora de Salud a través de la aseguradora RIMAC a fin de contar con una atención en salud de calidad, en el marco de la EPS, servicio que pago mensualmente, acudí por atenciones médicas a la Clínica El Golf desde esa fecha.

Que en el mes de septiembre inicié mi segunda gestación, esta gestación fue absolutamente deseada, esperada y planificada. A mi esposo y mí nos hacía ilusión volver a ser padres y ampliar la familia.

Que en el marco de la atención ginecológica que venía llevando en la Clínica, el 17 de octubre de 2014 concurrí a la consulta de “El Golf” por presentar sangrado vaginal oscuro y seco más náuseas, se me realizó una ecografía mostrándose una gestación de 6 semanas y 1 día, con diagnóstico de alto riesgo, hiperémesis gravídica leve. Este diagnóstico me generó desesperación y tristeza. (Anexo 2)

Que el 21 de octubre, me acerqué nuevamente a la clínica “El Golf” debido a que persistía un dolor pélvico; donde ingresé por emergencia para ser evaluada por cirugía, se me indicó progesterona y se solicitó realizar análisis (ratinina, urea, examen completo de orina, glucosa, grupo sanguíneo y Rh, hemograma, HIV I-II, Serológicas RPR).

Que, el 21 de noviembre del 2014, con 12 semanas y 5 días de gestación, volví a la Clínica El Golf, para realizarme los exámenes ecográficos correspondientes, resultados por los cuales el Dr. Almeida me señaló que la gestación era riesgosa y que tenía pocas posibilidades de éxito, sin embargo, según reconoce la misma clínica en correo electrónico de 30 de enero de 2015, no consideraba que existiera una situación que pusiera en riesgo mi vida. Al escuchar las palabras del Dr. lloré frente a él ya que no solo me preocupaba perder mi gestación, también me preocupaba mi salud, me sentía débil, tenía mucho miedo de que algo me sucediera y que pudiera perder la vida. Por ello a insistencia de mi esposo sobre las opciones que teníamos para garantizar mi vida, el Dr. mencionó que en la Clínica El Golf no podían realizarme un aborto terapéutico y que podía acudir al Instituto Materno Perinatal solicitando un aborto terapéutico a través de una carta dirigida al Director. El diagnóstico de la ecografía señaló feto con evidencia ecográfica de defecto cromosomático de síndrome de Turner. Se me sugirió ecografía genética. (Anexos 3 y 8).

Indecopi
COMISIÓN DE PROTECCIÓN
AL CONSUMIDOR
28 MAY 2015
Por:  Hora: 09.54
RECIBIDO

Que posteriormente, con 13 semanas de gestación, el 4 de diciembre nuevamente acudí a la clínica por un sangrado vaginal que persistía por ocho horas; se me diagnosticó amenaza de aborto y embarazo de alto riesgo por lo que fui hospitalizada, solicitándose además un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica cuya finalidad nunca se me explicó. El 9 de diciembre los resultados de la ecografía obstétrica mostraron: edema generalizado en cabeza fetal; y en el corazón: vista 4 cámaras patológico, impresiona hipoplasia del lado izquierdo. Se sugirió descartar alteración cromosomática con amniocentesis, compromiso infeccioso TORCH, cardiopatía congénita, al día siguiente se planteó realizar amniocentesis para cultivo y estudio genético informándose que si no se tenía cobertura para la amniocentesis salía de alta. El tiempo que estuve internada me sentía impotente frente a mi situación, a pesar de que yo quería que esta situación mejorara no sentía que existiera alguna alternativa para mí, razón por la cual muchas veces tenía ganas de meterme a un hueco, dormir y nunca más despertar. Pensaba que sería lo mejor para acabar con todo esto. Se me da de alta el día 10 de diciembre.

Que, a pesar de haber sido dada de alta, mi salud mental seguía afectada por la situación vivida, ya que el riesgo de aborto era persistente, sumado a ello los malestares como dolor pélvico y sangrado vaginal, lo que me ocasionaba una profunda tristeza, sentía que podía perder la vida en cualquier momento, yo no quería seguir pasando por esto, a pesar de que mi gestación era deseada las reiteradas situaciones de peligro me sumaban en la desesperanza de que mi situación de salud mejorara. Es por esta razón, y por no encontrar alternativas que cautelaran mi salud en la atención de la Clínica El Golf, que el 11 de diciembre del 2014 decidí acudir al centro de Salud Mental de la Mujer, donde me atendió la psiquiatra Dra. María R. Rondón quien diagnosticó "*depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés, aparentemente desencadenadas por la presente gestación, esta depresión cursa con ideación suicida. Considerándose que existen criterios para considerar que la afectación de la salud mental de la paciente amerita la interrupción de la presente gestación, ya que esa supone un riesgo severa para la salud de la paciente*". (Anexo 5).

Que, el 13 de diciembre, en mi desesperación y en búsqueda de una segunda opinión médica acudí al Instituto Nacional Materno Perinatal, donde se me atendió por el servicio de emergencia y se me realizó una ecografía diagnosticándose alta probabilidad de cromosopatía y mal pronóstico perinatal y en la que se me indicó que existía riesgo para mi salud física y mental. (Anexo 4).

Que ante tal diagnóstico y esperando tener respuesta de la Clínica El Golf, el 18 de diciembre del 2014 presenté una petición de aborto terapéutico a la Clínica El Golf de acuerdo al marco normativo nacional, la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas aprobada mediante Resolución Ministerial N° 486-2014-MINSA³, cuyo ámbito de aplicación es a nivel nacional e incluye a servicios de salud del sector privado⁴, y estandariza el procedimiento para la realización de un aborto por la causal

³ Que, desde el 29 de junio de 2014 entró en vigencia.

⁴ Según el artículo 2 de la Ley N° 27813 Ley del Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud.

terapéutica. A mi solicitud adjunté los diagnósticos bajo los cuales se sustentaba mi pedido y el daño a mi salud mental.

Según esta Guía, la clínica El Golf debía garantizar el estándar que establece para la atención de estos casos, sin embargo, hubo diversas irregularidades que redundaron en la afectación de mis derechos como ciudadana y consumidora que a continuación paso a detallar:

a) Plazo de respuesta

El artículo 6.2.6 de la Guía establece que *“el lapso desde que la gestante solicita formalmente la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo(,,) hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención no debe exceder de seis (6) días calendarios”*. Cabe mencionar que el 18 de diciembre presenté mi solicitud, esperé el tiempo que refiere la Guía, sin embargo no encontré respuesta vencido el plazo; y ante la demora de una respuesta, el 17 de enero del 2015 tuve que presentar una reclamación (Hoja de reclamación N°3447), así también el 22 de mismo mes presente una solicitud en atención a la solicitud de aborto sobre la que todavía no tenía respuesta. (Anexo 7)

Transcurridos **42 días** de presentada la petición de interrupción voluntaria de embarazo, el 30 de enero de 2015, la Clínica “El Golf” respondió denegando la interrupción. Argumentó que de acuerdo a la guía técnica únicamente el aborto terapéutico procede cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante, o para evitar en la salud un mal grave y permanente. Señala también que hasta la última evaluación clínica, el 21 de noviembre del 2014, el Dr. Luis Almeyda concluyó que no se encontraba en riesgo la vida de la madre, por lo que no había sustento para la petición. Sin embargo, se indica que fui informada sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para mi salud. Información que no consta en mi Historia Clínica. Estos hechos muestran que hay un incumplimiento flagrante de la Guía Técnica pues no se respetó el plazo para responder la petición de la paciente. (Anexo 8)

b) Posición de la clínica sobre la interrupción voluntaria del embarazo

En la respuesta tardía de la clínica El Golf también se me indica que se me fue informada de la posición de la clínica El Golf sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Al respecto cabe precisar que la información recibida por parte del Dr. Almeyda fue que no me podían realizar un aborto terapéutico en las instalaciones de la clínica El Golf y que podía acudir al Instituto Materno Perinatal para que me lo practicaran. Asimismo, la solicitud presentada a la clínica El Golf pedía una interrupción voluntaria y legal del embarazo. Al respecto cabe precisar que la Ley General de Salud establece en su artículo XII del Título Preliminar que *“las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros”*.

c) Junta Médica

Que, la Guía Técnica en el artículo 6.2.3 refiere que recibida la solicitud de interrupción del embarazo en el marco del artículo 119 del Código Penal se debe convocar a una Junta Médica

bajo responsabilidad. Asimismo, el artículo 6.2.4 refiere que la decisión de la Junta Médica debe ser informada a la gestante para que en los casos en los que la conclusión de la misma sea la no viabilidad de la interrupción del embarazo la gestante pueda solicitar la conformación de una nueva Junta Médica. Sin embargo, presentada mi solicitud al Director de la Clínica El Golf no se tomó la decisión sobre dicha petición a través de una Junta Médica debidamente constituida.

d) Información en la Historia Clínica

Que, en la Historia Clínica solicitada por mí a la clínica El Golf no se encuentra mi petición de interrupción voluntaria del embarazo, hecho que llama mi atención ya que de acuerdo al artículo 6.6 de la Guía Técnica, ésta debe formar parte de mi historial. Esto constituye un nuevo incumplimiento de las disposiciones de la Guía Técnica. (Anexo 6)

e) Interpretación restrictiva respecto al riesgo en mi salud

Que, el artículo 6.1.11 establece que se considerará como entidades clínicas de la gestante, en las que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo: *“cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica”*. Al respecto, la interpretación realizada por la Clínica El Golf respecto a la afectación de mi salud fue restrictiva aun cuando presenté un certificado médico que sustentaba la afectación a mi salud mental y la recomendación de un aborto terapéutico.

-Que, al no tener ningún tipo de respuesta de la clínica El Golf y sobre todo por mi delicado estado de salud acudí nuevamente el 26 de diciembre del 2014 al Instituto Nacional Materno Perinatal, donde me realizaron nuevos exámenes y diagnosticaron embarazo con malformaciones congénitas compatibles con probable cromosopatía con mal pronóstico fetal⁵. Ese mismo día solicité la interrupción de mi embarazo en atención a la Guía Técnica, ante lo cual se realizó una Junta Médica que llegó a las siguientes conclusiones de que 6.1.11 de la Guía Técnica citada anteriormente. (Anexo 9 y Anexo 10)

-Que, la atención médica recibida en el Instituto Nacional Materno Perinatal no fue cubierta por mi Plan de Aseguramiento en Salud por lo que tuve que asumir el costo de la misma implicando un gasto de bolsillo adicional, sumado a la angustia, espera y falta de un servicio adecuado que ocasionaron que los sufrimientos se prolonguen.

Maco Normativo aplicable al caso

Que, nuestra Constitución reconoce en su artículo 7 el derecho a la salud, y en el artículo 65 el derecho de todo consumidor a recibir un buen servicio de salud:

⁵ Historia Clínica 1131130 del Instituto Nacional Materno Perinatal.

Artículo 7º.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...)

Artículo 65º.- 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.

Idoneidad del servicio

Asimismo, de conformidad al Código de Protección y Defensa del Consumidor, el servicio de salud brindado por entidades particulares también debe atender a la obligación de proteger la salud del consumidor (artículo 67.1), brindando de acuerdo a los artículos 18 y 19 del mismo cuerpo normativo un servicio idóneo.

De los hechos se desprende, que el servicio de salud brindado por la clínica "El Golf" no ha satisfecho este requisito que supone una correspondencia entre lo que el consumidor espera y realmente recibe, pues ya desde las 12 semanas de gestación, en mi calidad de gestante de alto riesgo debido a mi edad, a través de la ecografía que se practicó⁶, se debió interpretar que la amenaza de aborto que presentaba estaba relacionada con defectos fetales estaba afectando no tan solo mi salud física también mental, y que el no informar adecuadamente de esta situación y seguir extendiendo el embarazo ha ido generando una agravación en mi salud, no solo física sino mental.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *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 proteger tratando de que todas las personas*⁷. Y Asimismo, en el caso K.L vs Perú, se señaló que la negativa de efectuar el aborto genera el dolor de soportar un embarazo que es inviable, lo cual transgrede con el derecho a gozar de una salud psicológica de la paciente⁸.

Además, cuando se presentó la solicitud de interrupción del embarazo, se adjuntaron las pruebas médicas que recomendaban la necesidad de un aborto terapéutico; sin embargo, nuevamente la clínica, con una actitud negligente, no tomó atención a dichos documentos ni solicitó nuevos exámenes para descartar la posibilidad de la interrupción. Al respecto el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual ha señalado que es el proveedor, en este caso "El Golf", el que tiene la carga de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad⁹, máxime si en los médicos de esta institución recae la

⁶ La misma que señaló feto con evidencias ecográficas de defecto cromosomático.

⁷ STC 03599-2007-AA, FJ 2

⁸ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Dictamen, Comunicación N° 1153/2003, de 24 de octubre de 2005, Fundamento 6.3.

⁹ Resolución 0554-2014:SMPC-INDECOPI, Exp. 355-2012:INDECOPI-PIU

responsabilidad de tomar la decisión final sobre la solicitud de aborto terapéutico según la Guía Técnica Nacional citada anteriormente.

Falta de información oportuna

El artículo 1.1.b del Código de Protección al Consumidor señala como derecho de todo consumidor el recibir una información oportuna, esto es en el momento razonablemente apropiado. En relación a la salud, el criterio de oportunidad debe tomar como referencia el estado del paciente. Asimismo el Código de Protección al Consumidor señala en su artículo 67.4 que:

El derecho a la protección de la salud del consumidor es irrenunciable. Sin perjuicio del pleno reconocimiento de estos derechos conforme a la normativa de la materia, los consumidores tienen, de acuerdo al presente Código, entre otros, los siguientes derechos:

- a. A que se les brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características, condiciones económicas y demás términos y condiciones del producto o servicio brindado.
- b. A que se les dé, en términos comprensibles y dentro de las consideraciones de ley, la información completa y continua sobre su proceso, diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias sobre los productos o servicios brindados.
- c. A que se les comunique de forma suficiente, clara, oportuna, veraz y fácilmente accesible, todo lo necesario para que puedan dar su consentimiento informado, previo a la entrega de un producto o la provisión de un servicio.

Sin embargo, a pesar de que el 18 de diciembre del 2014 presenté una petición de aborto terapéutico a la Clínica El Golf adjuntando los diagnósticos médicos bajo los cuales se sustentaba el pedido, solo recibí una respuesta cuarenta y dos (42) días después sin una debida motivación, ya que no explican detalladamente el porqué de la negativa, pues la clínica debía asegurarse de que mi estado de salud no ameritaba la interrupción en contraposición a los exámenes que adjunté. Además, ello sucedió después de haber insistido en la solicitud en dos oportunidades: el 17 de enero, mediante la hoja de reclamación N° 3447 (Anexo 9), donde expresaba mi reclamo por la demora injustificada en la respuesta, y el 22 del mismo mes en solicitud similar (Anexo 10).

Esto incumple el estándar de oportunidad en la atención a la salud, pues de acuerdo a la Guía Técnica Nacional, en su artículo 6.2.6., el plazo oportuno para dar respuesta a la solicitud no debe exceder de seis (6) días, con lo que se sostiene la responsabilidad de la clínica "El Golf" al deber de información oportuna.

Finalmente, debo señalar que esta demora de atención a la solicitud, transgredió los artículos 25 y 29 del Código del Consumidor, ya que a consecuencia de ello se me colocó en una situación de riesgo, pues no se me dio información oportuna y permanente sobre las implicancias en mi salud del estado de gestación.

Discriminación al brindar el servicio de salud

Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores.

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

Que, en nuestro país se reconoce el principio *pro consumidor*, amparado en el artículo 65¹⁰ de la Constitución, en concordancia con el artículo I del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N° 29571, donde se establece que: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”, dicho derecho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0858-2003-AA/TC¹¹ (f.j.10), donde reconoce como derecho subjetivo, el derecho de “defenderse (...) en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses”.

A partir de ello, sostengo que el incumplimiento de las normas legales sobre el protocolo para aborto terapéutico por parte de la clínica El Golf, su falta de celeridad para responder las solicitudes que presenté, y la omisión de diligencia para evitar riesgos graves en mi salud, han devenido en un acto discriminatorio injustificado toda vez que, en mi condición de mujer, ha sido violado mi derecho a la salud sexual y reproductiva poniéndose además en riesgo mi vida.

Esto configura una violación a mi derecho a la igualdad pues debí ser tratada y atendida como un ser humano cuya salud está en grave riesgo, tal como sucedió en el Instituto Nacional

¹⁰Protección al consumidor

Artículo 65.- 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.

¹¹En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html> [Visita: 18/05/2012]

Materno Perinatal. En dicha institución recibí un diagnóstico similar al de la clínica "El Golf" pero, ante mi solicitud de aborto terapéutico, la Junta Médica determinó, dentro de los plazos previstos legalmente, que el embarazo ponía en riesgo mi vida y salud física y mental frente a un feto con mal pronóstico debido a cromosopatía; por lo que se decidió, conforme al artículo 6.1.11 de la Guía Técnica de interrupción voluntaria, la interrupción terapéutica del embarazo.

Por lo antes expuesto solicito a la Comisión de Protección al Consumidor.

- Que, la clínica El Golf sea sancionada con severidad por el perjuicio causado a mi vida, integridad y salud.
- Que, la clínica El Golf se abstenga de ejercer cualquier práctica que implique conductas discriminatorias contra las consumidoras y los consumidores, en especial contra las mujeres que solicitan aborto terapéutico en los términos planteados por las normas legales vigentes en la materia.
- Que, la clínica El Golf en un corto plazo implemente la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado, y que informe INDECOPI supervise el proceso de implementación.
- Que, la clínica El Golf se comprometa a realizar capacitaciones a su personal para el adecuado cumplimiento de la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado, para que no se repita la comisión de dichos actos.
- Que, la clínica El Golf emita un pronunciamiento público de disculpas por haberme negado una interrupción legal del embarazo poniendo en riesgo mi vida y mi salud y que anuncie que su servicio sí brinda interrupciones legales del embarazo en la causal terapéutica en el marco del artículo 119 del Código Penal.
- Que, habiendo incurrido en gastos innecesarios que pudieron haber sido cubiertos por mi EPS si la clínica El Golf hubiera garantizado mis derechos, solicito se me devuelva todos los gastos incurridos por la violación de mis derechos incluyendo las costas y los costos del proceso.

A efectos de los cual cumplo con adjuntar los siguientes medios probatorios:

- a) Anexo 1: Copias simple de mi DNI.
- b) Anexo 2: Informe del caso de Paola Borgoño Salazar, elaborado por el médico gineco-obstetra, Luis Távara Orozco, en base a la historia clínica 039442 de la Clínica El Golf.
- c) Anexo 3: Examen ecográfico, del 21 de noviembre de 2014

000009

- d) Anexo 4: Informe ecográfico obstétrico, Instituto Nacional Materno Perinatal, del 13 de diciembre de 2014.
- e) Anexo 5: Informe Médico N° 001-EGR/INMP, Instituto Nacional Materno Perinatal, del 26 de diciembre de 2014.
- f) Anexo 6: Copia de la Historia Clínica 39442, Clínica El Golf.
- g) Anexo 7: Solicitud dirigida al Dr. Alfredo Martínez Portel, director médico de la Clínica El Golf, con cargo de recepción el 18 de diciembre de 2014.
- h) Anexo 8: Copia del correo electrónico enviado por Rosa Cedano, jefe de servicio al cliente de la Clínica El Golf, del 30 de enero de 2015.
- i) Anexo 9: Hoja de reclamación N° 003447, del 17 de enero de 2015.
- j) Anexo 10: Carta dirigida al Dr. Alfredo Martínez Portel, director médico de la Clínica El Golf, con cargo de recepción el 22 de enero de 2015.
- k) Anexo 11: Informe del Caso de Paola Borgoño Salazar, elaborado por médico gineco-obstetra Luis Távara Orozco en base a la historia clínica 039442 de la clínica El Golf de la ciudad de Lima – Perú.


Paola Borgoño Salazar
DNI:10725865

J. Halls

EXPEDIENTE N° : 0563-2015/CC1
DENUNCIANTE : PAOLA VANESSA BORGOÑO SALAZAR (LA SEÑORA BORGOÑO)
DENUNCIADA : SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN HOSPITALARIA S.A.C.¹ (LA CLÍNICA)
MATERIA : ADMISIÓN A TRÁMITE
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN
RESOLUCIÓN N° : 1

Lima, 13 de julio de 2015

I. HECHOS:

1. Mediante escrito del 27 de mayo de 2015, la señora Borgoño denunció a la Clínica por presuntas infracciones a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:
 - (i) En el mes de septiembre de 2014 quedó en estado de gestación, llevando su atención ginecológica en la Clínica, en el marco del seguro de salud con el que contaba desde el 17 de diciembre de 2012.
 - (ii) El 17 de octubre de 2014 acudió a la Clínica, debido a que presentaba sangrado vaginal oscuro y seco y náuseas. Se le realizó una ecografía, diagnosticándosele embarazo de alto riesgo e hiperémesis gravídica² leve, teniendo seis (6) semanas y un (1) días de gestación.
 - (iii) Debido a la persistencia de dolor pélvico, el 21 de octubre de 2014 acudió de nuevo a la Clínica, donde fue ingresada de emergencia. Se ordenó la administración de progesterona, así como la realización de exámenes de laboratorio (ratinina, úrea, examen completo de orina, glucosa, grupo sanguíneo y RH, hemograma, HIV I-II, serológicas RPR).
 - (iv) El 21 de noviembre de 2014, con doce (12) semanas y cinco (5) días de gestación, acudió a la Clínica para realizarse una ecografía, la cual determinó que el feto tenía el defecto cromosomático de síndrome de Turner³, sugiriéndosele la realización de una ecografía genética. Su médico tratante le indicó que la gestación era riesgosa y que tenía pocas posibilidades de éxito;

¹ De la revisión de la página web de SUSALUD, se ha verificado que la razón social de "Clínica El Golf" es Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. (<http://app12.susalud.gob.pe/views/ConsultaDatosEstablecimiento.aspx>).

² La hiperémesis gravídica es la presencia de vómitos y náuseas intensos y persistentes durante el embarazo. Pueden llevar a la deshidratación, pérdida de peso y desequilibrios electrolíticos. Fuente: MedlinePlus (<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001499.htm>).

³ El síndrome de Turner es un trastorno genético que afecta el desarrollo de las niñas. La causa es un cromosoma X ausente o incompleto. Las niñas que lo presentan son de baja estatura y sus ovarios no funcionan en forma adecuada. Fuente: MedlinePlus (<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/turnersyndrome.html>).

sin embargo, también le indicó que la Clínica no realizaba el procedimiento de aborto terapéutico, por lo que tendría que acudir al Instituto Nacional Materno Perinatal para solicitarlo.

- (v) El 4 de diciembre de 2014, con trece (13) semanas de gestación, acudió nuevamente a la Clínica debido a un sangrado vaginal persistente durante ocho (8) horas, diagnosticándosele amenaza de aborto y embarazo de alto riesgo. Se solicitó un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica; sin explicarle en ninguna oportunidad la finalidad de dichos exámenes.
- (vi) El 9 de diciembre de 2014 se emitió el resultado de la ecografía, diagnosticándose edema⁴ generalizado en cabeza fetal, vista de cuatro (4) cámaras patológico e hipoplasia del lado izquierdo del corazón⁵; sugiriéndosele descartar alteración cromosómica con amniocentesis⁶, compromiso infeccioso TORCH⁷ y cardiopatía congénita. Se le dio el alta médica el 10 de diciembre de 2014.
- (vii) Pese a dársele el alta médica, su salud física siguió siendo afectada por síntomas negativos, tales como dolor pélvico y sangrado vaginal; asimismo, su salud mental fue afectada por el constante riesgo de aborto. Debido a ello, el 11 de diciembre de 2014 consultó a la médica psiquiatra Marta B. Rondón, quien le diagnosticó depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés e ideación suicida y le indicó que la afectación a su salud mental ameritaba la interrupción de la gestación.
- (viii) El 13 de diciembre de 2014 acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal, a fin de que se le realizara una ecografía, diagnosticándose alta probabilidad de cromosomopatía y mal pronóstico perinatal. Asimismo, se determinó la existencia de riesgo para su salud física y mental.
- (ix) Debido a ello, el 18 de diciembre de 2014 presentó una solicitud de aborto terapéutico a la Clínica, adjuntando los diagnósticos que sustentaban la afectación a su salud física y mental, de acuerdo a lo establecido por la "Guía

⁴ Edema significa hinchazón causada por la acumulación de líquido en los tejidos del cuerpo. Suele ocurrir en los pies, los tobillos y las piernas, pero puede afectar todo el cuerpo. Fuente: MedlinePlus (<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/edema.html>).

⁵ Muchos bebés que mueren a causa de defectos cardíacos durante el primer mes de vida tienen un defecto cardíaco específico llamado hipoplasia del lado izquierdo del corazón, en el cual la cavidad más importante del corazón es demasiado pequeña para abastecer de sangre el cuerpo. Fuente: Fundación de Niños con Defectos de Nacimiento March of Dimes (<http://nacersano.marchofdimes.org/perdida/muerte-del-neonato.aspx>).

⁶ La amniocentesis (también llamada "amnio") es una prueba prenatal común utilizada para diagnosticar ciertos defectos de nacimiento y trastornos genéticos. Fuente: Fundación de Niños con Defectos de Nacimiento March of Dimes (<http://nacersano.marchofdimes.org/embarazo/amniocentesis.aspx>).

⁷ El perfil TORCH es un grupo de exámenes de sangre para evaluar algunas infecciones diferentes en un recién nacido. TORCH corresponde a las iniciales en inglés de toxoplasmosis, rubéola, citomegalovirus, herpes simple y VIH, pero también puede incluir otras infecciones en los recién nacidos. Fuente: MedlinePlus (<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003350.htm>).

Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal⁸ (en adelante, la Guía). Sin embargo, la Clínica incurrió en una serie de irregularidades en la tramitación de su solicitud, consistentes en:

- (a) De acuerdo a la Guía, el plazo desde la solicitud de la gestante hasta el inicio de la intervención no debe ser mayor a seis (6) días calendario. Sin embargo, la Clínica no respondió a su solicitud dentro de dicho plazo, por lo que el 17 de enero de 2015 consignó su reclamo en el Libro de Reclamaciones, volviendo a solicitar la respuesta el 22 de enero de 2015.
- (b) El 30 de enero de 2015, después de cuarenta y dos (42) días de haber presentado su solicitud, la Clínica respondió denegando la misma, indicando que: (i) de acuerdo a la Guía, el aborto terapéutico procede únicamente cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o evitar un mal grave y permanente en su salud; sin embargo, de acuerdo a la última evaluación que se le realizó en la Clínica y la opinión de su médico tratante no existía riesgo para su vida; (ii) se le informó sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que la gestación implicaba; y, (iii) se le informó sobre la posición de la Clínica sobre la interrupción voluntaria del embarazo.
- (c) De acuerdo a la Guía, una vez recibida la solicitud de aborto terapéutico, se debe convocar a una Junta Médica, cuya decisión debe ser informada a la gestante. Sin embargo, la Clínica denegó su solicitud sin conformar dicha Junta.
- (d) De acuerdo a la Guía, la solicitud de aborto terapéutico forma parte de la historia clínica de la gestante. Sin embargo, la Clínica no incluyó su solicitud en su historia clínica.
- (x) La información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que su gestación implicaba, que la Clínica indicó haberle comunicado, no fue registrada en su historia clínica.
- (xi) El 26 de diciembre de 2014 acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal, donde luego de realizarle varios exámenes se le diagnosticó embarazo con malformaciones congénitas compatibles con probable cromosomopatía y mal pronóstico fetal. Ese mismo día solicitó el aborto terapéutico, realizándose una Junta Médica que concluyó la viabilidad del mismo, debido al riesgo que la gestación significaba para su salud física y mental.

⁸ Aprobada mediante Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA el 27 de junio de 2014.

2. La señora Borgoño solicitó lo siguiente:
- (i) Se sancione a la Clínica por el perjuicio ocasionado a su salud.
 - (ii) Se ordene a la Clínica abstenerse de ejercer cualquier práctica que implique conductas discriminatorias contra los consumidores, en especial contra las mujeres que solicitan el aborto terapéutico.
 - (iii) Se ordene a la Clínica implementar la "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal" y capacitar a su personal para su adecuado cumplimiento, informando a Indecopi sobre el proceso de implementación.
 - (iv) Se ordene a la Clínica emitir un pronunciamiento público de disculpas por la negativa a la interrupción legal de su embarazo.
 - (v) La devolución de todos los gastos incurridos en la interrupción legal de su embarazo en el Instituto Nacional Materno Perinatal.
 - (vi) El pago de las costas y costos del procedimiento.

II. DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DENUNCIA

3. La Secretaría Técnica de la Comisión, en ejercicio de sus facultades⁹, considera que el hecho denunciado, consistente en que, el 4 de noviembre de 2014, el personal médico de la Clínica habría solicitado un perfil preoperatorio, riesgo

⁹ LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 105°.- El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo núm. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo pueda ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1033, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI

Artículo 27°.- De la Comisión de Protección al Consumidor.-

Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, de las omisiones de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas que complementan o sustituyan a las anteriores.

DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI FACULTADES DE LAS COMISIONES Y OFICINAS DEL INDECOPI.

Artículo 24°.- El Secretario Técnico se encargará de la tramitación del procedimiento. Para ello, cuenta con las siguientes facultades:

(...)

c) Admitir denuncias a trámite, en aquellos casos en que la Comisión le haya delegado esta facultad.

(...)

quirúrgico y ecografía pélvica de la señora Borgoño, sin explicarle la finalidad de dichos exámenes; involucraría una presunta infracción del deber de información, tipificado en los artículos 1.1° literal b), 2° y 67.4° literal b) del Código¹⁰.

4. Asimismo, considera que el hecho denunciado, consistente en que el personal de la Clínica no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico, incumpliendo la normativa sectorial, debido a que: (i) no habría respondido a la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño dentro del plazo debido; (ii) no habría conformado una Junta Médica para evaluar la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño; (iii) no habría incluido la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño como parte de su historia clínica; y, (iv) habría denegado la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño, pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo; involucraría una posible afectación a las expectativas de la denunciante, quien no habría encontrado una correspondencia entre el servicio que esperaba recibir de parte del proveedor denunciado y lo que realmente recibió. Por consiguiente, corresponde calificar el hecho materia de denuncia como una presunta infracción del deber de idoneidad, tipificado en los artículos 18° y 19° del Código¹¹, así como una posible afectación al derecho a la salud, tipificado en el artículo 67.1° del Código¹².

¹⁰ LEY 29571, CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Artículo 1°.- Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

(...)

Artículo 2°.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos.

Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 67°.- Protección de la salud

67.4 El derecho a la protección de la salud del consumidor es irrenunciable. Sin perjuicio del pleno reconocimiento de estos derechos conforme a la normativa de la materia, los consumidores tienen, de acuerdo al presente Código, entre otros, los siguientes derechos:

(...)

b. A que se les dé, en términos comprensibles y dentro de las consideraciones de ley, la información completa y continua sobre su proceso, diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias sobre los productos o servicios brindados.

(...)

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 18°.- Idoneidad

5. Finalmente, considera que el hecho denunciado, consistente en que el personal médico de la Clínica no habría consignado en la historia clínica de la señora Borgoño la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que su gestación implicaba; involucraría una posible afectación a las expectativas de la denunciante, quien no habría encontrado una correspondencia entre el servicio que esperaba recibir de parte del proveedor denunciado y lo que realmente recibió. Por consiguiente, corresponde calificar el hecho materia de denuncia como una presunta infracción del deber de idoneidad, tipificado en los artículos 18° y 19° del Código.
6. En tanto la denuncia reúne los requisitos establecidos por las normas citadas, corresponde admitirla a trámite.

III. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

7. A efectos de tener mayores elementos de juicio que sirvan para la resolución definitiva del presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 1, en ejercicio de las facultades que la ley le confiere¹³, conviene en

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 lo 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.

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.

¹² LEY N° 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.

¹³ DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOP

Artículo 1°.- Las Comisiones y Oficinas del INDECOP gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2°.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOP tiene las siguientes facultades:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.
 (...)

Artículo 24°.- El Secretario Técnico se encargará de la tramitación del procedimiento. Para ello, cuenta con las siguientes facultades:

requerir a la señora Borgoño que cumpla con brindar su autorización escrita para que la Clínica entregue a la Secretaría Técnica de la Comisión una copia completa, legible y foliada de su historia clínica.

8. Dicho requerimiento deberá ser absuelto en un plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

PRIMERO: Admitir a trámite la denuncia de fecha 27 de mayo de 2015, presentada por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. conforme a lo siguiente:

- (i) Por presunta infracción a los artículos 1.1° literal b), 2° y 67.4° literal b) de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto, el 4 de noviembre de 2014, el personal médico de la Clínica habría solicitado un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica de la señora Borgoño, sin explicarle la finalidad de dichos exámenes.
- (ii) Por presunta infracción a los artículos 18° y 19° y 67.1° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el personal de la Clínica no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico, incumpliendo la normativa sectorial, debido a que: (i) no habría respondido a la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño dentro del plazo debido; (ii) no habría conformado una Junta Médica para evaluar la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño; (iii) no habría incluido la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño como parte de su historia clínica; y, (iv) habría denegado la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño, pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo.
- (iii) Por presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el personal médico de la Clínica no habría consignado en la historia clínica de la señora Borgoño la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que su gestación implicaba.

SEGUNDO: Tener por ofrecidos los medios probatorios presentados con la denuncia del 27 de mayo de 2015.

TERCERO: Requerir a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. que cumpla con:

(...)

f) Llevar a cabo las inspecciones e investigaciones necesarias para otorgar mayores elementos de juicio a la Comisión, así como las fiscalizaciones que, de ser el caso, se contemplen en disposiciones legales y reglamentarias que considere pertinentes o que sean requeridas por la Comisión.

(...)

- (i) Presentar documentos que acrediten su inscripción en los Registros Públicos;
- (ii) presentar las facultades de representación de su representante legal en el presente procedimiento;
- (iii) señalar Número de Registro Único de Contribuyentes (RUC)¹⁴;
- (iv) presentar Comprobante de Información Registrada y/o documentos que acrediten su inscripción en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT; y,
- (v) fijar domicilio procesal para el procedimiento, de conformidad con el literal 1 del artículo 442º del Código Procesal Civil.

CUARTO: Correr traslado de la denuncia a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. para que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26º del Decreto Legislativo N° 807, presente sus descargos en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados desde la notificación, vencido el cual, el Secretario Técnico declarará en rebeldía al denunciado que no lo hubiera presentado. Debe precisarse que de conformidad con lo establecido por el artículo 223.1º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o meritadas como ciertas.

QUINTO: Requerir a la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar que, en el plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, cumpla con brindar su autorización escrita para que Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. entregue a la Secretaría Técnica de la Comisión una copia completa, legible y foliada de su historia clínica.

SEXTO: Informar a las partes que el artículo 110º de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor¹⁵ faculta a la Comisión a calificar las infracciones de

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 943, LEY DEL REGISTRO ÚNICO DE CONTRIBUYENTES**
Artículo 4º.- DE LA EXIGENCIA DEL NÚMERO DE RUC

Todas las Entidades de la Administración Pública, principalmente las mencionadas en el Apéndice del presente Decreto Legislativo, y los sujetos del Sector Privado detallados en el citado Apéndice solicitarán el número de RUC en los procedimientos, actos u operaciones que la SUNAT señale. Dicho número deberá ser consignado en los registros o bases de datos de las mencionadas Entidades y sujetos, así como en los documentos que se presenten para iniciar los indicados procedimientos, actos u operaciones.

La veracidad del número informado se comprobará requiriendo la exhibición del documento que acredite la inscripción en el RUC o mediante la consulta por los medios que la SUNAT habilite para tal efecto.

La SUNAT mediante Resolución de Superintendencia podrá ampliar la relación de los sujetos o Entidades mencionados en el referido Apéndice.

¹⁵ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 110º.- El Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108º con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

a. Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.
 b. Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.

la referida norma como leves, graves o muy graves e imponer sanciones que van desde una amonestación hasta una multa por un máximo de 450 Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas, reparadoras y complementarias, que puedan ordenarse de acuerdo a lo estipulado en el artículo 114° de la referida norma¹⁶.

c. Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450 UIT).

En el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente.

La cuantía de las multas por las infracciones previstas en el Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, se rige por lo establecido en dicha norma, salvo disposición distinta del presente Código.

Las sanciones administrativas son impuestas sin perjuicio de las medidas correctivas que ordene el Indecopi y de la responsabilidad civil o penal que pueda corresponder.

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 114°.- 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 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.

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 infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
- f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
- g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
- h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
- i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

115.2 Las medidas correctivas reparadoras no pueden ser solicitadas de manera acumulativa conjunta, pudiendo plantearse de manera alternativa o subsidiaria, con excepción de la medida correctiva señalada Código de Protección y Defensa del Consumidor en el literal h) que puede solicitarse conjuntamente con otra medida correctiva. Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

115.3 Las medidas correctivas reparadoras pueden solicitarse en cualquier momento hasta antes de la notificación de cargo al proveedor, sin perjuicio de la facultad de secretaría técnica de la comisión de requerir al consumidor

SÉPTIMO: Informar a las partes que conforme a lo establecido en el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 807, los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del proceso serán de cargo de la parte que solicita la prueba, salvo pacto en contrario. Si la ordenara de oficio el INDECOP, será de cargo de la parte vencida. En todos los casos, la resolución final determinará si los gastos deben ser asumidos por alguna de las partes, o reembolsados a la otra parte o al INDECOP, según sea el caso, de manera adicional a la sanción que haya podido imponerse.

OCTAVO: Comunicar a las partes que, de acuerdo a lo señalado por el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 807¹⁷, hasta antes de la emisión de la Resolución Final tienen la

que precise la medida correctiva materia de solicitud. El consumidor puede variar su solicitud de medida correctiva hasta antes de la decisión de primera instancia, en cuyo caso se conlleva traslado al proveedor para que formule su descargo.

115.4 Corresponde al consumidor que solicita el dictado de la medida correctiva reparadora probar las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas causadas por la comisión de la infracción administrativa.

115.5 Los bienes o montos objeto de medidas correctivas reparadoras son entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva reparadora, que por algún motivo se encuentran en posesión del Indecopi y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, son puestos a disposición de estos.

115.6 El extremo de la resolución final que ordena el cumplimiento de una medida correctiva reparadora a favor del consumidor constituye título ejecutivo conforme con lo dispuesto en el artículo 698 del Código Procesal Civil, una vez que quedan consentidas o causan estado en la vía administrativa. La legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a los consumidores beneficiados con la medida correctiva reparadora.

115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractor y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa.

Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias

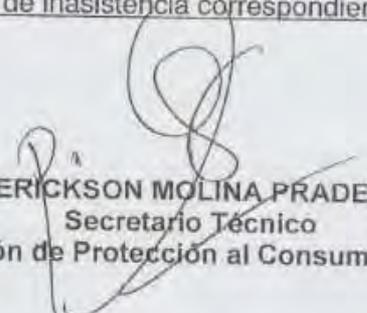
Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial y de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
- f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes.

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOP**
FACULTADES DE LAS COMISIONES Y OFICINAS DEL INDECOP

posibilidad de solicitar se les cite a una audiencia de conciliación. En este sentido corresponde informar a las partes que, en caso deleguen a favor de tercera persona su actuación en la diligencia programada, ésta deberá presentar un poder especial con firma legalizada ante Notario Público, donde conste expresamente su facultad para asistir y conciliar en su representación¹⁸. Ello bajo apercibimiento de no realizar la audiencia de conciliación y levantar el acta de inasistencia correspondiente.



ERICKSON MOLINA PRADEL
Secretario Técnico

Comisión de Protección al Consumidor N° 1

JMB/kgj

Artículo 29°.- En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, el Secretario Técnico podrá citar a las partes a audiencia de conciliación. La audiencia se desarrollará ante el Secretario Técnico o ante la persona que éste designe. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la denuncia, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de transacción extrajudicial. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 74°.- La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.

Artículo 75°.- Facultades Especiales.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

RESOLUCIÓN FINAL 2243-2016/CC1

DENUNCIANTE : **PAOLA VANESSA BORGOÑO SALAZAR
(LA SEÑORA BORGOÑO)**
DENUNCIADO : **SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN HOSPITALARIA
S.A.C.¹ – CLÍNICA EL GOLF
(LA CLÍNICA)**
MATERIAS : **DEBER DE IDONEIDAD
INFORMACIÓN**
ACTIVIDAD : **ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA SALUD
HUMANA**

Lima, 26 de octubre de 2016

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 27 de mayo de 2015, la señora Borgoño denunció a la Clínica por presuntas infracciones a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:
 - (i) El 17 de octubre de 2014, acudió a la Clínica debido a que presentaba sangrado vaginal y náuseas. Se le realizó una ecografía y se determinó que tenía 6 semanas de gestación. Asimismo, se diagnosticó que su embarazo era de alto riesgo.
 - (ii) Debido a que presentaba dolor pélvico, el 21 de octubre de 2014 ingresó por el servicio de emergencia de la Clínica y se le realizó diversos exámenes.
 - (iii) El 21 de noviembre de 2014, con doce semanas y cinco días de gestación, acudió a la Clínica para realizarse una ecografía, la cual determinó que el feto tenía el defecto cromosómico de síndrome de Turner², sugiriéndosele la realización de una ecografía genética. Su médico tratante le indicó que la gestación era riesgosa y que tenía pocas posibilidades de éxito; sin embargo, también le indicó que no consideraba que pusiera en riesgo su vida o su salud. Asimismo, le indicó que si deseaba someterse a un aborto terapéutico, debía acudir al Instituto Nacional Materno Perinatal para solicitarlo.
 - (iv) El 4 de diciembre de 2014, con trece semanas de gestación, acudió nuevamente a la Clínica debido a un sangrado vaginal persistente, determinándose una amenaza de aborto y que su gestación era de alto riesgo. En esta ocasión Se solicitó un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica, pero no se le explicó la finalidad de dichos exámenes.

¹ Con RUC N° 20507264108 y domicilio fiscal ubicado en Av. Aurelio Miroquesada N° 1030, San Isidro.

² El síndrome de Turner es un trastorno genético que afecta el desarrollo de las niñas. La causa es un cromosoma X ausente o incompleto. Las niñas que lo presentan son de baja estatura y sus ovarios no funcionan en forma adecuada, entre otros problemas. Información tomada de la página web de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. y disponible en la siguiente página web: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/turnersyndrome.html>.

- (v) El 9 de diciembre de 2014 se emitió el resultado de una ecografía obstétrica, apreciándose edema³ generalizado en cabeza fetal e hipoplasia del lado izquierdo del corazón⁴. Debido a este resultado, el personal médico de la Clínica le sugirió descartar una alteración cromosómica con amniocentesis⁵, compromiso infeccioso TORCH⁶ y cardiopatía congénita. El 10 de diciembre de 2014 se le otorgó el alta médica.
- (vi) Pese a dársele el alta médica, su salud física siguió siendo afectada por síntomas negativos, tales como dolor pélvico y sangrado vaginal. Asimismo, su salud mental empezó a verse afectada por el constante riesgo de aborto. Debido a ello, el 11 de diciembre de 2014 consultó a la psiquiatra Marta B. Rondón, quien le diagnosticó una “depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés, aparentemente desencadenadas por la presente gestación”. Asimismo, dicha especialista señaló que presentaba ideas suicidas y que su salud mental ameritaba la interrupción de la gestación.
- (vii) El 13 de diciembre de 2014 acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal en búsqueda de una segunda opinión médica sobre su embarazo. En dicho establecimiento fue atendida por el servicio de emergencia y se le practicó una ecografía cuyo resultado mostró una alta probabilidad de cromosopatía y mal pronóstico perinatal, estableciéndose, además, que estaba en riesgo su salud y su vida.
- (viii) Debido a ello, el 18 de diciembre de 2014 presentó una solicitud de aborto terapéutico a la Clínica, adjuntando los diagnósticos que sustentaban la afectación a su salud física y mental, de acuerdo a lo establecido por la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas, con consentimiento informado, en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal”⁷. Sin embargo, la Clínica habría incurrido en una serie de irregularidades en la tramitación de su solicitud, consistentes en:

³ Edema significa hinchazón causada por la acumulación de líquido en los tejidos del cuerpo. Suele ocurrir en los pies, los tobillos y las piernas, pero puede afectar todo el cuerpo. Información tomada de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. y disponible en la siguiente página web: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/edema.html>

⁴ Muchos bebés que mueren a causa de defectos cardíacos durante el primer mes de vida tienen un defecto cardíaco específico llamado hipoplasia del lado izquierdo del corazón, en el cual la cavidad más importante del corazón es demasiado pequeña para abastecer de sangre el cuerpo. Información tomada de la página web de la Fundación de Niños con Defectos de Nacimiento March of Dimes. Documento disponible en la siguiente página web: <http://nacerosano.marchofdimes.org/perdida/muerte-del-neonato.aspx>

⁵ La amniocentesis (también llamada "amnio") es una prueba prenatal común utilizada para diagnosticar ciertos defectos de nacimiento y trastornos genéticos. Información tomada de la página web de la Fundación de Niños con Defectos de Nacimiento March of Dimes. Documento disponible en la siguiente página web: <http://nacerosano.marchofdimes.org/embarazo/amniocentesis.aspx>

⁶ El perfil TORCH es un grupo de exámenes de sangre para evaluar algunas infecciones diferentes en un recién nacido. TORCH corresponde a las iniciales en inglés de toxoplasmosis, rubéola, citomegalovirus, herpes simple y VIH, pero también puede incluir otras infecciones en los recién nacidos. Información tomada de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. y disponible en la siguiente página web: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003350.htm>

⁷ Aprobada mediante Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA el 27 de junio de 2014.

- (a) La Clínica no respondió a su solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo de 6 días calendarios establecido en la Guía. Por dicha razón, el 17 de enero de 2015 consignó su reclamo en el Libro de Reclamaciones.
- (b) El 30 de enero de 2015, después de 42 días de haber presentado su solicitud de aborto terapéutico, la Clínica le respondió denegándola, indicando que de acuerdo a la Guía, el aborto terapéutico procede únicamente cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o evitar un mal grave y permanente en su salud; sin embargo, de acuerdo a la última evaluación que se le realizó en la Clínica y la opinión de su médico tratante, no existía riesgo para su salud o su vida.
- (c) De acuerdo a la Guía, una vez recibida la solicitud de aborto terapéutico, se debe convocar a una Junta Médica, cuya decisión debe ser informada a la gestante. Sin embargo, la Clínica denegó su solicitud sin conformar dicha Junta.
- (d) La Guía establece que la solicitud de aborto terapéutico forma parte de la historia clínica de la gestante. Sin embargo, la Clínica no incluyó su solicitud en su historia clínica.
- (ix) La información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para la salud que su gestación implicaba no fue registrada en su historia clínica.
- (x) El 26 de diciembre de 2014 acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal, donde luego de conformar una Junta Médica, se le practicó un aborto terapéutico.

2. La señora Borgoño solicitó lo siguiente:

- (i) Se ordene a la Clínica que se abstenga de ejercer cualquier práctica que implique conductas discriminatorias contra los consumidores, en especial contra las mujeres que solicitan el aborto terapéutico.
- (ii) Se ordene a la Clínica que implemente la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal” y que capacite a su personal para su adecuado cumplimiento, informando al Indecopi sobre el proceso de implementación.
- (iii) Se ordene a la Clínica que emita un pronunciamiento público de disculpas por la negativa a la interrupción legal de su embarazo.
- (iv) Se disponga que la Clínica le devuelva todos los gastos en los que incurrió para realizar el aborto terapéutico en el Instituto Nacional Materno Perinatal.
- (v) Se sancione a la Clínica por el perjuicio ocasionado a su salud.
- (vi) El pago de las costas y costos del procedimiento.

3. Por Resolución 1 del 13 de julio de 2015, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia interpuesta por la señora Borgoño contra la Clínica, efectuando la siguiente imputación de cargos:

“PRIMERO: Admitir a trámite la denuncia de fecha 27 de mayo de 2015, presentada por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. conforme a lo siguiente:

- (i) *Por presunta infracción a los artículos 1.1° literal b), 2° y 67.4° literal b) de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto, el 4 de noviembre de 2014, el personal médico de la Clínica habría solicitado un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica de la señora Borgoño, sin explicarle la finalidad de dichos exámenes.*
- (ii) *Por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el personal de la Clínica no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico, incumpliendo la normativa sectorial, debido a que: (i) no habría respondido a la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño dentro del plazo debido; (ii) no habría conformado una Junta Médica para evaluar la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño; (iii) no habría incluido la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño como parte de su historia clínica; y, (iv) habría denegado la solicitud de aborto terapéutico de la señora Borgoño, pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo.*
- (iii) *Por presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el personal médico de la Clínica no habría consignado en la historia clínica de la señora Borgoño la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que su gestación implicaba”.*

4. El 25 de agosto de 2015, la Clínica presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:

- (i) El personal de la Clínica le informó a la señora Borgoño sobre la finalidad de los exámenes médicos ordenados. Asimismo, en todo momento existió comunicación permanente entre el personal médico, la señora Borgoño y su pareja pues su embarazo era de alto riesgo.
- (ii) Si bien su personal no dio respuesta a la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido para atender los reclamos y solicitudes de los pacientes, razón por la que se allanaba respecto a este hecho, se debe tener en cuenta que la señora Borgoño conocía desde el inicio de su atención que su embarazo no ameritaba un aborto terapéutico pues su cuadro no se encontraba contemplado dentro de los supuestos establecidos en la “Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo Menor de 22 semanas con Consentimiento Informado en el Marco de lo Dispuesto en el Artículo 119° del Código Penal”.
- (iii) La Guía indicada se aplica únicamente en los casos en los que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitarle un daño grave y permanente en su salud. Dicho procedimiento no puede aplicarse en todos los

casos y sin control alguno. Su aplicación es excepcional y siempre que el caso lo amerite.

- (iv) La Guía establece que únicamente el médico tratante puede sugerir a la gestante la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. En el presente caso, el médico tratante de la señora Borgoño en ningún momento sugirió la posibilidad del aborto terapéutico ya que no se encontraba en ninguno de los supuestos establecidos en la Guía.
 - (v) Asimismo, la Guía establece que la Junta Médica se convoca siempre que durante la atención de la gestante, su médico tratante advierta que el embarazo pone en riesgo su vida o su salud. En la medida que ello no ocurrió, no existía la obligación de convocar a una Junta Médica.
 - (vi) Es verdad que el embarazo de la señora Borgoño fue catalogado como uno de alto riesgo porque la ecografía practicada el 21 de noviembre de 2014 mostró que el feto tenía un defecto cromosómico. Sin embargo, ello no ameritaba la interrupción del embarazo.
 - (vii) Ante el resultado de la ecografía, el médico tratante de la señora Borgoño dispuso que se realizaran varios exámenes a efectos de establecer un diagnóstico definitivo. No obstante ello, la denunciante no cumplió con someterse a dichos exámenes.
 - (viii) La norma sobre gestión de la historia clínica no establece que las solicitudes o reclamos de los pacientes formen parte de aquella, por lo que los establecimientos de salud no tienen dicha obligación.
 - (ix) Respecto al certificado psiquiátrico, cabe señalar que resulta extraño que en solo una atención se haya podido arribar a un diagnóstico certero del cuadro de la señora Borgoño.
 - (x) El personal médico de la Clínica cumplió con registrar en la historia clínica el diagnóstico, pronóstico y riesgos que su gestación implicaba.
5. Mediante escrito del 19 de abril de 2016, la señora Borgoño solicitó la realización de una audiencia de informe oral.

ANÁLISIS

Cuestión previa: sobre la solicitud de informe oral

- 6. Conforme se ha indicado en los antecedentes de la presente resolución, mediante escrito del 19 de abril de 2016, la señora Borgoño solicitó la programación de una audiencia de informe oral.
- 7. Al respecto, cabe indicar que el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, señala que las partes podrán solicitar la

realización de un informe oral ante la Comisión y que la denegatoria de dicha solicitud deberá ser debidamente fundamentada⁸.

8. En el presente caso, la Comisión ha verificado que en el transcurso del procedimiento tanto la señora Borgoño como la Clínica han tenido la oportunidad de exponer sus argumentos y han podido plantear su posición respecto a los hechos denunciados mediante la presentación de medios probatorios y el ejercicio efectivo de su derecho de acción y defensa, por lo que resulta razonable suponer que han planteado todos los argumentos que podían alegar.
9. Adicionalmente, este Colegiado considera que cuenta con elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre la controversia materia del procedimiento. Así, en el expediente obra la historia clínica de la señora Borgoño, el documento de petición de aborto terapéutico, el documento de respuesta de la Clínica a la petición de aborto terapéutico formulado por la señora Borgoño, informes médicos sobre el estado de salud de la señora Borgoño, etc.
10. Por lo expuesto, siendo una facultad discrecional de la Comisión conceder el uso de la palabra⁹, y dado que su denegatoria no implica una afectación al derecho de las partes de expresar sus argumentos, corresponde denegar la solicitud de informe oral.

Sobre el deber de idoneidad

11. El artículo 65 de la Constitución Política del Perú consagra la defensa por el Estado peruano de los intereses de los consumidores¹⁰, mandato que es recogido en el literal c) del numeral 1.1 del artículo 1 del Código, el cual reconoce el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos y establece la protección contra métodos comerciales coercitivos o cualquier otra práctica similar, así como

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1033, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 16°.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal

16.1°.- Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2°.- Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3°.- Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.

⁹ Ello, incluso ha sido señalado por la jurisprudencia, por ejemplo, a través de la sentencia del 10 de abril de 2006, recaída en el Expediente de Apelación 356-2005-Piura, en la que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, confirmando una sentencia que declaró infundada una demanda contencioso administrativa, afirmó que: "(...) se colige que es una facultad y no una obligación de la entidad demandada [el INDECOPI] el conceder los informes orales a las partes; por lo que no se evidencia que se haya contravenido el derecho de defensa de la apelante (...)".

A su vez, el Tribunal Constitucional, en Sentencia del 29 de agosto de 2006, recaída en el proceso de amparo signado bajo el Expediente 3075-2006-PA/TC, ha señalado como precedente de observancia obligatoria, que no todo informe oral resulta obligatorio por el solo hecho de haber sido solicitado sino que éste procede particularmente, cuando del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas durante el desarrollo del procedimiento.

¹⁰ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, publicada el 30 de diciembre de 1993**

Artículo 65.- 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.

frente a información interesadamente equívoca respecto de los productos o servicios que son ofrecidos en el mercado¹¹.

12. Al respecto, todo proveedor ofrece una garantía sobre la idoneidad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado, lo anterior en función de la información que traslada a los consumidores de manera expresa o tácita. En tal sentido, para establecer la existencia de una infracción corresponderá al consumidor o a la autoridad administrativa acreditar la existencia del defecto, siendo que ante tal situación será de carga del proveedor demostrar que dicho defecto no le es imputable para ser eximido de responsabilidad¹².
13. En efecto, una vez que se ha probado el defecto, sea con los medios probatorios presentados por el consumidor o por los aportados de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión, si el proveedor pretende ser eximido de responsabilidad deberá aportar pruebas que acrediten la fractura del nexo causal o que actuó con la diligencia requerida.
14. En el caso de los servicios de atención médica, por su propia naturaleza, siempre conllevan un grado de riesgo. Por lo tanto, es necesario que los médicos y entidades encargadas de la administración de servicios de salud actúen con la mayor diligencia posible, toda vez que cualquier error podría ocasionar un daño irreparable en la salud de las personas.
15. En esa línea, la Comisión ha diferenciado la prestación de aquellos servicios médicos que involucran una obligación de medios¹³ de aquellos que involucran una obligación

¹¹ **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, publicada el 2 de setiembre de 2010**

Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

¹² **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, publicada el 2 de setiembre de 2010**

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.

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.

¹³ Como ejemplo de obligación de medios podríamos citar el procedimiento seguido por el señor Carlos Alfredo Protzel Kusovatz contra la Clínica San Felipe S.A. En dicho procedimiento, la Comisión señaló que la Clínica no había incurrido en infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, pues el procedimiento quirúrgico seguido por la denunciada tenía correspondencia con el tratamiento quirúrgico común otorgado por la ciencia médica para contrarrestar la enfermedad de Buerger – padecida por el denunciante –, por lo que este no podía alegar la comisión de un acto de negligencia médica por parte de los profesionales de la Clínica, quienes pusieron toda su experiencia para tratar de aliviar la salud del señor Protzel. Ver Resolución N° 691-2001/CPC emitida en el Expediente N° 578-2000/CPC.

de resultados¹⁴. Así, la expectativa que tenga el consumidor del servicio brindado dependerá fundamentalmente del tipo de obligación al que se encuentra sujeto el profesional médico, aplicándose ésta de la siguiente forma:

- (i) Servicio médico sujeto a una obligación de medios: en este caso, un consumidor tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, sí esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado.
 - (ii) Servicio médico sujeto a una obligación de resultados: en este caso, un consumidor espera que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se han contratado dichos servicios. En tal sentido, un consumidor diligente o razonable considerará cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución de la responsabilidad del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción.
16. En ambos supuestos, la prestación del servicio médico implica la existencia de un riesgo, el mismo que, dependiendo de las circunstancias, podría resultar previsible. Así, de resultar un riesgo previsible, existe la obligación del proveedor de informar al consumidor acerca de la existencia del mismo a efectos de brindar un servicio médico idóneo, más aún tomando en consideración lo establecido en el Artículo 15 literal g) de la Ley 26842, Ley General de Salud¹⁵.
17. Por lo tanto, de acuerdo al criterio establecido por la Comisión, un servicio médico idóneo consiste en aplicar el procedimiento o protocolo correcto de la manera más fiel posible. Para ello, es necesario precisar que los médicos, para determinar los probables riesgos y plantear el referido tratamiento, deben contar con todos los elementos necesarios, los cuales se obtienen de la información que brinda el paciente y que constan en la historia clínica con la que cuenta.
18. La autoridad administrativa de protección al consumidor considerará que un médico ha cometido una infracción administrativa por violación de las normas de protección al consumidor cuando compruebe que el servicio brindado por él es evidente o manifiestamente negligente, es decir, que la falta de diligencia detectada no admite

¹⁴ Como ejemplo de obligación de resultados podríamos citar el procedimiento seguido por la señora Helena Marcia Da Costa Barros contra el señor Arnaldo Munive Degregori. En dicho procedimiento, la Comisión señaló que el señor Munive brindó un servicio médico que no resultó idóneo, pues la ortodoncia practicada por éste no corrigió las malformaciones dentales de la denunciante. Ver Resolución N° 778-2000/CPC emitida en el Expediente N° 483-2000/CPC.

¹⁵ **LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD**
Artículo 15°.- Toda persona usuaria de los servicios de salud tiene derecho: (...)
g) a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren. (...)

justificación alguna en la ciencia médica, como por ejemplo dejar una gasa en el cuerpo de la paciente durante una intervención quirúrgica, amputar el miembro sano en lugar del enfermo, abandonar al paciente luego de una operación con alto riesgo para su vida, excederse en la dosis máxima de anestesia, etc.

19. La necesaria objetividad con la que debe actuar la autoridad administrativa al momento de imponer sanciones obliga a que el tipo de servicio médico que encuadre en la calificación de un ilícito administrativo, constituye un grado de manifiesta o evidente negligencia reconocida como tal por la comunidad médica y de conformidad con los avances científicos de la medicina.
20. En atención a ello, este Colegiado considerará como un servicio no idóneo, aquel servicio en que el médico incumple las condiciones mínimas establecidas en las guías prácticas, protocolos médicos reconocidos por la comunidad médica o los que resulten abiertamente incompatibles con un deber mínimo de cuidado, exigible en su calidad de profesional de la salud.

Sobre el registro del diagnóstico, riesgos y pronóstico del cuadro de salud en la historia clínica

21. La señora Borgoño indicó en su denuncia que el personal médico de la Clínica no cumplió con registrar en su historia clínica el diagnóstico, el pronóstico y los riesgos para su salud que implicaba su gestación.
22. En sus descargos, la Clínica indicó que su personal cumplió con registrar en la historia clínica la información referida a estos aspectos del cuadro de salud de la señora Borgoño.
23. De la revisión de la historia clínica se constata que el personal médico de la Clínica consignó información referida al diagnóstico, pronóstico y riesgos del embarazo de la señora Borgoño. En efecto, en la historia clínica se consignó lo siguiente:

"EPICRISIS
ANAMNESIS
Sangrado vaginal
Dolor pélvico
EXAMEN FÍSICO
Huellas de sangrado vaginal
(...)
DIAGNÓSTICO DE INGRESO
Amenaza de aborto
DIAGNÓSTICO DEFINITIVO
Amenaza de aborto
Síndrome fetal

Fecha de ingreso: 04-12-2014
*Fecha de alta: 10-12-2014*¹⁶.

¹⁶ Ver fojas 327 del expediente.

"DOCUMENTO DE INTERCONSULTA

Fecha: 6/12/2014

INDICACIONES DEL MÉDICO TRATANTE

Gestante de 13 ss x UR, amenaza de aborto

Feto: síndrome de Turner con mal pronóstico evolutivo"¹⁷.

24. Teniendo en cuenta que se encuentra acreditado que en la historia clínica de la señora Borgoño se consignó información sobre diversos aspectos de su cuadro de salud, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia, por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° del Código.

Sobre la falta de respuesta a la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo legal establecido

25. La señora Borgoño indicó en su denuncia que la Clínica respondió su solicitud de aborto terapéutico de manera extemporánea, es decir, fuera del plazo establecido.
26. En sus descargos, la Clínica señaló que si bien su personal no dio respuesta a la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido para atender los reclamos y solicitudes de los pacientes, razón por la que se allanaba respecto a este hecho; se debía tener en cuenta que la señora Borgoño conocía desde el inicio de su atención que su embarazo no ameritaba un aborto terapéutico pues su cuadro no se encontraba contemplado dentro de los supuestos establecidos en la "Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo Menor de 22 semanas con Consentimiento Informado en el Marco de lo Dispuesto en el Artículo 119° del Código Penal".
27. Asimismo, la Clínica señaló que la Guía establece que únicamente el médico tratante puede sugerir a la gestante la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. Precisó que el médico tratante de la señora Borgoño en ningún momento sugirió la posibilidad del aborto terapéutico ya que esta no se encontraba en ninguno de los supuestos establecidos en la Guía.
28. Antes de realizar el análisis de este extremo de la denuncia, corresponde señalar que la "Guía Técnica Nacional para la Estandarización del Procedimiento de la Atención Integral de la Gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo Menor de 22 semanas con Consentimiento Informado en el Marco de lo Dispuesto en el Artículo 119° del Código Penal"¹⁸ fue aprobada mediante Resolución Ministerial 486-2014/MINSA y fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de junio de 2014.

¹⁷ Ver fojas 335 del expediente.

¹⁸ El artículo 119 del Código Penal establece lo siguiente:

"No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente".

29. Esta Guía establece lo siguiente en cuanto a su finalidad, objetivo, ámbito de aplicación y cuadros de salud que posibilitan la interrupción del embarazo mediante la vía del aborto terapéutico:

I. FINALIDAD

Asegurar la Atención Integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, en el marco de los derechos humanos, con enfoque de calidad, género e interculturalidad.

II. OBJETIVO

Estandarizar los procedimientos para la atención integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme dispone el artículo 119° del Código Penal y normas legales vigentes.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente Guía Técnica es de aplicación a nivel nacional para todos los establecimientos de salud a partir del segundo nivel de atención del sistema de salud nacional.

(...)

VI. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

6.1 ENTIDADES CLÍNICAS PARA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO MENOR DE 22 SEMANAS CON CONSENTIMIENTO INFORMADO CUANDO ES EL ÚNICO MEDIO PARA SALVAR LA VIDA DE LA GESTANTE O PARA EVITAR EN SU SALUD UN MAL GRAVE Y PERMANENTE.

La interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas, es una alternativa que se considera cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente. Esta situación y dicha alternativa deben ser puestas en conocimiento de la gestante afectada para que, de manera voluntaria e informada, pueda decidir si desea optar o no por la referida alternativa. Sobre la base de lo consensuado por sociedades médicas del Perú¹⁹ se consideran las siguientes entidades clínicas de la gestante, en las que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo:

- 1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical.*
- 2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno.*
- 3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal.*

¹⁹ Publicación del "Taller de Sociedades Médicas para identificar el perfil clínico para el aborto terapéutico", 2005. Colegio Médico del Perú, Sociedad Peruana de Gineco Obstetricia, Sociedad Peruana de cardiología, Sociedad de Gastroenterología del Perú, Sociedad Peruana de Hipertensión Arterial, Sociedad Peruana de Enfermedades Infecciosas y tropicales, Sociedad Peruana de Nefrología, Sociedad Peruana de Neumología, Asociación peruana de Diabetes, Asociación Psiquiátrica Peruana.

4. *Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.*
 5. *Insuficiencia cardíaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.*
 6. *Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco.*
 7. *Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.*
 8. *Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.*
 9. *Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.*
 10. *Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85% y con patología grave; y,*
 11. **Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica** (resaltado nuestro).
30. Conforme se puede apreciar, la Guía establece la posibilidad de interrumpir el embarazo menor de 22 semanas mediante el aborto terapéutico cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Asimismo, establece un listado de cuadros patológicos que ameritan evaluar la interrupción terapéutica del embarazo.
31. Por otro lado, la Guía establece el procedimiento a seguir con la finalidad de evaluar y realizar la interrupción del embarazo mediante aborto terapéutico. Dicho procedimiento es el siguiente:

“6.2 PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ASISTENCIALES:

6.2.1 *El/La médico/a tratante que durante la atención de la gestante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave y permanente, informará a la embarazada sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan.*

6.2.2 *A petición de la gestante el médico/a tratante presenta la solicitud escrita del caso a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección General, del establecimiento de salud.*

6.2.3 *La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia recibe la solicitud, y en la fecha constituye y convoca una Junta Médica, bajo responsabilidad. Debe además informar de inmediato a la Dirección General de lo actuado.*

6.2.4 *El/La médico/a tratante informará a la gestante o su representante legal la decisión de la Junta Médica. En caso que la Junta Médica apruebe la interrupción del embarazo menor de veintidós (22) semanas como indicación terapéutica para preservar la vida y la salud de la gestante, la gestante o su representante legal firmará el formulario para el consentimiento informado y la autorización del procedimiento (Anexos 1 y 2), lo que será puesto en conocimiento de la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia y de la Dirección General del establecimiento de salud.*

6.2.5 *La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia inmediatamente designará al médico/a que llevará a cabo el procedimiento, el cual será programado dentro de*

las siguientes veinticuatro (24) horas, comunicando al Director General del establecimiento de salud la fecha y hora de la intervención; bajo responsabilidad.

6.2.6 El lapso desde que la gestante solicita formalmente la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención, la que no debe exceder de seis (6) días calendarios.

6.2.7 Una vez realizada la intervención, la Jefatura del Servicio o Departamento de Gineco-Obstetricia informará por escrito el resultado del procedimiento a la Dirección General del establecimiento.

6.2.8 Si la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia incumpliera con convocar a la Junta Médica, el médico o médica tratante informará al Director o Directora General del establecimiento de salud, quien constituirá y convocará en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, una Junta Médica, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar”.

32. Ahora bien, conforme se ha indicado previamente, en sus descargos la Clínica afirmó que se allanaba en cuanto a la respuesta extemporánea a la solicitud presentada por la señora Borgoño. La Clínica indicó textualmente lo siguiente:

“8. En segundo lugar, vuestra Comisión nos imputa el hecho de que la Clínica no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico debido a que no habría respondido a la solicitud dentro del plazo establecido. Si bien sobre el citado extremo de la denuncia nos allanamos, dado que nuestra respuesta se dio fuera del plazo legal para responder reclamos y solicitudes de los pacientes, debe considerarse que la señora Borgoño desde el inicio de sus atenciones con el Dr. Almeyda conocía que su embarazo no ameritaba un aborto terapéutico (...)”²⁰.

33. A partir de lo indicado por la Clínica en el párrafo citado de su escrito de descargos, se aprecia que consideró que la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora Borgoño le generó la habitual o común obligación de atender o responder los reclamos y solicitudes de los usuarios de sus servicios, no obstante lo cual, brindó una respuesta extemporánea, es decir, fuera del plazo legal para ello, por lo que se allanó respecto a dicho hecho.

34. De la revisión del expediente se aprecia que esta situación fue notada por la propia denunciante. En efecto, en su escrito del 11 de diciembre de 2015, la señora Borgoño indicó lo siguiente:

“La Clínica evaluó mi solicitud de aborto terapéutico como una mera ‘solicitud o reclamo de pacientes’, tal como lo sostiene en el numeral 8 de su contestación, sin embargo, la solicitud presentada no era una simple solicitud, la naturaleza de la misma supera la calificación que la Clínica le asigna, ya que esta buscaba cautelar mi derecho a la salud y mi derecho a la vida (...)”²¹.

35. Se verifica entonces que el allanamiento de la Clínica estuvo referido a un hecho que no ha sido cuestionado por la denunciante y que, por lo mismo, no fue imputado como

²⁰ Ver fojas 307 del expediente.

²¹ Ver fojas 553 del expediente.

presunta infracción administrativa, a saber, la respuesta extemporánea al deber de atender los reclamos dentro del plazo de 30 días, obligación establecida en el artículo 24 del Código, por lo que no corresponde aplicar los efectos propios del allanamiento en tanto forma especial de conclusión del proceso, según lo establecido por el Código Procesal Civil, norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento administrativo.

36. Pues bien, corresponde ahora analizar la tramitación de la solicitud de aborto terapéutico, es decir, si se realizó de conformidad con lo establecido en la Guía de la materia.
37. En sus descargos, la Clínica señaló que el cuadro de salud de la señora Borgoño no ameritaba un aborto terapéutico pues no se encontraba contemplado dentro de los supuestos establecidos en la Guía. Añadió que la Guía establece que únicamente el médico tratante puede sugerir a la gestante la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo y que en el presente caso el médico tratante de la señora Borgoño en ningún momento sugirió la posibilidad del aborto terapéutico ya que esta no se encontraba en ninguno de los supuestos establecidos en la Guía.
38. De la revisión de la Guía se aprecia que establece un procedimiento con la finalidad de evaluar y realizar la interrupción del embarazo mediante aborto terapéutico. Dicho procedimiento ha sido citado en el numeral 29 de la presente resolución y, conforme se puede apreciar, indica que es el médico tratante quien, durante la atención de la gestante, advierte que el embarazo pone en riesgo su vida o pudiera generar un mal grave y permanente en su salud, informando sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y los procedimientos terapéuticos que correspondan. En efecto, la Guía establece ello en los siguientes términos:

“6.2.1 El/La médico/a tratante que durante la atención de la gestante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave y permanente, informará a la embarazada sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan”.
39. Asimismo, la Guía establece que luego de ello, a petición de la gestante, el médico tratante presenta la solicitud escrita ante la administración del establecimiento de salud. En efecto, la Guía establece ello en los siguientes términos:

“6.2.2 A petición de la gestante el médico/a tratante presenta la solicitud escrita del caso a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección General del establecimiento de salud”.
40. La Guía señala que, a continuación, el establecimiento de salud convoca una Junta Médica, la que decide si corresponde realizar o no el aborto terapéutico. La Guía establece que en caso la Junta Médica apruebe el aborto, la gestante brinda su consentimiento informado y autoriza la realización del procedimiento abortivo. Finalmente, la Guía establece que el plazo desde la solicitud de aborto terapéutico

formulada por la gestante y la realización del correspondiente procedimiento no debe exceder de 6 días calendarios²².

41. Según lo establecido en la Guía, se constata que el criterio u opinión del médico ha sido dispuesto como un elemento que puede ser considerado como determinante para los casos en los que se pretenda aplicar el aborto terapéutico. En efecto, la Guía incide en el hecho de que es el médico quien, según su criterio profesional, advierte que el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la gestante, informando dicha situación a esta última. Dispuesta la Guía en los términos en los que ha sido formulada, es el criterio u opinión del médico el que marca el inicio de la evaluación o realización del aborto terapéutico, así como del procedimiento específico para dicho fin.
42. De la revisión de la historia clínica no se verifica que el médico tratante de la señora Borgoño haya considerado que su embarazo pusiera en riesgo su vida o su salud. Esta situación ha sido reconocida por la denunciante, quien durante el presente procedimiento ha manifestado que durante las consultas realizadas en la Clínica, su médico tratante no consideró que su cuadro de salud ameritara la realización de un aborto terapéutico.

22

GUÍA TÉCNICA NACIONAL PARA LA ESTANDARIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA GESTANTE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO MENOR DE 22 SEMANAS CON CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119° DEL CÓDIGO PENAL

(...)

6.2 PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ASISTENCIALES:

(...)

6.2.3 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia recibe la solicitud, y en la fecha constituye y convoca una Junta Médica, bajo responsabilidad. Debe además informar de inmediato a la Dirección General de lo actuado.

6.2.4 El/La médico/a tratante informará a la gestante o su representante legal la decisión de la Junta Médica. En caso que la Junta Médica apruebe la interrupción del embarazo menor de veintidós (22) semanas como indicación terapéutica para preservar la vida y la salud de la gestante, la gestante o su representante legal firmará el formulario para el consentimiento informado y la autorización del procedimiento (Anexos 1 y 2), lo que será puesto en conocimiento de la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia y de la Dirección General del establecimiento de salud.

6.2.5 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia inmediatamente designará al médico/a que llevará a cabo el procedimiento, el cual será programado dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas, comunicando al Director General del establecimiento de salud la fecha y hora de la intervención; bajo responsabilidad.

6.2.6 El lapso desde que la gestante solicita formalmente la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención, la que no debe exceder de seis (6) días calendarios.

6.2.7 Una vez realizada la intervención, la Jefatura del Servicio o Departamento de Gineco-Obstetricia informará por escrito el resultado del procedimiento a la Dirección General del establecimiento.

6.2.8 Si la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia incumpliera con convocar a la Junta Médica, el médico o médica tratante informará al Director o Directora General del establecimiento de salud, quien constituirá y convocará en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, una Junta Médica, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar”.

43. Por otro lado, la señora Borgoño manifestó durante el presente procedimiento que su solicitud de aborto terapéutico se basó en la afectación a su salud física y mental que le producía su embarazo. En efecto, la señora Borgoño manifestó lo siguiente:

“(…)

a) *En ningún momento la solicitud de interrupción del embarazo tuvo motivación en las características embrionarias o el estado de salud del feto, nuestra solicitud desde un primer momento estuvo fundamentada en la afectación de la salud física y mental que ocasionaba en la Sra. Borgoño la continuidad del embarazo (...)*²³.

44. En ese sentido, la señora Borgoño ha indicado que su solicitud de aborto terapéutico contenía un certificado expedido por una psiquiatra, documento en el que dicha especialista recomendaba la terminación anticipada del embarazo por razones de salud mental.

45. De la revisión del expediente se aprecia que obra el certificado médico en cuestión. En dicho documento se consignó lo siguiente:

“CERTIFICADO

La médica psiquiatra que suscribe certifica haber examinado a la paciente doña Paola Vanessa Borgoño Salazar quien presenta depresión recurrente (F33) con reacción de adaptación al estrés (F.43.2) aparentemente desencadenadas por la presente gestación. Esta depresión cursa con ideación suicida. Entre los antecedentes destaca sintomatología depresiva desde los 21 años, con dos episodios previos y madre con síntomas depresivos.

*Por lo anterior considero que existen criterios para considerar que la afectación de la salud mental de la paciente ameritaría una interrupción de la presente gestación, ya que esta supone un riesgo severo para la salud de la paciente*²⁴.

46. No obstante lo alegado por la señora Borgoño, se advierte que si bien adjuntó a su solicitud de aborto terapéutico el certificado médico antes citado, dicha documentación fue presentada ante la Clínica, no existiendo evidencia de que dicha información fuera puesta en conocimiento de su médico tratante para que la valore, persona que, según la Guía de la materia, es quien evalúa el cuadro de salud de la gestante y, conforme a su criterio profesional, recomienda la realización o no del aborto terapéutico, dando así inicio al procedimiento establecido para dicho fin.

47. Cabe añadir que en la prestación de servicios de salud, el médico evalúa al paciente durante la consulta y revisa los resultados de los exámenes practicados, ocurriendo que luego de ello está en condiciones de arribar a un diagnóstico del cuadro de salud del paciente, prescribiendo el tratamiento que corresponda en cada caso concreto²⁵.

48. Teniendo en cuenta lo indicado, se aprecia que en el presente caso no se cumplió con el primer requisito establecido en la Guía para que se pueda presentar una solicitud

²³ Ver fojas 603 del expediente.

²⁴ Ver fojas 27 del expediente.

²⁵ Así por ejemplo, el médico evalúa los resultados de los exámenes de ecografía, tomografía, rayos x, laboratorio, etc, antes de arribar a un diagnóstico del problema de salud del paciente.

de aborto terapéutico por una gestante, a saber, determinar o diagnosticar que la paciente presenta uno de los problemas de salud indicados en la Guía y que dicha patología pone en riesgo su salud o su vida, por lo que la Clínica no se encontraba en la obligación de brindar una respuesta ante el requerimiento de aborto terapéutico formulado por la denunciante.

49. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia, por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° del Código.

Sobre la no conformación de una Junta Médica y el rechazo de la solicitud de aborto terapéutico

50. La señora Borgoño indicó en su denuncia que la Clínica no cumplió con constituir y convocar a una Junta Médica ante la presentación de su solicitud de aborto terapéutico. Asimismo, indicó que la Clínica denegó su solicitud de aborto terapéutico.
51. En sus descargos, la Clínica señaló que la Guía establece que la Junta Médica se convoca siempre que durante la atención de la gestante, su médico tratante advierta que el embarazo pone en riesgo su vida o su salud y que como ello no ocurrió, no existía la obligación de convocar a una Junta Médica.
52. Asimismo, la Clínica indicó que el embarazo de la señora Borgoño fue catalogado como uno de alto riesgo porque la ecografía practicada el 21 de noviembre de 2014 mostró que el feto tenía un defecto cromosómico. Sin embargo, ello no ameritaba la interrupción del embarazo.
53. Respecto a estos extremos de la denuncia, cabe señalar que al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía para la realización del aborto terapéutico, ello en tanto que el médico de la señora Borgoño no consideró que su embarazo pusiera en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a convocar a una Junta Médica o aceptar la solicitud de aborto terapéutico.
54. Teniendo en cuenta ello, corresponde declarar infundados estos extremos de la denuncia, por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° del Código.

Sobre la no inclusión de la solicitud de aborto terapéutico en la historia clínica

55. La señora Borgoño indicó en su denuncia que la Clínica no incluyó en su historia clínica la solicitud de aborto terapéutico que presentó.
56. En sus descargos, la Clínica señaló que la norma sobre gestión de la historia clínica no establece que las solicitudes o reclamos de los pacientes formen parte de dicho documento, por lo que los establecimientos de salud no tienen la obligación de adjuntarlos a las historias clínicas de los pacientes.
57. Sobre este extremo de la denuncia, cabe señalar que, tal como se ha indicado previamente, al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía para la realización del aborto terapéutico en

tanto que el médico de la señora Borgoño no consideró que su embarazo calificaba como un supuesto establecido en dicho documento y ponía en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a tramitarla y, por ende, tampoco a integrarla a la historia clínica de la denunciante.

58. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia, por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° del Código.

Sobre el deber de información

59. El derecho a la información que poseen los consumidores, en el marco de una economía social de mercado, constituye uno de los derechos más importantes, debido a que a través de su ejercicio, los consumidores cumplen su función económica de ordenar el mercado, premiando con su elección a las empresas más eficientes y orientando las prácticas productivas en función a sus preferencias.
60. En ese sentido, los artículos 1.1° literal b) y 2° del Código reconocen el derecho de los consumidores a acceder a información oportuna y relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios²⁶.

Sobre la falta de información referida a la finalidad de los exámenes practicados

61. La señora Borgoño indicó en su denuncia que personal médico de la Clínica habría solicitado un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica de la señora Borgoño, sin explicarle la finalidad de dichos exámenes.
62. En sus descargos, la Clínica señaló que su personal le informó a la señora Borgoño sobre la finalidad de los exámenes médicos ordenados. Asimismo, señaló que en todo momento existió comunicación permanente entre el personal médico, la señora Borgoño y su pareja pues su embarazo era de alto riesgo.

²⁶

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 1°.-Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

- a. Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física.
- b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

Artículo 2.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.

63. Sobre este extremo de la denuncia, cabe señalar que es práctica usual en la prestación de servicios de salud que el personal médico informe de manera verbal al paciente o sus familiares sobre los diversos aspectos del proceso de su atención médica, constituyendo la excepción la suscripción de documentos en ese sentido, como por ejemplo el documento de Consentimiento Informado, en el que se informa por escrito de los riesgos y complicaciones del procedimiento que se va a aplicar.
64. Teniendo en consideración esta situación, el personal médico de la Clínica se encontraba habilitado para brindar información sobre la finalidad de los exámenes que se iban a practicar de manera verbal, circunstancia que resulta verosímil que haya ocurrido si se tiene en cuenta que a la paciente se le brindó diversos diagnósticos desde su primera atención, tal como se encuentra registrado en la historia clínica.
65. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia, por presunta infracción a los artículos 1.1° literal b), 2° y 67.4° del Código.

Sobre las medidas correctivas y las costas y costos del procedimiento

66. En tanto no se ha verificado la comisión de una infracción administrativa, no corresponde ordenar medidas correctivas ni el pago de las costas y costos del procedimiento.

RESUELVE

PRIMERO: declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que la denunciada no habría respondido la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante dentro del plazo debido.

SEGUNDO: declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que la denunciada no habría conformado una Junta Médica para evaluar la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.

TERCERO: declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que la denunciada habría denegado la solicitud de aborto terapéutico de la denunciante, pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo.

CUARTO: declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que la denunciada no habría incluido en su historia clínica la solicitud de aborto terapéutico de la denunciante.

QUINTO: declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., por presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que el personal médico de la denunciada no habría consignado en la historia clínica de la denunciante información respecto a su diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud que la gestación implicaba.

SEXTO: declarar infundada la denuncia interpuesta por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., por presunta infracción a los artículos 1.1° literal b), 2° y 67.4° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que el personal de la denunciada habría solicitado exámenes preoperatorios, de riesgo quirúrgico y de ecografía pélvica sin explicarle a la denunciante sobre la finalidad de dichos exámenes.

SÉPTIMO: denegar las medidas correctivas solicitadas por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar, así como las costas y costos del procedimiento.

OCTAVO: informar a las partes que la presente resolución tiene vigencia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, aprobada por Decreto Legislativo 807 —modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor— el único recurso impugnativo que puede interponerse contra lo dispuesto por este colegiado es el de apelación²⁷. Cabe señalar que dicho recurso deberá ser presentado ante la Comisión en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, caso contrario, la resolución quedará consentida²⁸.

Con la intervención de los señores Comisionados: Juan Carlos Zevillanos Garnica, José Ricardo Wenzel Ferradas, Erika Claudia Bedoya Chirinos y Diego Vega Castro-Sayán.

JUAN CARLOS ZEVILLANOS GARNICA
Presidente

²⁷ **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, publicada el 2 de setiembre de 2010**
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS
PRIMERA.- Modificación del artículo 38 del Decreto Legislativo núm. 807
Modifícase el artículo 38 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, con el siguiente texto:

Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. El plazo para interponer dicho recurso es de cinco (5) días hábiles. La apelación de resoluciones que pone fin a la instancia se concede con efecto suspensivo. La apelación de multas se concede con efecto suspensivo, pero es tramitada en cuaderno separado. La apelación de medidas cautelares se concede sin efecto suspensivo, tramitándose también en cuaderno separado.

²⁸ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, publicada el 11 de abril 2001**
Artículo 212.- Acto firme
Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

PROMSEX

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

NO SE ADJUNTA
ESCRITO
RECAUDOS

cc1
Folios: 13 + Copias
Av. José Pardo 601 Oficina 604,
Miraflores, Lima 18, Perú.
D. [+511] 447 8668
F. [+511] 243 0460 A. 113

F. www.falebook.com
T. @promsex
www.promsex.org

LO TESTADO
NO VALE

00670
162781
Expediente: 563-2015/CCI
Código de búsqueda: 15202778
Sumilla: Presento apelación

UNIDAD DE IMPORTE
DOCUMENTARIO

SEÑORES MIEMBROS DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Indecopi
COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 1
16 NOV. 2015
RECIBIDO

PAOLA BORGÑO SALAZAR, identificada con DNI 10725865, representada por Brenda Álvarez Álvarez, abogada con CAL 68266 del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX, con domicilio procesal en avenida Pardo 601, oficina 604, Miraflores, número de teléfono 4478668, anexo 108; ante usted me presento respetuosamente y digo:

Que, habiendo sido notificados el día 8 de noviembre de 2016, con la Resolución Final 2243-2016/CC1, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38° del Decreto Legislativo 807, Ley sobre facultades, normas y organización de INDECOPI, procedemos a interponer recurso de apelación, en los siguientes términos:

1. SOBRE LA FALTA DE RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ABORTO TERAPÉUTICO DENTRO DEL PLAZO LEGAL ESTABLECIDO

La solicitud de la señora Paola Borboño Salazar para iniciar el procedimiento de interrupción del embarazo por indicación terapéutica, en el marco del artículo 119° del Código Penal¹, fue presentada ante la clínica El Golf el día 18 de diciembre de 2014, consignando las razones que habían motivado a dicha solicitud, entre ellas, lo referido por su médico tratante, el Dr. Luis Almeyda y el certificado de la psiquiatra Marta B. Rondón, donde indica que existen criterios para considerar una grave afectación a la salud mental que ameritaría la aplicación del aborto terapéutico.

Con fecha 22 de enero de 2015 se reiteró la solicitud, habiendo transcurrido 29 días calendarios sin recibir respuesta alguna por parte de la demandada.

De acuerdo con el artículo 6.2.6 de la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA²: "el lapso desde que la gestante solicita formalmente la interrupción voluntaria del embarazo menor de veintidós (22) semanas hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención, la que no debe exceder de seis (6) días calendarios".

¹ Artículo 119.- No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

² La "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal", fue publicada el 28 de junio de 2014 en el diario oficial El Peruano.



En el presente caso, transcurrieron **43 días** de presentada la petición de interrupción voluntaria de embarazo, y recién el **30 de enero de 2015**, la clínica El Golf, mediante un correo electrónico, respondió denegando la solicitud de acceso a un aborto terapéutico.

La respuesta de la clínica obvió una valoración acerca de la salud mental de la señora Borgoño, pero eso lo explicaremos en las siguientes líneas; en este acápite queremos resaltar la falta de diligencia de la clínica en proporcionar a la paciente una respuesta en el plazo oportuno, ya que su respuesta fue tardía y deficiente.

Dicho comportamiento parsimonioso de la clínica El Golf, contrario a lo que cualquier consumidor esperaría en una situación en la que está en grave riesgo su vida o su salud, es contrario a lo que dispone el artículo 67.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Así también, se ha vulnerado el derecho de la demandante, contenido en el artículo 15.f de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, que prescribe lo siguiente:

Artículo 15.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

(...) f) A que se le brinde información veraz, **oportuna** y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio.

Sobre este punto la resolución impugnada establece: *"La clínica señala que si bien su personal no dio respuesta a la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido para atender los reclamos y solicitudes de los pacientes, razón por la que se allanaba respecto a este hecho; se debía tener en cuenta que la señora Borgoño conocía desde el inicio de su atención que su embarazo no ameritaba un aborto terapéutico pues su cuadro no se encontraba contemplado dentro de los supuestos establecidos en la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica".*

A través de esta argumentación se pretende responsabilizar a la señora Borgoño de su situación y además endilgarle el conocimiento que le compete al personal médico de la clínica demandada. Una salida en el sentido de: "no respondo a tiempo porque el paciente ya sabe cuál es la respuesta", constituye una forma de maltrato inaceptable, de acuerdo con el citado Código de Protección y Defensa de los Consumidores. Es absurdo e irracional que una empresa prestadora de salud quiera deslindar su obligación de una respuesta oportuna, arguyendo que la paciente ya conocía el sentido de la respuesta. Y es que la señora Paola Borgoño presentó la solicitud creyendo firmemente que su situación ameritaba que se le practicara un aborto terapéutico. Su posición estaba fundada en lo dicho por su médico, el Dr. Almeyda, y en el certificado psiquiátrico que se le practicó.

De acuerdo con el procedimiento estipulado, correspondía que el médico tratante, con la diligencia debida, solicitara conformar una junta médica, para que, en el plazo máximo de 6 días, se procediera con la intervención, si ese hubiera sido el sentido de lo resuelto por la Junta. La paciente tenía un certificado que acreditaba el grave peligro de su salud mental, en razón de ello, correspondía que sea una junta médica la que determine si correspondía o no, aplicarse el aborto terapéutico.

Sin embargo, lo que genera mayor sorpresa es el razonamiento de la Comisión de Protección al Consumidor, pues indica que: *"Se verifica entonces que el allanamiento de la Clínica estuvo*

referido a un hecho que no ha sido cuestionado por la denunciante y que, por lo mismo, no fue imputado como presunta infracción administrativa, a saber, la respuesta extemporánea al deber de atender los reclamos dentro del plazo de 30 días, obligación establecida en el artículo 24 del Código, por lo que no corresponde aplicar los efectos propios del allanamiento en tanto forma especial de conclusión del proceso, según lo establecido por el Código Procesal Civil, norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento administrativo".

En este caso no estamos ante un reclamo al cual se refiere el artículo 24 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, **sino que estamos ante la solicitud para la realización de un procedimiento que está establecido en la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, cuyo plazo de respuesta es rápido por la circunstancia especial de que la gestante se halla en un peligro inminente de muerte o una grave o permanente afectación a su salud.** La respuesta tardía por parte de la clínica motivó en la señora Borgoño, el agravamiento de su depresión, porque no tenía la información necesaria, y porque no obtuvo el servicio que cualquier paciente espera en esas circunstancias.

Las normas deben ser aplicadas de acuerdo con las circunstancias especiales en que se presentan, no estamos ante una consumidora de un producto que puede esperar 30 días para obtener una respuesta, estamos ante una mujer cuya vida e integridad personal se encuentran en grave e inminente peligro, a ello obedece que la Norma Técnica disponga plazos expeditivos, los que no fueron tomados en cuenta por parte de la demandada, y que, indebidamente, no ha sido valorado por la Comisión de Protección al Consumidor al momento de resolver.

2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA GUÍA TÉCNICA DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO CUANDO POR NEGLIGENCIA O IMPERICIA EL MÉDICO TRATANTE NO ADVIERTE RIESGO EN LA SALUD O LA VIDA DE LA MUJER GESTANTE

La Comisión en una Interpretación sesgada, considera que:

"Según lo establecido en la Guía, se constata que el criterio u opinión del médico ha sido dispuesto como un elemento que puede ser considerado como determinante para los casos en los que se pretenda aplicar el aborto terapéutico. En efecto, la Guía incide en el hecho de que es el médico quien, según su criterio profesional, advierte que el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la gestante, informando dicha situación a esta última. Dispuesta la Guía en los términos en los que ha sido formulada, es el criterio u opinión del médico que marca el inicio de la evolución o realización del aborto terapéutico, así como del procedimiento o específico para dicho fin.

De la revisión de la historia clínica no se verifica que el médico tratante de la señora Borgoño haya considerado que su embarazo pusiera en riesgo su vida o su salud. Esta situación ha sido reconocida por la denunciante, quien durante el presente procedimiento ha manifestado que durante las consultas realizadas en la Clínica, su médico tratante no consideró que su cuadro de salud ameritara la realización de un aborto terapéutico".

Como primer punto, debemos manifestar que el médico tratante de la Sra. Borgoño, le indicó que en su caso correspondía un aborto terapéutico pero que en la Clínica no podían

practicárselo³, sugiriéndole este, acudir al Instituto Materno Perinatal a solicitarlo. Sin embargo, la Sr. Borgoño, al sentir el deterioro de salud mental y física, y asumiendo costos adicionales, acudió a consulta médica por fuera del servicio de la entidad prestadora del servicio de salud, en la que se percató del daño en su salud, inicialmente, mental que le generaba su embarazo.

Segundo punto, al conocer de antemano la posición del médico tratante sobre su solicitud de aborto terapéutico, la Sra. Borgoño decidió poner en conocimiento de la Clínica la afectación de su salud a través de una solicitud de aborto terapéutico en el marco de la Guía Técnica. Por su lado la Clínica, en su respuesta tardía a la solicitud, contestó que "luego de una profunda revisión de la su Historia Clínica por parte de la Dirección Médica y complementando con el informe solicitado al médico tratante, procedemos a comunicarle que no encontramos sustento a su solicitud"⁴

Al respecto cabe precisar lo siguiente:

La Comisión se equivoca al considerar que la Clínica nunca consideró la solicitud de la Sra. Borgoño como una solicitud de aborto terapéutico. En la respuesta de la misma Clínica se responde en el marco de la Guía Técnica considerando que a su entendimiento, no encontraba sustento a dicha solicitud por no existir riesgo, a su criterio, a la salud o vida de la Sra. Borgoño. Por lo tanto, sorprende que la Comisión realice una interpretación sesgada de este punto, cuando es evidente que el argumento de la Clínica de considerar a la solicitud como un mero reclamo es solo una estrategia de defensa para evitar sanciones.

Como tercer punto, cabe precisar que la Guía Técnica Nacional para la Estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo, en su artículo 6.2 no establece un procedimiento específico de cómo proceder cuando el médico tratante por negligencia o impericia no identifique daño en la salud de la gestante, pero que la gestante, al consultar con otro médico, advierta el riesgo a su vida o su salud.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido que "el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principio *in dubio pro consumidor*. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio *pro consumidor*⁵.

De acuerdo con el **principio pro consumidor**, de raigambre constitucional, el principio pro consumidor permite cerrar el paso a interpretaciones antojadizas o equivocadas que pretendan desconocer los derechos de los consumidores y usuarios. Por otro lado, este principio básico en la economía social de mercado, constituye una herramienta optimizadora para que permite garantizar el disfrute de otros derechos. Es, por tanto, transversal en la interpretación de otros dispositivos, y debe primar en la interpretación que se haga de las normas que afecten derechos,

³ Denuncia de fecha 27 de abril del 2015.

⁴ Contestación remitida vía mail, con fecha 30 de enero de 2015.

⁵ STC N° 02005-2009-PA/TC. FJ 58.

como en el presente caso, en el que estaba en severo riesgo la integridad personal de la demandante.

En ese sentido, las instituciones prestadoras del servicio de salud, en razón de su función de garante, deberán interpretar, bajo el principio "*in dubio pro consumidor*" de modo garantista al derecho a la salud de las personas y adecuar el procedimiento para evitar que se ponga en riesgo derechos fundamentales como la vida o la salud. Por ello, ante la ineficiencia o vacío de la Norma Técnica, corresponde realizar una interpretación a favor de la consumidora, que no ponga en riesgo la vida y salud de las solicitantes al aborto terapéutico, que, además, es la razón de ser de la Norma Técnica, evitar graves atentados contra la vida y salud de las gestantes producto de embarazos altamente riesgosos o inviábiles.

En el caso de la Sra. Borgoño, se advierte que la Clínica en ningún momento respondió de modo garantista al derecho a la salud de la Sra. Borgoño, todo lo contrario, dilató el proceso y trata de presentar a la solicitud de aborto terapéutico como un mero reclamo.

En ese sentido, advertimos la violación del artículo 65 de la Constitución Política del Perú por parte de la Comisión al interpretar de manera sesgada y restrictiva la Guía de Aborto Terapéutico, convalidando con ello la violación del derecho al acceso a un aborto legal establecido en el artículo 119 del Código Penal y al derecho a integridad, salud física y mental de la Sra. Borgoño.

3. LA POSICIÓN DE LA CLÍNICA EN RELACIÓN CON LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En principio, cabe afirmar que la solicitud presentada por la señora Borgoño a la clínica El Golf pedía una interrupción voluntaria y legal del embarazo, en cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, dentro del marco de la «Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria del embarazo por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119º del Código Penal», por lo que la solicitud estaba encaminada a evitar un mal grave y permanente en la salud de la gestante.

De acuerdo con el artículo 119º del Código Penal, además, "No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviera, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente."

La respuesta negativa y tardía por 43 días de la clínica El Golf, indica que: "*según informa su médico tratante el Dr. Luis Almeyda, en su última evaluación que fue el día 21 de noviembre de 2014, el diagnóstico fue Supervisión de Embarazo de Alto Riesgo, en ese momento su embarazo no ponía en riesgo la vida de la madre*". (resaltado nuestro)

Más adelante se lee: "*Asimismo, indica que usted fue informada, sobre su diagnóstico, pronóstica y riesgos graves para su salud, así como la posición de nuestra institución sobre la interrupción voluntaria del embarazo*". (resaltado nuestro)

Sobre la materia caben varias aclaraciones. En relación con la información recibida por parte del Dr. Almeyda fue que en su situación correspondía acceder a un aborto terapéutico, pero que este no podía realizarse en las instalaciones de la clínica El Golf, aunque sí al Instituto Materno Perinatal. Por cierto, esta información no fue completa, y ni siquiera aparece en la historia clínica. Ahora bien, la información que el médico le brinda a la demandante no es una información que le permita entender la dimensión del riesgo que implicaba su embarazo.

Con información incierta, la demandante acudió al Instituto Materno Perinatal, debido a que su estado de salud se deterioraba cada vez más, pero allí recién le diagnostican que su embarazo estaba poniendo en grave riesgo su vida y salud, por lo que corresponde la aplicación de un aborto terapéutico, y es así como decide acudir nuevamente a la clínica El Golf, ya que contaba con un certificado médico que establecía prístinamente que de continuar la gestación, era inminente el daño a su vida y salud.

Teniendo a la mano todas las evidencias aportadas por la demandante, la clínica en su posición de garante, tendría que haber dado trámite a su solicitud, es decir, convocar a una Junta médica que determine la viabilidad del aborto terapéutico, e incluso, haber solicitado nuevos exámenes médicos para confirmar lo que el certificado médico presentado con la solicitud concluía. Esa es la conducta exigible para una entidad prestadora de salud, y la misma que no se produjo, pues lo que recibió es una respuesta tardía y sin fundamentos, agravando con ello su ya deteriorada salud.

Por otro lado, en relación con la "posición de la institución sobre la interrupción voluntaria del embarazo" a la que se refiere la clínica, cabe precisar que la Ley General de Salud establece en su artículo XII del Título Preliminar que "las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros".

Por otro lado, de acuerdo con la clínica "la Guía establece que únicamente el médico tratante puede sugerir a la gestante la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo".

El artículo 6.2.2 de la Resolución Ministerial Nº 486-2014/MINSA, señala que "**A petición de la gestante el médico/a tratante presenta la solicitud escrita del caso a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección General, del establecimiento de salud. 6.2.3 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia recibe la solicitud, y en la fecha constituye y convoca una Junta Médica, bajo responsabilidad. Debe además informar de inmediato a la Dirección General de lo actuado.**"

En este sentido, la Norma Técnica Nacional señala que, a petición de la gestante, el médico realiza el procedimiento administrativo para el acceso del aborto terapéutico. En realidad, lo que señala la Guía Técnica Nacional es que, a petición de la gestante, el médico presenta la solicitud ante la jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia.

Por otro lado, la resolución cuestionada señala que: "no obstante lo alegado por la señora Borgoño, se advierte que si bien adjuntó a su solicitud de aborto terapéutico el certificado médico antes citado, dicha documentación fue presentada ante la Clínica, no existiendo evidencia de que dicha información fuera puesta en conocimiento de su médico tratante para que la valore, persona que, según la Guía de la materia, es quien evalúa el cuadro de salud de la

gestante y, conforme a su criterio profesional, recomienda la realización o no del aborto terapéutico, dando así inicio al procedimiento establecido para tal fin.”

Habría que recordarle a la Comisión de Protección al Consumidor que este razonamiento no solo desconoce el funcionamiento administrativo, **SINO QUE REVELA UN AFÁN DE RESPONSABILIZAR A LA PACIENTE POR SU SITUACIÓN PERSONAL**. Presentada la solicitud por la vía de trámite documentario es responsabilidad de la clínica darle el trámite que corresponde.

Tratar de argumentar que este documento no fue puesto en conocimiento del médico tratante cuando en la propia respuesta negativa que elabora la clínica aduce que: *“luego de una profunda revisión de su historia clínica por parte de la Dirección Médica y complementando con el informe solicitado al médico tratante (Dr. Almeyda), procedemos a comunicarle que no encontramos sustento a su solicitud”*.⁶

Por ello, es lamentable que una entidad como INDECOPI argumente, para eximir de responsabilidad a la clínica demandada, que el médico no conocía de la solicitud de la señora Borgoño, dado que no tiene ninguna coherencia.

Por otro lado, con estas aseveraciones se desconoce el **principio pro consumidor**, previsto en el artículo V.2 del Código de Defensa y Protección del Consumidor: “En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. (...)”, además tiene sustento constitucional, consignado en el artículo 65° de la Constitución Política: *“El principio pro consumidor, que plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.”* Además, conforme lo establece el Tribunal Constitucional, este principio se proyecta en otro denominado **indubio pro consumidor**: *“Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas.”*⁷

Asimismo, se deja de lado el principio de corrección de la asimetría, dispuesto en el artículo V.4 del Código de Protección y Defensa de los Consumidores: *“Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.”* En el caso concreto, hay una asimetría de poder y de información por parte de la solicitante en relación con la clínica.

En razón de lo dicho, la argumentación se la Comisión carece de todo sentido, pues la demandante como usuaria merecía una respuesta por parte de la clínica, conforme a las normas técnicas vigentes en ese momento, por lo que era responsabilidad de la clínica el traslado de la solicitud al médico tratante, y es un despropósito excusar la actuación indebida de la clínica, señalando que no hay evidencia de que el médico tratante estuviera al tanto de la solicitud. Este

⁶ Respuesta vía mail, emitida por la clínica El Golf a la solicitud de aborto terapéutico, de fecha 30 de enero de 2015.

⁷ EXP. N° 3315-2004-AA/TC.

razonamiento de la Comisión, en todo caso, tendría que servir para sancionar a la clínica por negligente, y no para deslindarla de responsabilidad como lo ha hecho.

4. AFECTACIÓN A LA SALUD MENTAL

Uno de aspecto más importante en el proceso es que a clínica El Golf no haya valorado la salud mental de la paciente Paola Borgoño a la hora de denegar la petición de aborto terapéutico, desconociendo lo que al respecto ha señalado la propia Organización Mundial de la Salud (OMS). Pues la interpretación restrictiva hecha por la demandada desconoce las diferentes esferas de la salud. Pero lo más lamentable es que esta visión haya sido ratificada por la Comisión de Protección al Consumidor.

Para medir el nivel de salud no basta con indicadores de mortalidad y morbilidad, así lo señala la psiquiatra Rondón: "Las dimensiones de la salud-enfermedad incluyen cinco parámetros indispensables, que según los expertos son: **salud física, salud mental, funcionamiento cotidiano en los roles sociales, funcionamiento en los roles laborales y percepción general de bienestar. No se puede hablar de salud si no se incluyen todas estas dimensiones**". Cabe también traer a colación la definición integral que hace la OMS de salud mental, entendiéndola de la siguiente manera: "el estado de bienestar que permite a cada individuo realizar su potencial, enfrentarse a las dificultades usuales de la vida, trabajar productiva y fructíferamente y contribuir con su comunidad".

En ese sentido, cabe acotar que el artículo 6.1.11 establece que se considerará como entidades clínicas de la gestante, en las que se amerita evaluar la interrupción terapéutica del embarazo:

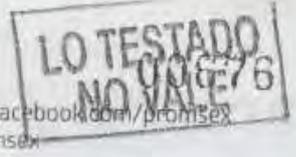
11. **Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.**

Al respecto, la interpretación realizada por la clínica El Golf respecto a la afectación de la salud de la demandante fue restrictiva, ya que se excluyó la valoración en torno a la salud mental de la paciente, y ello pese a que presentó un certificado médico que sustentaba médicamente la afectación a su salud mental y la recomendación expresa de acceder a un aborto terapéutico.

El certificado de salud presentado conjuntamente con la solicitud de aborto terapéutico, fue emitido por la médica psiquiatra Marta B. Rondón, con C.M.P. 19614, RNE 8909, con fecha 11 de diciembre de 2014, en el que detalla explícitamente lo siguiente:

"La médica psiquiátrica que suscribe certifica haber examinado a la paciente doña Paola Vanessa Borgoño Salazar quien **presenta depresión recurrente (F33) con reacción de adaptación al estrés (F.43.2), aparentemente desencadenadas por la presente gestación. Esta depresión cursa con ideación suicida.** Entre los antecedentes destaca sintomatología depresiva desde los 21 años, con dos episodios previos y madre con síntomas depresivos.

⁸ Marta Rondón Rondón. Salud mental y aborto terapéutico. Observatorio del derecho a la salud, 2006, p. 9.



Por lo anterior, considero que existen criterios para considerar que la afectación de la salud mental de la paciente ameritaría una interrupción de la presente gestación, ya que esta supone un riesgo severo para la salud de la paciente."

Así también, la Organización Mundial de la Salud ha estipulado que: "El cumplimiento de los derechos humanos requiere que las mujeres puedan acceder al aborto sin riesgos cuando está indicado para proteger su salud (10). Es ampliamente conocido que la salud física incluye condiciones que agravan el embarazo y aquellas agravadas por el embarazo. El área de la salud mental incluye la angustia psicológica o el sufrimiento mental causado, por ejemplo, por actos sexuales obligados o forzados y el diagnóstico de un daño fetal grave (39)".⁹

Más adelante, en este mismo instrumento la OMS señala qué aspectos de la salud están involucrados al momento de procesar una solicitud de aborto terapéutico: "Ya que todos los países que son miembros de la OMS aceptan su descripción constitucional de la salud como 'un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades' (40), esta descripción de la salud completa está implícita en la interpretación de las leyes que permiten el aborto para proteger la salud de las mujeres."¹⁰

En ese sentido, la clínica El Golf no puede fundarse en una interpretación restrictiva, en el que desconoce la salud mental como una esfera de vital importancia y que está implícitamente contenido en el artículo 6.1.11 de la Guía Técnica Nacional, antes citada.

El estado de salud de la señora Paola Borgoño estaba muy afectado, por lo que decidió acudir nuevamente, el 26 de diciembre del 2014 al Instituto Nacional Materno Perinatal, donde se realizaron nuevos exámenes y diagnosticaron embarazo con malformaciones congénitas compatibles con probable cromosopatía con mal pronóstico fetales. Ese mismo día solicité la interrupción de mi embarazo en atención a la Guía Técnica, ante lo cual se realizó una Junta Médica que llegó a las siguientes conclusiones de que, por el diagnóstico, correspondía en su caso aplicarse legalmente el aborto terapéutico. No obstante, de no haber acudido al Instituto Nacional Materno Perinatal, es posible que las consecuencias a mi salud hubieran sido definitivas.

En un texto que forma parte de la bibliografía de la Norma Técnica Nacional, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, la psiquiatra Rondón en relación con la afectación en la salud mental de gestantes indica que: "(...) cuando la salud mental se ve afectada, lo más probable es que se produzcan enfermedades y trastornos comunes que conlleven a un periodo de sufrimiento e incluso a la muerte, significando un alto costo económico y social. Los casos de ansiedad y depresión son los más frecuentes".

En el caso que analizamos, cuando se presenta la solicitud de aborto terapéutico, se anexa un certificado que señala con claridad que la paciente tiene graves afectaciones a su salud mental producto del embarazo, pero este diagnóstico fue tomado de manera negligente por parte de la demandada, ya que esta no se preocupó en acompañar psicológicamente, procurarle un tratamiento psiquiátrico, ni se tomó ninguna medida al respecto.

⁹ Organización Mundial de la Salud. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. 2012, Uruguay, p. 92.

¹⁰ Ibid.

La protección de la salud mental, a la par que la protección de la salud física y de la vida, es un deber del Estado. Como hemos visto, esta obligación se traduce en la necesidad del Estado de tener leyes y normas que protejan la salud, así como establecimientos que proporcionen cuidados accesibles, aceptables y de buena calidad.

Sobre la materia cabe recordar que el Estado peruano ha sido responsabilizado por el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas (CEDAW), en el caso L. C. vs Perú. Este caso involucraba a una adolescente a quien se le denegó el acceso a un aborto terapéutico, y una de las razones es que a la hora de la evaluación no se consideró la salud mental de la solicitante al momento de pronunciarse. El dictamen señala que: "Se obvió totalmente la salud mental de L. C. en la evaluación de la procedencia del aborto terapéutico. En ninguna de las evaluaciones médicas relativas a su estado de salud mental se exploraron las consecuencias que ocasionaría forzar a L. C. a llevar a término el embarazo y convertirse en madre."¹¹

En el examen de fondo el Comité CEDAW agrega: "El Comité observa también que la Junta Médica del hospital se negó a interrumpir el embarazo por considerar que la vida de L. C. no estaba en peligro, pero no tuvo en cuenta el daño para su salud, incluida la salud mental, que es un derecho protegido por la Constitución peruana."¹²

El caso, como se aprecia, es análogo, se trata de una solicitud de acceso al derecho de un aborto terapéutico, que es denegada por una visión sesgada e incompleta de la norma, en la que se pretende asignar un alcance restrictivo al concepto de salud, dejando fuera a la salud mental, y las graves secuelas que se dejarían en la paciente en caso de obligarla a continuar un embarazo inviable o que pone en grave riesgo su vida y su salud.

Para los Estados, la obligación de proporcionar salud a los ciudadanos incluye dar la atención oportuna y adecuada de la salud física y mental y de los determinantes que le subyacen, así como proporcionar establecimientos de prestación sanitaria, los bienes, los insumos y los servicios que permitan acceder al más alto nivel posible de salud, los cuales deben ser accesibles, de buena calidad y estar ampliamente disponibles. Otros elementos importantes del derecho a la salud son la no discriminación y la igualdad de trato, de modo que las dimensiones físicas y mentales, así como los determinantes de la salud de hombres y mujeres deben ser atendidos por igual.¹³

5. SOBRE LA NO INCLUSIÓN DE LA SOLICITUD DE ABORTO TERAPÉUTICO EN LA HISTORIA CLÍNICA

Entre otras irregularidades que se ha detectado en el procedimiento de atención a la señora Borgoño es la no inclusión de la solicitud de aborto terapéutico en su historia clínica.

Sobre este punto, en la resolución impugnada la Comisión señala que "al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía

¹¹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comunicación N° 22/2009. 25 de noviembre de 2011.

¹² Ibid. Fundamento 8.14.

¹³ Corcuera Hidalgo, Quintana. 2006 p. 17 y ss.

Notificación N° 8763-2017/SPC-INDECOPI

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

Lima, 20 de junio de 2017

Exp. N° 000563-2015/CC1

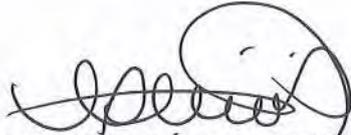
Señor(es)

[REDACTED]
Av. Jose Pardo N° 601 Oficina 604
Miraflores.-

De mi consideración:

Adjunto a la presente, copia de la Resolución N° 1884-2017/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, en su sesión de fecha 6 de junio de 2017.

Atentamente,


CECILIA VIOLETA SÁNCHEZ FONSECA
Ejecutivo 1 – Coordinadora Legal



Adj.: Copia de la Resolución N° 1884-2017/SPC-INDECOPI

- La presente Resolución surte efectos el día de su notificación y agota la vía administrativa, de conformidad con los dispuesto en el numeral 1 del artículo 25° y literal e) del artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, respectivamente.
- La presente Resolución puede ser impugnada ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses posteriores a la notificación de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, inciso 1) de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Ingreso en Sala N° 004601-2016/SPC





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

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

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : [REDACTED]

DENUNCIADA : SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN HOSPITALARIA S.A.C.

MATERIAS : TEMAS PROCESALES
NULIDAD
DEBER DE INFORMACIÓN
DEBER DE IDONEIDAD

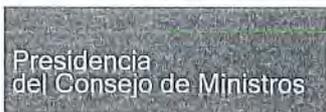
ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE ATENCIÓN DE LA SALUD HUMANA

SUMILLA: Se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica).

Asimismo, se declara la nulidad parcial de la Resolución 1 y de la Resolución 2243-2016/CC1, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre el hecho de que Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. haya: (a) omitido responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitido convocar a una Junta Médica; (c) omitido incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) omitido realizar el procedimiento de aborto terapéutico. Ello, en tanto dichas conductas estaban subsumidas en el extremo imputado referido a que Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. no haya tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la señora [REDACTED]

Por otro lado, se revoca la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante; y, reformándola, se declara fundada la misma, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente tal solicitud.

Finalmente, se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Sistemas de



Administración Hospitalaria S.A.C. por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciada brindó tal información a la denunciante.

SANCIÓN : 20 UIT, por infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.

Lima, 6 de junio de 2017

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 27 de mayo de 2015, la señora [REDACTED] (en adelante, la señora [REDACTED]) denunció a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C.¹ (en adelante, Clínica El Golf) ante la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Comisión), por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando que:
 - (i) El 17 de octubre de 2014 acudió a la Clínica El Golf a fin de recibir atención médica en la especialidad de ginecología, pues presentó un sangrado vaginal y náuseas;
 - (ii) fue atendida por el doctor Luis Alberto Almeyda Castro (en adelante, el Dr. Almeyda), quien le indicó que tenía aproximadamente seis (6) semanas de gestación. Asimismo, le diagnosticó hiperémesis gravídica leve²;
 - (iii) el 21 de octubre de 2014 acudió nuevamente a la Clínica El Golf pues presentó dolor pélvico, y el 21 de noviembre de ese mismo año, luego de ser sometida a nuevos exámenes ecográficos, se le indicó que su embarazo era riesgoso pues se evidenciaba que el feto padecía de síndrome de Turner³;

¹ Identificado con RUC 20507264108 y con domicilio fiscal en Av. Aurelio Miró Quesada 1030, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima. Información obtenida del enlace: <http://www.sunat.gob.pe>.

² La hiperémesis gravídica es la presencia de vómitos y náuseas intensos y persistentes durante el embarazo. Pueden llevar a la deshidratación, pérdida de peso y desequilibrios electrolíticos. La afección puede suceder en cualquier embarazo, pero es ligeramente más probable en caso de estar esperando gemelos (o más bebés) o si tiene una mola hidatiforme. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001499.htm>.

³ El síndrome de Turner es un trastorno genético que afecta el desarrollo de las niñas. La causa es un cromosoma X ausente o incompleto. Las niñas que lo presentan son de baja estatura y sus ovarios no funcionan en forma



- (iv) debido a que dicha situación ponía en riesgo su vida, solicitó al Dr. Almeyda que interrumpa su embarazo; sin embargo, el citado médico indicó que ello no era posible en la medida que la patología existente no afectaba la vida de la gestante;
- (v) el 4 de diciembre de 2014, presentó un sangrado vaginal abundante. En la Clínica El Golf le diagnosticaron *amenaza de aborto y alto riesgo obstétrico*, siendo hospitalizada. Inmediatamente después, se le practicó un examen preoperatorio, de riesgo quirúrgico y una ecografía pélvica, cuya finalidad no le fue explicada;
- (vi) el 9 de diciembre de 2014, le entregaron un informe de la última ecografía realizada, la cual concluía, entre otras cosas, lo siguiente: el cráneo del feto presentaba un edema⁴ generalizado y el corazón impresionaba una hipoplasia izquierda⁵; sugiriéndole descartar alteración cromosómica con amniocentesis⁶ y un compromiso infeccioso a través de un perfil TORCH⁷. Fue dada de alta el 10 de diciembre de 2014;
- (vii) el 11 de diciembre de 2014, acudió al consultorio médico de la doctora Marta Beatriz Rondón Rondón (en adelante, la Dra. Rondón), especialista en psiquiatría, quien le diagnosticó depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés, y le indicó que su gestación suponía un riesgo severo para su salud mental;
- (viii) el 13 de diciembre de 2014, acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal (en adelante, el Instituto Perinatal) a fin de que se le realice un nuevo examen ecográfico, el cual concluyó que el feto presentaba malformaciones congénitas compatibles con probable cromosomopatía;

adecuada. La mayoría de las mujeres con síndrome de Turner son infértiles, corren el riesgo de tener problemas de salud como hipertensión arterial, problemas renales, diabetes, cataratas, osteoporosis y problemas tiroideos. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/turnersyndrome.html>.

⁴ Edema significa hinchazón causada por la acumulación de líquido en los tejidos del cuerpo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/edema.html>.

⁵ El corazón izquierdo hipoplásico es un raro tipo de cardiopatía congénita. Ocurre cuando partes del lado izquierdo del corazón (válvula mitral, válvula aórtica, ventrículo izquierdo y aorta) no se desarrollan por completo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001106.htm>.

⁶ La amniocentesis (también llamada "amnio") es una prueba prenatal común utilizada para diagnosticar ciertos defectos de nacimiento y trastornos genéticos. Información tomada de la página web de la Fundación de Niños con Defectos de Nacimiento March of Dimes, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://nacersano.marchofdimes.org/embarazo/amniocentesis.aspx>.

⁷ El perfil TORCH es un grupo de exámenes de sangre que sirven para evaluar algunas infecciones diferentes en un recién nacido. TORCH corresponde a las iniciales en inglés de toxoplasmosis, rubéola citomegalovirus, herpes simple y VIH. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003350.htm>.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

- (ix) el 18 de diciembre de 2014, presentó ante la Clínica El Golf una solicitud de aborto terapéutico, en atención a lo establecido por la Resolución Ministerial 486-2014-MINSA, que aprobó la "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal" (en adelante, la Guía Técnica);
- (x) pese a lo anterior, la denunciada no cumplió con convocar a la Junta Médica que se encargaría de evaluar su caso, y mucho menos cumplió con atender su solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido en la Guía Técnica;
- (xi) ante ello, optó por acudir el 26 de diciembre de 2014 al Instituto Perinatal, lugar en donde se le practicó un aborto con fines terapéuticos;
- (xii) mediante correo electrónico del 30 de enero de 2015, Clínica El Golf le comunicó que había sido informada sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos que su embarazo implicaba; sin embargo, ello no era cierto; y,
- (xiii) luego de revisar su Historia Clínica advirtió que en ella no se consignó su solicitud de aborto terapéutico.

2. A través de su escrito de descargos, Clínica El Golf manifestó lo siguiente:

- (i) Cumplió con informar a la [REDACTED] el motivo por el cual debía ser hospitalizada, así como cuáles eran los exámenes médicos que, teniendo en consideración su estado de salud, se le practicarían;
- (ii) se allanaba a la imputación referida a que no habría cumplido con responder oportunamente el reclamo o solicitud presentado por la [REDACTED];
- (iii) la [REDACTED] conocía que, en el caso concreto, el aborto terapéutico era innecesario en la medida que no se encontraba en riesgo su vida;
- (iv) el Dr. Almeyda no estaba obligado a solicitar que se convoque a una Junta Médica en tanto consideró correctamente que el embarazo de la [REDACTED] no podría ocasionar un mal grave y permanente en la salud de la gestante;
- (v) sin perjuicio de lo anterior, la denunciante se negó a someterse a una amniocentesis, examen que hubiese permitido determinar de manera definitiva si el feto presentaba algún defecto cromosómico;
- (vi) su representada no estaba obligada a consignar en la Historia Clínica los reclamos y/o solicitudes que presenten sus consumidores;
- (vii) era extraño que la denunciante haya logrado obtener un certificado psiquiátrico tan concluyente -como el de fecha 11 de diciembre de 2014- tan solo un día después de haber sido dada de alta;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

- (viii) cumplió con consignar en la Historia Clínica de la [REDACTED] cuáles eran los posibles riesgos que conllevaba su embarazo; y,
- (ix) debía requerirse información adicional al Ministerio de Salud.
3. Mediante Resolución 2243-2016/CC1 del 26 de octubre de 2016, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica);
 - (ii) declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante, al haberse acreditado que la denunciada no estaba obligada a: (a) responder tal solicitud dentro del plazo establecido; (b) convocar una Junta Médica para efectuar su evaluación; (c) incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) realizar el procedimiento de aborto terapéutico;
 - (iii) declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en el extremo referido a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciada brindó tal información a la denunciante; y,
 - (iv) desestimó la solicitud de medidas correctivas y de pago de costas y costos presentadas por la denunciante.
4. El 15 de noviembre de 2016, la [REDACTED] apeló la Resolución 2243-2016/CC1, manifestando lo siguiente:
- (i) Clínica El Golf no demostró que brindó información sobre la finalidad de los exámenes practicados, siendo que, pretender que la denunciante demuestre lo contrario implicaría vulnerar el principio pro consumidor;
 - (ii) la denunciada tardó cuarenta y tres (43) días en responder su solicitud de aborto terapéutico, lo cual contravino lo establecido en la Guía Técnica;
 - (iii) tal solicitud no constituía un reclamo, como incorrectamente señaló la Comisión;
 - (iv) Clínica El Golf omitió valorar, al pronunciarse sobre la solicitud de aborto terapéutico, el estado de salud mental que tenía. Ello, pese a que cumplió con presentar un Certificado Médico emitido por la Dra. Rondón, el cual daba cuenta que su embarazo había afectado



- gravemente su salud mental;
- (v) la denunciada no tramitó correcta y oportunamente la solicitud de aborto presentada. Concluir lo contrario, implicaría vulnerar los principios de corrección de la asimetría y pro consumidor;
 - (vi) el "Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas" (en adelante, el Comité), en el caso L.C. vs Perú, halló responsable al Estado peruano por vulnerar diversos artículos de la "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer"⁸, entre ellos, aquel que le permitía a L.C. acceder a un procedimiento eficaz para ejercer su derecho a los servicios de atención médica (aborto terapéutico), que su estado de salud física y mental requería;
 - (vii) en concordancia con lo anterior, el Comité, en el caso K.L. vs. Perú, señaló que el sufrimiento que padeció K.L. se produjo como consecuencia de haberle negado acceder al aborto terapéutico;
 - (viii) la denunciada debió incluir la solicitud de aborto terapéutico, así como la respuesta correspondiente, en la Historia Clínica de la [REDACTED]
 - (ix) la Guía Técnica no establecía un procedimiento específico para el supuesto en el cual el médico tratante considera que el embarazo no ponía en riesgo la vida de la gestante o causaba un mal grave y permanente en su salud; y,
 - (x) Clínica El Golf no cumplió con informarle que su embarazo estaba afectando gravemente su salud física y mental, esto es, no cumplió con brindarle información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos del embarazo.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

5. A efectos de emitir un pronunciamiento respecto al recurso de apelación interpuesto por Clínica El Golf, esta Sala considera que corresponde determinar lo siguiente:

- (i) Si la imputación de cargos efectuada en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico se encuentra subsumida en los demás extremos imputados;
- (ii) Si Clínica El Golf infringió los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) del Código, al haber omitido brindar información a la señora Borgoño sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica);
- (iii) si Clínica El Golf infringió los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, al haber: (a) omitido tramitar debidamente la solicitud de aborto

⁸ O CEDAW (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women), por sus siglas en inglés.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

terapéutico presentada por la [REDACTED]; y, (b) omitido brindar información a la [REDACTED] sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que su embarazo conllevaba;

- (iv) las medidas correctivas a ordenar;
- (v) la graduación de la sanción que correspondería imponer;
- (vi) la presunta condena al pago de costas y costos del procedimiento; y,
- (vii) la presunta inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, el RIS).

III. ANÁLISIS

3.1. Cuestión previa: Sobre la imputación de cargos efectuada en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico

6. El artículo 139° de la Constitución Política del Perú, en sus numerales 3 y 14, reconoce al principio del *debido proceso* como garantía de la función jurisdiccional, precisando su observancia en todas las instancias del proceso⁹. Por otro lado, en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria en el presente caso¹⁰, también se reconoce el derecho a ese debido proceso¹¹.
7. El artículo 10° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es la omisión o defecto de sus requisitos de validez¹², entre los cuales se encuentra el que se respete el procedimiento

⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 139°.** Son principios y derechos de la función jurisdiccional. (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

(...)

¹⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Disposiciones Complementarias. Disposiciones Finales. Primera.** Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

¹¹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Título Preliminar. Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.** Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

¹² **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 10°. Causales de nulidad.** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

regular previsto para su generación¹³, esto es, que se respete el principio del debido procedimiento, que garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁴.

8. En esa línea, el artículo 234° numeral 3 de la norma en mención, dispone que, para el ejercicio de la potestad sancionadora, se debe cumplir con notificar a los administrados los hechos imputados a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos constituirían, la expresión de las sanciones que, de ser el caso, se podrían imponer, la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia¹⁵. Por su parte, el artículo 145° de dicho cuerpo legal dispone que, la tipificación corresponde a la autoridad que conoce de la denuncia¹⁶.
9. En ese sentido, la formulación de cargos constituye un trámite esencial del procedimiento que implica el ejercicio de la potestad sancionadora, pues

3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

¹³ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 3°. Requisitos de validez de los actos administrativos. Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. Procedimiento regular. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

¹⁴ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹⁵ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 234°. Caracteres del procedimiento sancionador. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

¹⁶ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 145°. Impulso del procedimiento. La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

permite al administrado informarse de los hechos imputados y su calificación como ilícitos, a efectos de poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa en el marco de un debido procedimiento. Dicho acto, además, determina cuáles serán los hechos que serán objeto de controversia, probanza, análisis y decisión en el procedimiento¹⁷.

10. Como puede apreciarse, la imputación de cargos es uno de los actos de mayor importancia en la tramitación del procedimiento, motivo por el cual la autoridad administrativa debe ser sumamente cuidadosa en su formulación.
11. Mediante Resolución 1 del 13 de julio de 2015, el órgano resolutivo de primera instancia imputó a Clínica El Golf, entre otras, la presunta comisión de la siguiente conducta infractora:

"IV. RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

PRIMERO: Admitir a trámite la denuncia de fecha 27 de mayo de 2015, presentada por la señora [REDACTED] contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. conforme a lo siguiente:

(...)

- (ii) Por presunta infracción de los artículos 18°, 19° y 67.1° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto el personal de la Clínica no habría tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico, incumpliendo la normativa sectorial, debido a que: (i) no habría respondido a la solicitud de aborto terapéutico de la [REDACTED] dentro del plazo debido; (ii) no habría conformado una Junta Médica para evaluar la solicitud de aborto terapéutico de la [REDACTED] como parte de su Historia Clínica; y, (iv) habría denegado la solicitud de aborto terapéutico de la [REDACTED], pese a que habría cumplido con los requisitos para acceder al mismo". (Subrayado agregado).

12. Conforme se advierte, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó, como presunta conducta infractora "general", el hecho que Clínica El Golf haya tramitado indebidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la [REDACTED], la cual, conforme la propia denunciante manifestó y según se advierte de los actuados en el expediente¹⁸, fue presentada directamente por la consumidora ante la Dirección de Clínica El Golf el día 18 de diciembre de 2014.
13. En la misma línea de lo anterior, se advierte que la Secretaría Técnica de la

¹⁷ "La estructura de la defensa de los administrados reposa en la confianza en la notificación previa de los cargos imputados, la que debe ser precisa -es decir, contener elementos suficientes para poder contradecir los cargos-, clara -en cuanto a los hechos y por qué pueden ser calificados como infracción e inmutable- pues los cargos no pueden ser variados por la administración una vez formulados". MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. pp. 526-528.

¹⁸ Ver las fojas 24, 25 y 26 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

Comisión señaló que la conducta presuntamente infractora cometida por Clínica El Golf se habría materializado a través de las siguientes sub conductas: (a) omitir responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitir convocar a una Junta Médica; (c) omitir incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) omitir realizar el procedimiento de aborto terapéutico.

14. Así, la Comisión consideró que debía declararse infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en la medida que la denunciada no estaba obligada a: (a) responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) convocar una Junta Médica para evaluarla; (c) incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) realizar el procedimiento de aborto terapéutico.
15. En tal sentido, el órgano resolutorio de primera instancia fundamentó su decisión en que la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014 había sido presentada por la [REDACTED] y no, conforme lo establecía la Guía Médica, por su médico tratante:

"Sobre la falta de respuesta a la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo legal establecido

(...)

48. *Teniendo en cuenta lo indicado, se aprecia que en el presente caso no se cumplió con el primer requisito establecido en la Guía para que se pueda presentar una solicitud de aborto terapéutico por una gestante, a saber, determinar o diagnosticar que la paciente presenta uno de los problemas de salud indicados en la Guía y que dicha patología pone en riesgo su salud o su vida, por lo que la Clínica no se encontraba en la obligación de brindar una respuesta ante el requerimiento de aborto terapéutico formulado por la denunciante.*

49. *Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia, por presunta infracción a los artículos 18°, 19° y 67.1° del Código.*

(...)

Sobre la conformación de una Junta Médica y el rechazo de la solicitud de aborto terapéutico

(...)

53. *Respecto a estos extremos de la denuncia, cabe señalar que al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía para la realización del aborto terapéutico, ello en tanto que el médico de la [REDACTED] no consideró que su embarazo pusiera en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a convocar a una Junta Médica o aceptar la solicitud de aborto terapéutico.*

M-SPC-13/1B

10/51



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

(...)

Sobre la no inclusión de la solicitud de aborto terapéutico en la Historia Clínica

(...)

57. Sobre este extremo de la denuncia, cabe señalar que, tal como se ha indicado previamente, al haber quedado establecido que en el presente caso no se cumplió con el procedimiento señalado por la Guía para la realización del aborto terapéutico en tanto que el médico de la [REDACTED] no consideró que su embarazo calificaba como un supuesto establecido en dicho documento y ponía en riesgo su salud o su vida, la Clínica no se encontraba obligada a tramitarla y, por ende, tampoco a integrarla a la Historia Clínica de la denunciante. (...)."

16. En consecuencia, se aprecia que la Comisión efectuó un análisis independiente de los hechos consistentes en: (a) omitir responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitir convocar a una Junta Médica; (c) omitir incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) omitir realizar el procedimiento de aborto terapéutico, pese a que los mismos se encontraban estrechamente vinculados entre sí y formaban parte de una sola conducta, esto es, **no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la señora [REDACTED]**.
17. En efecto, este Colegiado advierte que el hecho denunciado por la señora [REDACTED], referido a **no haber tramitado debidamente su solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014**, subsumía las demás conductas imputadas, debiendo considerarse, además, que no solo debió analizarse en el caso concreto, si la denunciante siguió el procedimiento establecido en la Guía Técnica para que se realice el procedimiento de aborto terapéutico, sino también si, luego de presentada dicha solicitud, la denunciada actuó de manera idónea.
18. Por tanto, corresponde declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 y de la Resolución 2243-2016/CC1, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre el hecho de que Clínica El Golf haya: (a) omitido responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitido convocar a una Junta Médica; (c) omitido incluir dicha solicitud en la historia clínica respectiva; y, (d) omitido realizar el procedimiento de aborto terapéutico. Ello, en tanto dichas conductas estaban subsumidas en el extremo imputado referido a que Clínica El Golf no haya tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la [REDACTED]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

3.2. Sobre el deber de información

3.2.1. Marco legal

19. En el artículo 1° numeral 1.1 literal b) del Código se recoge el derecho de los consumidores de acceder a información oportuna, suficiente, veraz, fácilmente accesible y relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios¹⁹.
20. Asimismo, en el artículo 2° numeral 2.1 del Código se desarrolla la obligación que tienen los proveedores de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo²⁰. En esta misma línea, el artículo 2° numeral 2.2 del Código establece que dicha información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible²¹.
21. Por otra parte, el artículo 67° numeral 4 del Código establece que, en la prestación de servicio de salud, los consumidores tienen derecho a que se le brinde, en términos comprensibles y dentro de las consideraciones de la ley, la información completa y continua sobre su proceso, diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias sobre los productos o servicios brindados²². Ello, con la finalidad que los consumidores puedan dar su consentimiento

¹⁹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°. Derechos de los consumidores.

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

b) Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

²⁰ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 2°. Información relevante.

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

(...).

²¹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 2°. Información relevante.

(...)

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

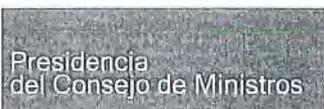
²² LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 67°. Protección de la salud.

(...)

67.4 El derecho a la protección de la salud del consumidor es irrenunciable. Sin perjuicio del pleno reconocimiento de estos derechos conforme a la normativa de la materia, los consumidores tienen, de acuerdo al presente Código, entre otros, los siguientes derechos:

(...)

b. A que se les dé, en términos comprensibles y dentro de las consideraciones de ley, la información completa y continua sobre su proceso, diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias sobre los productos o servicios brindados.



informado, previo a la entrega de un producto o la provisión de un servicio de salud²³.

22. En concordancia con lo anterior, el artículo 15° numeral 2 literal f) de la Ley 26842, Ley General de Salud, señala que toda persona tiene derecho a recibir, en términos comprensibles, información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren²⁴.

3.2.2. Sobre la responsabilidad de Clínica El Golf

23. En su denuncia, la señora [REDACTED] señaló que el 4 de diciembre de 2014 acudió a la Clínica El Golf pues presentó un sangrado vaginal, lo cual le preocupó pues tenía aproximadamente trece (13) semanas de gestación. Agregó que le diagnosticaron *amenaza de aborto* y *embarazo de alto riesgo*, y que después se le practicó una serie de exámenes, cuya finalidad no le fue explicada.

24. Al respecto, conviene reproducir un extracto del escrito de denuncia presentado por la señora [REDACTED]:

"(...) Que, posteriormente, con 13 semanas de gestación, el 4 de diciembre nuevamente acudí a la clínica por un sangrado vaginal que persistía por ocho horas; se me diagnosticó amenaza de aborto y embarazo de alto riesgo por lo que fui hospitalizada, solicitándose además un perfil preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica cuya finalidad nunca se me explicó. (...)".
(Subrayado agregado).

25. La Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67°

23

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

(...)

67.4 El derecho a la protección de la salud del consumidor es irrenunciable. Sin perjuicio del pleno reconocimiento de estos derechos conforme a la normativa de la materia, los consumidores tienen, de acuerdo al presente Código, entre otros, los siguientes derechos:

(...)

c. A que se les comunique de forma suficiente, clara, oportuna, veraz y fácilmente accesible, todo lo necesario para que puedan dar su consentimiento informado, previo a la entrega de un producto o la provisión de un servicio.

24

LEY 26842. LEY GENERAL DE SALUD. Artículo 15°. Toda persona tiene derecho a lo siguiente:

(...)

15.2 Acceso a la información

(...)

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



numeral 4 literal b) del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica).

26. En su apelación, la denunciante alegó que la denunciada no demostró que le haya brindado información sobre la finalidad de los exámenes practicados, siendo que, pretender que la consumidora demuestre lo contrario implicaría vulnerar el principio pro consumidor.
27. Sobre el particular, cabe precisar que obra en el expediente una copia de la Historia Clínica de la señora [REDACTED]. De la revisión de la misma se advierte que el 4 de diciembre de 2014, aproximadamente a las 15:00 horas, la denunciante acudió a la Clínica El Golf pues presentó sangrado vaginal abundante²⁵. En aquella oportunidad fue hospitalizada²⁶ y se le diagnosticó amenaza de aborto²⁷, embarazo de alto riesgo²⁸, e hidrops fetal²⁹.
28. Es oportuno mencionar que la propia señora [REDACTED] señaló, a través de su escrito de denuncia, que Clínica El Golf cumplió con informarle, antes de ser hospitalizada, que su diagnóstico definitivo se correspondía con *amenaza de aborto y embarazo de alto riesgo*.
29. Por otro lado, de la revisión de la Historia Clínica de la señora [REDACTED] se aprecia que su médico ginecólogo tratante -el Dr. Almeyda- ordenó la realización de un chequeo preoperatorio, un examen de riesgo quirúrgico y

²⁵ Ver la foja 44 del expediente.

²⁶ Ver la foja 38 del expediente.

²⁷ La amenaza de aborto es un estado que sugiere que se podría presentar un aborto espontáneo. Esto puede suceder antes de la semana 20 del embarazo. Pequeñas caídas o estrés durante el primer trimestre de embarazo pueden causarlo. Se presenta en casi la mitad de todos los embarazos. La probabilidad de un aborto espontáneo es más alta en mujeres mayores. Cerca de la mitad de las mujeres que presentan sangrado en el primer trimestre sufrirá un aborto espontáneo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000907.htm>.

²⁸ Un embarazo de alto riesgo es un embarazo que amenaza la salud o la vida de la madre o el feto. Información obtenida de la página web del Instituto Nacional de la Salud Infantil y Desarrollo Humano Eunice Kennedy Shriver, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.nichd.nih.gov/espanol/salud/temas/pregnancy/informacion/Pages/riesgo.aspx>.

²⁹ El hidrops se define como la presencia anormal de líquido seroso en al menos dos compartimentos fetales (derrame pericárdico, derrame pleural, ascitis, edema subcutáneo). Información tomada de la Guía Clínica del Instituto Clínico de Ginecología, Obstetricia y Neonatología del Hospital Clínico de Barcelona, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia_fetal/hidrops.pdf.

Es una afección seria que ocurre cuando se acumulan cantidades anormales de líquido en dos o más zonas del cuerpo de un feto o recién nacido. Es un síntoma de problemas subyacentes. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007308.htm>.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

una ecografía pélvica³⁰:

"OBSERVACIÓN DE ENFERMERÍA

(...)

05-12-14 10:00 Le toman muestra de laboratorio para pre-quirúrgico³¹.

(...)

08-12-14 12:00 Dr. Almeyda pasa visita médica, indica ecografía pélvica³².

(...)"

30. De la misma manera, se advierte que se realizó una interconsulta³³ con el área de cardiología de la Clínica El Golf³⁴ y se le explicó a la consumidora cuál era el plan de trabajo, tal y como lo evidencia la anotación consignada en su Historia Clínica³⁵:

"EVOLUCIÓN MÉDICA

(...)

06-12-14 10:00 Dolor en menor intensidad

(...)

Se explica Plan de Trabajo (...). (Subrayado agregado).

31. De lo expuesto, se colige que la señora [REDACTED] no solo conocía cuál era su diagnóstico, sino también cuál era el Plan de Trabajo previsto por el Dr. Almeyda para reducir la amenaza de aborto existente. Es oportuno precisar que dicho plan de trabajo, conforme lo establece la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, incluye la relación de exámenes de ayuda diagnóstica, los procedimientos médico-quirúrgicos y las interconsultas a realizar³⁶.

³⁰ Ver la foja 37 del expediente.

³¹ Ver la foja 56 del expediente.

³² Ver la foja 58 del expediente.

³³ Interconsulta: procedimiento mediante el cual, a petición de un médico, otro médico revisa la historia médica del paciente, explora al paciente y realiza recomendaciones sobre asistencia y tratamiento. El médico al que se realiza la interconsulta suele ser un especialista con experiencia en un determinado campo de la Medicina. Información tomada de la siguiente dirección electrónica: <https://diccionario.medciclopedia.com/i/interconsulta-medica/>.

³⁴ Ver la foja 47 del expediente.

³⁵ Ver la foja 48 del expediente.

³⁶ N.T. N° 022-MINSA/DGSP-V.02. NORMA TÉCNICA DE SALUD PARA LA GESTIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.
VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.
VI.1. ESTRUCTURA DE LA HISTORIA CLÍNICA.
VI.1.2. FORMATOS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

VI.1.2.1. Formatos Básicos

4. Formatos de Hospitalización.

(...)

Plan de Trabajo.

- Exámenes de ayuda diagnóstica.
- Procedimientos médico-quirúrgicos.
- Interconsultas.



32. En consecuencia, se concluye que Clínica El Golf cumplió con brindar información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica).
33. Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que la señora [REDACTED] estaba en posibilidad de conocer que los exámenes por ella cuestionados (chequeo preoperatorio, examen de riesgo quirúrgico y ecografía pélvica) tenían como finalidad detectar algún problema de salud adicional que pueda presentar (por ejemplo, problemas cardiacos o endocrinólogos), así como monitorear el avance de su gestación (a través de la evaluación ecográfica). Ello en la medida que, conforme se expuso precedentemente, el Dr. Almeyda informó a la consumidora oportunamente cuál era el diagnóstico que correspondía a su cuadro clínico.
34. Finalmente, cabe precisar que la Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica, señala que, únicamente para el caso de tratamientos especiales o procedimientos o intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, existirá la obligación de que el consentimiento informado del paciente conste en un formato específico³⁷. En otras palabras, Clínica El Golf no estaba obligada a registrar la conformidad de la señora [REDACTED] con los exámenes cuestionados (chequeo preoperatorio, examen de riesgo quirúrgico y ecografía pélvica) en la medida que los mismos no constituían procedimientos que puedan afectar la integridad de la denunciante.
35. Por lo antes expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes

37

N.T. N° 022-MINSA/DGSP-V.02. NORMA TÉCNICA DE SALUD PARA LA GESTIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.
VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.
VI.1. ESTRUCTURA DE LA HISTORIA CLÍNICA.
VI.1.2. FORMATOS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

VI.1.2.2 Formatos Especiales: Representan el resto de formatos no consignados dentro de la categoría de básicos, como los de Identificación/filiación, solicitud de exámenes auxiliares, Interconsulta, anatomía patológica, consentimiento informado, de referencia y de contrarreferencia, de Seguros: SIS y SOAT entre otros.

FORMATO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO: En el caso de tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, debe realizarse y registrarse el consentimiento informado, para lo cual se utiliza un formato cuyo contenido se describe en la presente norma. Se exceptúa de lo dispuesto en situaciones de emergencia.

En caso de menores de edad o pacientes con discapacidad mental se tomará el consentimiento informado a su apoderado o representante legal.

El formato de consentimiento informado será de uso estandarizado obligatorio a nivel nacional y deberá contener lo siguiente: (...).



practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica).

3.3. Sobre el deber de idoneidad

3.3.1. Marco legal

36. El artículo 18° del Código 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 lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso³⁸. 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. A su vez, el artículo 19° del Código indica que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos³⁹.
37. En ese sentido, los proveedores tienen la obligación de brindar los productos y servicios ofrecidos en las condiciones acordadas o en las condiciones que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza y circunstancias que rodean la adquisición del producto o la prestación del servicio, así como a la normatividad que rige su prestación.
38. Cabe precisar que tal obligación no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de productos o servicios a los consumidores, sino simplemente de entregarlos con ciertas características o estándares definidos por la ley (garantía legal), con las condiciones ofrecidas y acordadas (garantía expresa) o en función a su propia naturaleza y su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual han sido puestos en el mercado (garantía implícita) atendiendo a las circunstancias del caso⁴⁰.

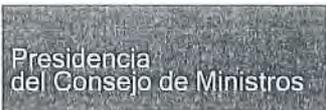
³⁸ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 18°. Idoneidad. Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ El hecho de que no se imponga sobre el proveedor un estándar de calidad determinado en la venta de productos y servicios, no significa que el Estado no promueva la calidad en la producción de bienes y en la prestación de servicios a fin de que estos sean idóneos y competitivos, siendo que ello constituye una de las políticas públicas contenidas en el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar del Código.



39. El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a este 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 responsabilidad⁴¹. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor o la autoridad administrativa, corresponde al proveedor acreditar que este no le es imputable.
40. En concordancia con lo anterior, cabe precisar que el artículo 162° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que la carga de la prueba recae sobre los administrados⁴², lo cual guarda relación con lo establecido por el artículo 196° del Código Procesal Civil, aplicado de manera supletoria al presente procedimiento⁴³, y según el cual quien alega un hecho asume la carga de probarlo⁴⁴.
41. Por otra parte, el artículo 67° numeral 1 del Código establece que el proveedor de servicios de salud está en la obligación de proteger la salud del consumidor, conforme a la normativa sobre la materia⁴⁵.
42. Por otro lado, el artículo 15° numeral 1 de la Ley 26842, Ley General de Salud, señala que toda persona tiene derecho a obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, conservar o restablecer su salud, según lo requiera la salud del usuario, garantizando su acceso en forma oportuna y equitativa⁴⁶.

⁴¹ 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. (...).

⁴² LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 162°. Carga de la prueba. (...)

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

⁴³ CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Disposiciones Complementarias. Disposiciones Finales. Primera. Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

⁴⁴ CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°. Carga de la prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ LEY 26842. LEY GENERAL DE SALUD. Artículo 15°. Toda persona tiene derecho a lo siguiente:



43. En tanto se aprecia que en el caso concreto se imputó a Clínica El Golf la comisión de dos (2) presuntas infracciones al deber de idoneidad, corresponderá efectuar el análisis de cada una de ellas en forma independiente.

3.3.2. Respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico

a) Hechos denunciados

44. En su denuncia, la señora [REDACTED] señaló que, en octubre de 2014, su médico tratante le indicó que estaba embarazada; siendo que, posteriormente tuvo una amenaza de aborto y se le indicó que el feto evidenciaba defectos cromosómicos. Finalmente, señaló que el 18 de diciembre de 2014 presentó una solicitud de aborto terapéutico ante el director de la Clínica El Golf en la medida que su embarazo venía generándole un severo daño a su salud mental; sin embargo, la misma no fue tramitada debidamente en atención a lo establecido por la Guía Técnica.
45. La Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante. El órgano resolutivo de primera instancia fundamentó su decisión en que la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014 fue presentada directamente por la señora [REDACTED] y no, conforme lo establecía la Guía Médica, por su médico tratante⁴⁷.
46. En su apelación, la señora [REDACTED] alegó que Clínica El Golf tardó cuarenta y tres (43) días en responder su solicitud de aborto terapéutico y que omitió valorar, al pronunciarse respecto a tal solicitud, su estado de salud mental. Finalmente, alegó que la Guía Técnica no establecía un procedimiento específico para el supuesto en el cual el médico tratante -como sucedió en el presente caso- considere que el embarazo no ponía en riesgo la vida de la gestante o causaba un mal grave y permanente en su salud.
47. En el presente caso, no es una cuestión controvertida que el 17 de octubre de 2014 la señora [REDACTED] acudió a la Clínica El Golf y fue atendida por el Dr. Almeyda, especialista en ginecología. Tampoco se encuentra en

(...)
15.2 Acceso a los servicios de salud

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

⁴⁷ Al respecto, ver la fundamentación contenida entre los considerandos 36 y 48 de la resolución impugnada.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

discusión que, en dicha fecha, se le indicó que estaba embarazada y se le diagnosticó amenaza de aborto. Así lo acredita, además, el Informe Médico del 25 de agosto de 2015, emitido por el Dr. Almeyda, ofrecido como medio probatorio por la propia denunciada⁴⁸:

"INFORME MÉDICO

Paciente : ██████████
HC : ██████████
Médico tratante : Dr. Luis Almeyda - Ginecólogo
Fecha de informe : 25.08.15

La paciente ██████████, inicia su control pre natal el día 13.10.2014, fecha en que acude por retraso menstrual de 15 días, dolor pélvico y spotting.
(...)
El 17 de octubre regresa a control refiriendo escaso sangrado vaginal oscuro y náuseas. Se diagnostica amenaza de aborto de gestación de 6 semanas 5 días e hiperémesis gravídica leve. Se indicó progesterona Dimenhidrinato y ácido fólico. Se solicitaron exámenes prenatales. (...).
(Subrayado agregado).

48. En concordancia con lo anterior, cabe precisar que obra en el expediente una copia de la Historia Clínica de la denunciante, de cuya revisión se advierte que la señora ██████████ permaneció hospitalizada en la Clínica El Golf desde el 4 hasta el 10 de diciembre de 2014, pues presentó complicaciones en su embarazo (dolor pélvico y sangrado vaginal). En aquella oportunidad, el diagnóstico final fue amenaza de aborto⁴⁹, embarazo de alto riesgo⁵⁰, e hidrops fetal⁵¹:

⁴⁸ Ver la foja 318 del expediente.

⁴⁹ La amenaza de aborto es un estado que sugiere que se podría presentar un aborto espontáneo. Esto puede suceder antes de la semana 20 del embarazo. Pequeñas caídas o estrés durante el primer trimestre de embarazo pueden causarlo. Se presenta en casi la mitad de todos los embarazos. La probabilidad de un aborto espontáneo es más alta en mujeres mayores. Cerca de la mitad de las mujeres que presentan sangrado en el primer trimestre sufrirá un aborto espontáneo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000907.htm>.

⁵⁰ Un embarazo de alto riesgo es un embarazo que amenaza la salud o la vida de la madre o el feto. Información obtenida de la página web del Instituto Nacional de la Salud Infantil y Desarrollo Humano Eunice Kennedy Shriver, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.nichd.nih.gov/espanol/salud/temas/pregnancy/informacion/Pages/riesgo.aspx>.

⁵¹ El hidrops se define como la presencia anormal de líquido seroso en al menos dos compartimentos fetales (derrame pericárdico, derrame pleural, ascitis, edema subcutáneo). Información tomada de la Guía Clínica del Instituto Clínico de Ginecología, Obstetricia y Neonatología del Hospital Clínico de Barcelona, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia_fetal/hidrops.pdf.

Es una afección seria que ocurre cuando se acumulan cantidades anormales de líquido en dos o más zonas del cuerpo de un feto o recién nacido. Es un síntoma de problemas subyacentes. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007308.htm>.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

"EPICRISIS

Anamnesis (apreciación médica al ingreso)

- Sangrado vaginal.
- Dolor pélvico.
- (...)

Diagnóstico definitivo:

1. Amenaza de aborto. 020.0
2. Hidrops fetal. P83.2 (...)

HISTORIA CLÍNICA (OBSTETRICIA)

(...)

Diagnóstico definitivo:

1. Gestante de 13 ss x UR.
2. Amenaza de aborto.
3. ARO [Alto riesgo obstétrico]. (...)"

49. Por otro lado, es oportuno mencionar que obran en el expediente los informes de las ecografías practicadas a la señora [REDACTED] en la Clínica El Golf los días 21 de noviembre y 4 y 9 de diciembre de 2014, cuyos resultados se transcriben a continuación:

- Ecografía del 21 de noviembre de 2014⁵²

"DEPARTAMENTO DE ECOGRAFÍA

(...)

Conclusión:

- *Gestación única activa intrauterina de 12 semanas 5 días por LCN.*
- *Placenta oclusiva.*
- *Feto con evidencias ecográficas de defecto cromosómico. Se sugiere ecografía genética".*

- Ecografía del 4 de diciembre de 2014⁵³

"DEPARTAMENTO DE ECOGRAFÍA

(...)

Conclusión: *Gestación única activa intrauterina de 13 semanas 6 días. Se sugiere cardiotipo fetal".*

- Ecografía del 9 de diciembre de 2014⁵⁴

⁵² Ver la foja 77 del expediente.

⁵³ Ver la foja 76 del expediente.

⁵⁴ Ver la foja 64 del expediente.



"DEPARTAMENTO DE ECOGRAFÍA

(...)

Conclusión:

- *Gestación única activa intrauterina de 14 semanas 3 días por LCN.*
- *Hidrops generalizado.*
- *Se sugiere descartar:*
 1. *Alteración cromosómica con NIPT y/o amniocentesis.*
 2. *Compromiso infeccioso: TORCH y Parvovirus.*
 3. *Cardiopatía congénita: ecocardiografía fetal".*

50. De los medios probatorios antes citados se advierte, por un lado, que el embarazo de la señora [REDACTED] se calificó desde el inicio como de "alto riesgo" debido a las constantes amenazas de aborto que presentó y, por otro lado, que los resultados ecográficos daban cuenta de una probable alteración cromosómica, compromiso infeccioso y cardiopatía congénita del feto, motivo por el cual se sugirió la realización de exámenes adicionales (amniocentesis, perfil TORCH, ecocardiografía).
51. La situación antes descrita habría generado, según señaló la denunciante, problemas en su salud mental, motivo por el cual acudió al consultorio de la Dra. Rondón el día 11 de diciembre de 2014. Luego de ser evaluada, dicha especialista concluyó que la gestación de la denunciante suponía un riesgo severo para su salud mental, por lo que recomendaba interrumpir el embarazo⁵⁵:

"CERTIFICADO

La médica psiquiatra que suscribe certifica haber examinado a la paciente doña [REDACTED] quien presenta depresión recurrente (F33) con reacción de adaptación al estrés (F.43.2), aparentemente desencadenadas por la presente gestación. Esta depresión cursa con ideación suicida.

Entre los antecedentes destaca sintomatología depresiva desde los 21 años, con dos episodios previos y madre con síntomas depresivos.

Por lo anterior, considero que existen criterios para considerar que la afectación de la salud mental de la paciente ameritaría una interrupción de la presente gestación, ya que esta supone un riesgo severo para la salud de la paciente.

*Se expide a solicitud para trámites en establecimiento de salud. (...).
(Subrayado agregado).*

52. Ante ello, la denunciante optó por presentar ante la Clínica El Golf una solicitud de aborto terapéutico, la cual formuló al amparo de lo establecido en

⁵⁵ Ver la foja 27 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

la Guía Técnica.

53. Al respecto, obra en el expediente la carta de fecha 18 de diciembre de 2014⁵⁶, a través de la cual la propia señora [REDACTED] solicitó, ante la dirección general de la Clínica El Golf, que se le practique un procedimiento de aborto terapéutico. Es oportuno mencionar que, mediante dicha comunicación, la denunciante señaló que su médico tratante -el Dr. Almeyda- ya había determinado previamente que su embarazo no ponía en riesgo su vida ni le causaba un mal grave y permanente a su salud; sin embargo, ella no estaba de acuerdo con tal opinión en la medida que consideraba que su gestación sí estaba afectando su salud física y mental, siendo que, para tal efecto, reprodujo un extracto del Certificado emitido por su psiquiatra -la Dra. Rondón-:

(...)

Yo, [REDACTED] (...); solicito procedimiento para la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas en el marco del artículo 119 del Código Penal.

(...)

Que, al conocer el diagnóstico de mi embarazo conversé con el Dr. Luis Almeyda, mi médico tratante, y me manifestó que mi gestación es riesgosa y que tiene pocas posibilidades de éxito; sin embargo, no consideraba que mi existiera una situación que pusiera en riesgo mi salud por lo que no podía solicitar la interrupción legal del embarazo. Además, me refirió que en la Clínica El Golf no podían ayudarme y que solo en el Instituto Materno Perinatal podrían hacerlo.

Que, esta situación me está generando distintas afectaciones a mi salud tanto física como mentales, es así que estuve internada del 4 al 10 de diciembre en sus instalaciones por presentar amenaza de aborto, incurri en gastos excesivos y mi situación no ha mejorado, todo lo contrario.

Que, al ver que mi situación de salud no mejora y que no encuentro salidas efectivas y garantistas de mi derecho a la salud en el servicio de ginecología de la Clínica, acudí a otros servicios de salud.

Que, como persona consciente de que esta situación está afectando severamente mi salud física y salud mental, acudí a consulta médica con la Psiquiatra Dra. Marta B. Rondón, con CMP 19614 - RNE8909, y ella me diagnostica "depresión recurrente (F33) con reacción de adaptación al estrés (F.34.2), aparentemente desencadenadas por la presente gestación. Esta depresión cursa con ideación suicida (...). Por lo anterior, considero que existen criterios para considerar que la afectación de la salud mental de la paciente ameritaría una interrupción de la presente gestación, ya que esta supone un riesgo severo para la salud de la paciente". (...).

⁵⁶ Ver las fojas 24, 25 y 26 del expediente.



Sin otro particular y esperando atienda a mi solicitud de acuerdo al marco legal vigente me despido de usted. (...). (Subrayado y resaltado agregados).

54. También obra en el expediente el reclamo de fecha 17 de enero de 2015 (Hoja de Reclamación N° 003447) que la señora Borgoño presentó en el libro de reclamaciones de Clínica El Golf⁵⁷, y a través del cual manifestó su malestar por no haberse cumplido con responder su solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014.
55. En este punto conviene resaltar que tampoco es una cuestión controvertida, conforme lo señaló la propia denunciante, y según se aprecia de la revisión de la Historia Clínica del Instituto Perinatal, cuya copia obra en el expediente⁵⁸, el hecho que el día 26 de diciembre de 2014, la señora [REDACTED] se haya sometido a un procedimiento de aborto terapéutico -cuando aún no tenía veintidós (22) semanas de embarazo- en dicho establecimiento de salud.
56. Por otro lado, obra en el expediente la copia del correo electrónico del 30 de enero de 2015, enviado por Clínica El Golf a la señora [REDACTED], en respuesta a la solicitud de aborto terapéutico presentada por esta última. A través de dicha comunicación, reproducida textualmente a continuación, la denunciada informó a la denunciante que su médico tratante determinó, con fecha 21 de noviembre de 2014, que no correspondía ejecutar el procedimiento de aborto terapéutico en la medida que el embarazo cuestionado no ponía en riesgo la vida de la gestante:

"(...) Estimada Sra. [REDACTED]

La presente tiene por finalidad saludarla cordialmente y dar respuesta al reclamo presentado en el libro de reclamaciones N° 3347, y su carta enviada a nuestra institución en relación a su solicitud, sobre la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo.

(...)

En dicho sentido, según informa su médico tratante, el Dr. Luis Almeyda, en su última evaluación que fue el día 21 de noviembre del 2014, el diagnóstico fue Supervisión de Embarazo de Alto Riesgo, en ese momento, su embarazo NO PONÍA en riesgo la vida de la madre.

Asimismo, indica que usted fue informada sobre su diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud, así como la posición de nuestra institución sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

⁵⁷ Ver las fojas 24, 25 y 26 del expediente.

⁵⁸ Ver de la foja 625 a la foja 644 del expediente.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

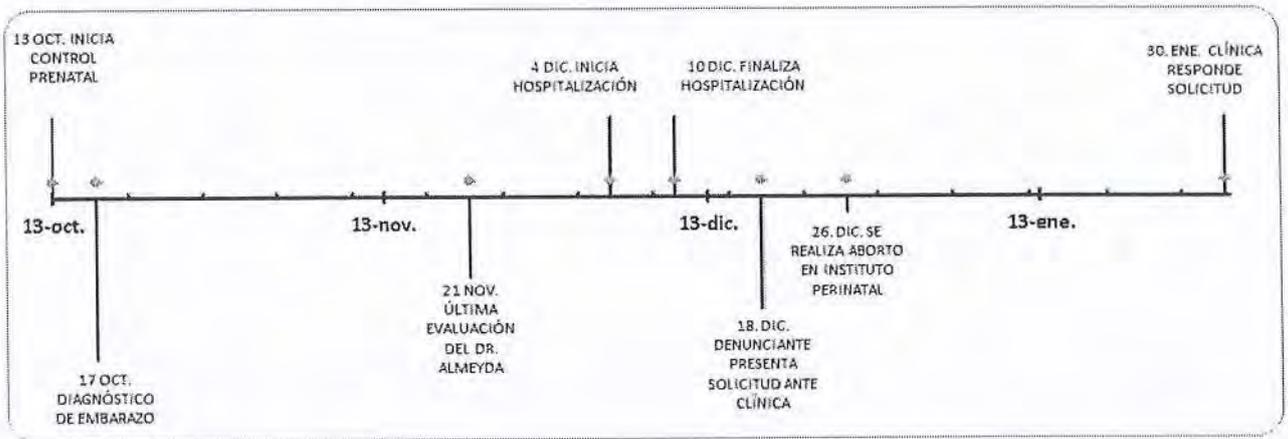
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

Por tanto, luego de una profunda revisión de su Historia Clínica por parte de la Dirección Médica y complementando con el Informe solicitado al médico tratante (Dr. Almeyda), procedemos a comunicarle que no encontramos sustento a su solicitud. (...)" (Subrayado agregado).

57. Sobre el particular, cabe precisar que los hechos citados en los párrafos precedentes pueden resumirse en la siguiente línea de tiempo:



b) La Guía Técnica

58. En nuestro ordenamiento jurídico, todo aborto, con excepción del aborto terapéutico, está sancionado con pena privativa de libertad⁵⁹. Según el

⁵⁹ CÓDIGO PENAL. Artículo 114°. Autoaborto. La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

Artículo 115°. Aborto consentido. El que causa el aborto con el consentimiento de la gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

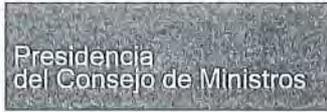
Artículo 116°. Aborto sin consentimiento. El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Artículo 117°. Agravación de la pena por la calidad del sujeto. El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.

Artículo 118°. Aborto preterintencional. El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

Artículo 119°. Aborto terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.



artículo 119° del Código Penal, el aborto terapéutico se aprobará solo en condiciones específicas, las cuales han sido recogidas en la Guía Técnica.

59. La Guía Técnica es un documento que elaboró el Ministerio de Salud para estandarizar el procedimiento de atención integral de la gestante en la interrupción voluntaria del embarazo por indicación terapéutica. Ello, siempre y cuando el embarazo sea menor a veintidós (22) semanas, la gestante manifieste su consentimiento informado previo a la realización de dicho procedimiento, y la interrupción del embarazo sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud:

"GUÍA TÉCNICA NACIONAL PARA LA ESTANDARIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA GESTANTE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO MENOR DE 22 SEMANAS CON CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO PENAL

I. FINALIDAD

Asegurar la Atención Integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, en el marco de los derechos humanos, con enfoque de calidad, género e interculturalidad.

II. OBJETIVO

Estandarizar los procedimientos para la atención integral de la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme dispone el artículo 119 del Código Penal y normas legales vigentes.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente Guía Técnica es de aplicación a nivel nacional para todos los establecimientos de salud a partir del segundo nivel de atención del sistema de salud nacional.

IV. PROCEDIMIENTO A ESTANDARIZAR

Atención integral a la gestante en los casos de Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de veintidós (22) semanas con consentimiento informado cuando es el único medio para

Artículo 120°. Aborto sentimental y eugenésico. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.



salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente, conforme dispone el artículo 119 del Código Penal y normas legales vigentes". (Subrayado agregado).

60. Adicionalmente, es oportuno mencionar que la Guía Técnica no solo señala cuáles son los cuadros clínicos o patologías -que presente la madre gestante- en los que ameritará evaluar la interrupción terapéutica del embarazo, sino que también establece -adjuntando como anexo un flujograma para tales efectos- el procedimiento administrativo-asistencial para realizar el aborto terapéutico.
61. De la revisión de la Guía Técnica -y del flujograma respectivo, incluido en su Anexo 5- se aprecia que el procedimiento administrativo-asistencial de aborto terapéutico es el siguiente:

"GUÍA TÉCNICA NACIONAL PARA LA ESTANDARIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA GESTANTE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA POR INDICACIÓN TERAPÉUTICA DEL EMBARAZO MENOR DE 22 SEMANAS CON CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO PENAL

(...)

VI. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

6.2. Procedimientos Administrativos Asistenciales

(...)

6.2.1 El/La médico/a tratante que durante la atención de la gestante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa en su salud un mal grave y permanente, informará a la embarazada sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos graves para su vida o su salud, y los procedimientos terapéuticos que correspondan.

6.2.2 A petición de la gestante el médico/a tratante presenta la solicitud escrita del caso a la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección General, del establecimiento de salud.

6.2.3 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia recibe la solicitud, y en la fecha constituye y convoca una Junta Médica, bajo responsabilidad. Debe además informar de inmediato a la Dirección General de lo actuado.

6.2.4 El/La médico/a tratante informará a la gestante o su representante legal la decisión de la Junta Médica. En caso que la Junta Médica apruebe la interrupción del embarazo menor de veintidós (22) semanas como indicación terapéutica para preservar la vida y la salud de la gestante, la gestante o su representante legal firmará el formulario para el consentimiento informado y la autorización del procedimiento (Anexos 1 y 2), lo que será puesto en conocimiento de la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia y de la Dirección General del establecimiento de salud.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

6.2.5 La Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia inmediatamente designará al médico/a que llevará a cabo el procedimiento, el cual será programado dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas, comunicando al Director General del establecimiento de salud la fecha y hora de la intervención; bajo responsabilidad.

6.2.6 El lapso desde que la gestante solicita formalmente la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de veintidós (22) semanas hasta que se inicia la intervención en forma oportuna que garantice la eficacia de la intervención, la que no debe exceder de seis (6) días calendarios.

6.2.7 Una vez realizada la intervención, la Jefatura del Servicio o Departamento de Gineco-Obstetricia informará por escrito el resultado del procedimiento a la Dirección General del establecimiento.

6.2.8 Si la Jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia incumpliera con convocar a la Junta Médica, el médico o médica tratante informará al Director o Directora General del establecimiento de salud, quien constituirá y convocará en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas, una Junta Médica, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar". (Subrayado agregado).

62. De lo expuesto se colige que **el médico tratante** es quien, durante la atención de la gestante, **advierte** si el embarazo pone en riesgo su vida o causa un mal grave y permanente en su salud. La Guía Técnica señala también que el médico deberá **informar** de ello a la gestante, así como cuál es el diagnóstico, pronóstico, riesgos y procedimientos terapéuticos que correspondan.
63. Sobre el particular, esta Sala estima pertinente resaltar que, en el sistema de salud, el médico tratante es quien tiene la competencia para determinar cuando una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud. Ello, en la medida que dicho profesional está capacitado para decidir, en base a criterios científicos, qué es lo más conveniente para el paciente y porque es quien conoce de manera íntegra el caso de este último, así como las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud⁶⁰.
64. Asimismo, cabe precisar que la opinión del médico tratante resulta trascendente en la medida que evitará que las gestantes soliciten directamente la realización de abortos que no tengan fines terapéuticos. En

⁶⁰ Al respecto, ver la Sentencia N° T-345/13, emitida por la Corte Constitucional de la República de Colombia, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-345-13.htm>.



otras palabras, de no haberse previsto en la Guía Técnica que es el médico tratante quien debe determinar si el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa un mal grave y permanente en su salud, se podría promover la proliferación de solicitudes de abortos terapéuticos, pese a que en realidad las mismas buscan la realización de un aborto con otros fines (proteger la reputación o el futuro social de la madre, aliviar problemas económicos, sociológicos y demográficos, fines eugenésicos, etc.); siendo oportuno reiterar que, en nuestro ordenamiento, el único tipo de aborto que está permitido es aquel que se realiza por indicación terapéutica, esto es, cuando constituye el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

65. En tal sentido, solo cuando se haya superado el "filtro" mencionado previamente, esto es, solo cuando el médico tratante advierta que el embarazo pone en riesgo la vida de la gestante o causa un mal grave y permanente en su salud, el profesional médico **presentara, previa petición de la gestante afectada**, la solicitud escrita a la jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia con conocimiento de la Dirección del establecimiento de salud. Ello, a efectos de que esta última **convoque** de inmediato una Junta Médica, la cual decidirá si corresponde o no llevar a cabo el procedimiento de aborto terapéutico.
66. Además, debe tenerse en cuenta que la Guía Técnica establece que el lapso desde que la gestante solicita formalmente -por intermedio de su médico tratante- la interrupción voluntaria del embarazo por indicación terapéutica hasta que se inicia la intervención en forma oportuna, no debe exceder de **seis (6) días calendario**.

c) Sobre la responsabilidad de Clínica El Golf

67. Este Colegiado considera que, en el caso concreto, no corresponderá determinar si el aborto terapéutico realizado a la señora [REDACTED] en el Instituto Perinatal fue correcto -o no-, o si el Dr. Almeyda consideró debidamente que el embarazo de la señora [REDACTED] ponía en riesgo su vida o causaba un mal grave y permanente en su salud. Hacerlo, supondría cuestionar el análisis efectuado por el médico tratante e ir en contra de su opinión o criterio especializados.
68. Por el contrario, lo que corresponderá analizar es si Clínica El Golf -y, consecuentemente, el Dr. Almeyda- tramitó debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora Borgoño el día 18 de diciembre de 2014, según lo establece la Guía Técnica.

69. En el presente procedimiento, como se indicó en los párrafos precedentes, el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

propio médico tratante de la denunciante consideró que su embarazo no ponía en riesgo su vida ni causaba un grave y permanente daño en su salud. Por tal motivo, no se podría exigir que la denunciada, luego de recibir la solicitud de aborto terapéutico presentada por la consumidora, haya requerido directamente por escrito, a la jefatura de su Departamento de Gineco-Obstetricia, que convoque a una Junta Médica a efectos de que esta se pronuncie sobre tal solicitud. Ello, en la medida que el médico tratante -y no la gestante- era quien debía determinar preliminarmente si correspondía realizar un procedimiento de aborto terapéutico.

70. Es decir, habiéndose determinado que la denunciada no estaba obligada a presentar, por escrito, una solicitud de aborto terapéutico dirigida a la jefatura de su Departamento de Gineco-Obstetricia, se concluye que, ni existió la obligación de dicha área de la denunciada de convocar a una Junta Médica, ni existió la obligación de realizar, dentro el plazo de seis (6) días calendario, el procedimiento de aborto terapéutico requerido por la consumidora.
71. Adicionalmente, cabe precisar que Clínica El Golf tampoco debía registrar en la Historia Clínica de la señora Borgoño la solicitud de aborto terapéutico, en tanto que formalmente la misma no fue formulada por el médico tratante de la gestante.
72. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que el hecho de que el Dr. Almeyda haya advertido, luego de evaluar a la señora [REDACTED] el 21 de noviembre de 2014, que su embarazo no ponía en riesgo su vida ni causaba un grave y permanente daño en su salud, no impedía que la denunciante pueda presentar ante dicho especialista nuevas evidencias de la existencia de algún daño a su salud (física o mental).
73. En efecto, de la revisión de los actuados se aprecia que la propia denunciada reconoció que, a través de la solicitud de aborto terapéutico del 18 de diciembre de 2014 -presentada ante la dirección general de Clínica El Golf-, la señora [REDACTED] adjuntó el Certificado Médico emitido por su psiquiatra, la Dra. Rondón⁶¹.
74. Es oportuno mencionar que dicho certificado se obtuvo el día 11 de

⁶¹ Es oportuno mencionar que, a través de su escrito de descargos, Clínica El Golf señaló lo siguiente:

"(...) De otro lado, debemos precisar que, si bien la señora Borgoño presentó un certificado suscrito por la Médico Psiquiatra, María Rondón, con fecha 11 de diciembre de 2014; es decir, un día después de su alta en la Clínica. Nos resulta extraño al leer dicho certificado, cómo puede darse un diagnóstico tan certero luego de un día de evaluación. Es lógico saber que, si un paciente necesita terapia psicológica, este requiere un tratamiento que toma cierto tiempo para poder establecer un diagnóstico certero. De la misma forma, nos resulta extraño conocer que la señora Borgoño tiene como antecedentes sintomatología depresiva desde los 21 años de edad, cuando en su Historia Clínica no se cuenta con dicha información. (...)"



- diciembre de 2014, esto es, después de que el Dr. Almeyda llevara a cabo la última evaluación de la denunciante (la cual se produjo el 21 de noviembre de 2014, según indicó la denunciada a través del correo electrónico del 30 de enero de 2015, citado en el considerando 56 de la presente Resolución).
75. A mayor abundamiento, cabe precisar que la última evaluación realizada por el Dr. Almeyda se llevó a cabo incluso antes de que la señora [REDACTED] sea hospitalizada (el 4 de diciembre de 2014), motivo por el cual esta Sala considera que dicho evento pudo haber ocasionado una afectación a la salud de la gestante, tal y como lo señaló su psiquiatra, la Dra. Rondón.
76. En consecuencia, este Colegiado considera que Clínica El Golf debió haber derivado la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014 al Dr. Almeyda, a fin de que este último **evalúe** si el embarazo de la señora [REDACTED] causaba un grave y permanente daño a su salud mental, tal y como concluyó la Dra. Rondón. No obstante, debe tenerse en cuenta que no obra en el expediente medio probatorio alguno que evidencie que la denunciada -a través del Dr. Almeyda- haya evaluado el certificado médico que la denunciante presentó con su solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014; siendo oportuno precisar que la única evaluación a la que hace referencia Clínica El Golf, a través de su correo electrónico del 30 de enero de 2015, es la que realizó el Dr. Almeyda el 21 de noviembre de 2014.
77. Lo antes dicho era relevante en la medida que, conforme se indicó precedentemente, el Dr. Almeyda pudo haber considerado, luego de evaluar la nueva condición médica de la señora [REDACTED], que correspondía solicitar por escrito, ante la jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia de Clínica El Golf, que se convoque una Junta Médica a fin de que esta decida si ameritaba realizar el procedimiento de aborto terapéutico que la consumidora requería.
78. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, según lo señaló el Tribunal Constitucional peruano, el derecho a la vida también admite limitaciones y una de ellas es el aborto terapéutico; sin embargo, dichas limitaciones no generan un derecho a privar de la vida a otro, sino que vienen a ser **excepciones en un contexto de protección del derecho fundamental a la vida**⁶².
79. La consideración de la persona humana como valor supremo, supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida⁶³, derecho que se erige en el

⁶² Exp. 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003.

⁶³ Exp. 1535-2006-PA/TC del 31 de enero de 2008.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, puesto que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene en inútil ante la inexistencia de la vida física de un titular al cual pueden serle reconocidos tales derechos⁶⁴.

80. Consecuentemente, puede hablarse del derecho a la salud como derecho humano, el cual fue definido por el Tribunal Constitucional peruano como *"la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo"*⁶⁵, lo que implica *"una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida"*⁶⁶ y ello porque *"el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos"*⁶⁷.
81. Además, es oportuno mencionar que el derecho a la salud mental se encuentra reconocido en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, según el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Por su parte, el Protocolo de San Salvador prevé, en su artículo 10°, que *"toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"*.
82. En ese orden de ideas, Clínica El Golf debió considerar, luego de evaluar la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora [REDACTED], las posibles afectaciones graves y permanentes que su embarazo podría ocasionar no solo en su salud física, sino también en su salud mental. Ello, en la medida que el derecho a la salud mental es un derecho fundamental de la denunciante cuyo sustento se encuentra contenido en el principio-derecho de dignidad humana y en el derecho a la salud. Para ello es imperativo ver integralmente al ser humano: como una unidad física y psíquica, con la finalidad de cautelar su desenvolvimiento vital dentro de unas condiciones mínimas de dignidad⁶⁸.
83. Dicho de otro modo, teniendo en cuenta que el 18 de diciembre de 2014 la

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Exp. 1429-2002-HC/TC del 19 de noviembre de 2002.

⁶⁶ Exp. 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre de 2004.

⁶⁷ Exp. 2480-2008-PA/TC del 11 de julio de 2008.

⁶⁸ Ibidem.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

señora [REDACTED] presentó a la Clínica El Golf evidencia médica que daría cuenta que su embarazo estaba generándole un daño grave y permanente a su salud mental, resultaba razonable que la denunciada -a través del médico tratante de la consumidora- evaluara tal evidencia a efectos de decidir si correspondía o no activar el procedimiento de aborto terapéutico. Ello, en atención al derecho a la salud de la señora [REDACTED] y a su derecho a recibir un servicio de salud idóneo; sin embargo, como se desarrolló en los párrafos precedentes, tal gestión de Clínica El Golf no se llevó a cabo.

84. Por lo antes expuesto, corresponde revocar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante; y, reformándola, declarar fundada la misma, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente tal solicitud.

3.3.3. Respecto a la omisión de consignar en la Historia Clínica la información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba

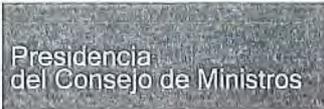
85. En su denuncia, la señora [REDACTED] señaló que, mediante correo electrónico del 30 de enero de 2015, Clínica El Golf le comunicó que había sido informada sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos que su embarazo implicaba; sin embargo, ello no era cierto.

86. La Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que su embarazo conllevaba.

87. En su apelación, la señora [REDACTED] alegó que, Clínica El Golf no cumplió con informarle que su embarazo estaba afectando gravemente su salud física y mental, esto es, no cumplió con brindarle información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos del embarazo.

88. Sobre el particular, cabe precisar que obra en el expediente una copia de la Historia Clínica de la denunciante, de cuya revisión se advierte que la señora [REDACTED] permaneció hospitalizada en la Clínica El Golf desde el 4 hasta el 10 de diciembre de 2014, pues presentó complicaciones en su embarazo (dolor pélvico y sangrado vaginal). En aquella oportunidad, el diagnóstico final fue amenaza de aborto⁶⁹, embarazo de alto riesgo⁷⁰, e Hidrops fetal⁷¹:

⁶⁹ La amenaza de aborto es un estado que sugiere que se podría presentar un aborto espontáneo. Esto puede suceder antes de la semana 20 del embarazo. Pequeñas caídas o estrés durante el primer trimestre de embarazo



"EPICRISIS"

Anamnesis (apreciación médica al ingreso)

- Sangrado vaginal.
- Dolor pélvico.

(...)

Diagnóstico definitivo:

1. Amenaza de aborto. 020.0
2. Hidrops fetal. P83.2 (...)

HISTORIA CLÍNICA (OBSTETRICIA)

(...)

Diagnóstico definitivo:

1. Gestante de 13 ss x UR.
2. Amenaza de aborto.
3. ARO [Alto riesgo obstétrico]. (...)"

89. De la misma manera se advierte que, tanto el 6 como el 10 de diciembre de 2014, se consignó en la Historia Clínica de la señora [REDACTED] que el personal médico de la denunciada explicó a la consumidora, y a su cónyuge, por un lado, cuál era el plan de trabajo previsto para reducir la amenaza de aborto que presentó (tal plan de trabajo incluía la relación de exámenes de ayuda diagnóstica, los procedimientos médico-quirúrgicos y las interconsultas a realizar⁷²) y, por otro lado, cuál propiamente el diagnóstico que se

pueden causarlo. Se presenta en casi la mitad de todos los embarazos. La probabilidad de un aborto espontáneo es más alta en mujeres mayores. Cerca de la mitad de las mujeres que presentan sangrado en el primer trimestre sufrirá un aborto espontáneo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000907.htm>.

⁷⁰ Un embarazo de alto riesgo es un embarazo que amenaza la salud o la vida de la madre o el feto. Información obtenida de la página web del Instituto Nacional de la Salud Infantil y Desarrollo Humano Eunice Kennedy Shriver, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.nichd.nih.gov/espanol/salud/temas/pregnancy/informacion/Pages/riesgo.aspx>.

⁷¹ El hidrops se define como la presencia anormal de líquido seroso en al menos dos compartimentos fetales (derrame pericárdico, derrame pleural, ascitis, edema subcutáneo). Información tomada de la Guía Clínica del Instituto Clínico de Ginecología, Obstetricia y Neonatología del Hospital Clínico de Barcelona, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia_fetal/hidrops.pdf.

Es una afección seria que ocurre cuando se acumulan cantidades anormales de líquido en dos o más zonas del cuerpo de un feto o recién nacido. Es un síntoma de problemas subyacentes. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007308.htm>.

⁷² N.T. N° 022-MINSA/DGSP-V.02. NORMA TÉCNICA DE SALUD PARA LA GESTIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA. VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS. VI.1. ESTRUCTURA DE LA HISTORIA CLÍNICA. VI.1.2. FORMATOS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

VI.1.2.1. Formatos Básicos
4. Formatos de Hospitalización.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

correspondía con su cuadro clínico⁷³.

"EVOLUCIÓN MÉDICA

(...)

06-12-14 10:00 Dolor en menor intensidad
(...)
Se explica Plan de Trabajo (...)."

(...)

10-12-14 7:00 (...) Ecografía (...) concluyó:
1. Gestación única activa de 14 sem.
2. Hidrops generalizada.
3. Malformación fetal.

Se explica diagnóstico a paciente, esposo.

Se plantea amniocentesis (...) y estudio genético.

Se hace orden para verificar cobertura de procedimiento.

Plan de Trabajo:

- Amniocentesis.
- Alta.
- TORCH pendiente resultados. (...)" (Subrayado agregado).

90. En consecuencia, se aprecia que Clínica El Golf cumplió con brindar información a la denunciante sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que su embarazo conllevaba.
91. A mayor abundamiento, cabe precisar que la propia señora [REDACTED] señaló, a través de su escrito de denuncia, que cada vez que recibía atención médica del Dr. Almeyda, este último le informaba cuál era el diagnóstico de sus cuadros clínicos.
92. Por lo antes expuesto, corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, respecto a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciada brindó tal información a la denunciante.

(...)

Plan de Trabajo.

- Exámenes de ayuda diagnóstica.
- Procedimientos médico-quirúrgicos.
- Interconsultas.

⁷³ Ver las fojas 48 y 50 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

3.4. Medida correctiva

93. 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 complementarias⁷⁴.
94. 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 administrativa⁷⁵, mientras que las complementarias tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que, en el futuro, ésta se produzca nuevamente⁷⁶.
95. En la presente instancia, se ha verificado que Clínica El Golf infringió lo establecido en los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.
96. Por ello, esta Sala considera que corresponde ordenar a Clínica El Golf, en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores.

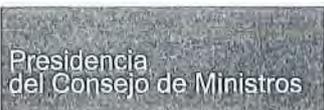
3.5. Graduación de la sanción

97. El artículo 110° del Código establece que el Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108° con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), las cuales son calificadas en leves,

⁷⁴ 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.

⁷⁵ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL 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 infractor lo siguiente:
(...)

⁷⁶ 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 (...).



graves y muy graves⁷⁷.

98. Igualmente, el artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la autoridad administrativa podrá considerar el beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción, su probabilidad de detección, el daño resultante de la infracción y los efectos que la misma pudiese 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 autoridad administrativa⁷⁸.

⁷⁷ LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°. Sanciones administrativas. El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (...).

⁷⁸ LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°. Criterios de graduación de las sanciones administrativas. Al graduar la sanción, el órgano resolutorio 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.

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.
2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.
3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.
4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.
5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.
3. En los procedimientos de oficio promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.



99. Cuando la autoridad administrativa imponga sanciones, debe considerar la proporción entre los medios utilizados y los fines públicos que debe tutelar. De esta manera, el mencionado principio implica que el acto administrativo debe tener justificación, estableciéndose una relación lógica entre el hecho que motiva la sanción, el objetivo que se busca conseguir y el medio utilizado a tal efecto.
100. Asimismo, a efectos de graduar la sanción a imponer, la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora, el de razonabilidad, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones⁷⁹.
101. En el presente caso, se ha revocado la resolución venida en grado en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante; y, reformándola, se revocó fundada la misma, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente tal solicitud.
102. Al respecto, esta Sala considera que los siguientes criterios deben ser analizados a fin de graduar la sanción:
- (i) Beneficio ilícito esperado u obtenido por el proveedor: se corresponde con el ahorro o ventaja económica que obtuvo Clínica El Golf por no haber adoptado las medidas pertinentes para tramitar correctamente la

- d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
- e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
- f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

79

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230°. Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante y, en concreto, ponerla en conocimiento del médico tratante;

- (ii) La probabilidad de detección de la infracción: la misma que es alta, toda vez que, ante la omisión de tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico presentadas, un consumidor denunciaría fácilmente este hecho ante la autoridad correspondiente, toda vez que limita su derecho a la salud y a recibir un servicio médico idóneo;
- (iii) el daño ocasionado al denunciante: se configuró a través de la defraudación de las expectativas legítimas de la denunciante a que se tramite debidamente su solicitud de aborto terapéutico, con la finalidad de que su médico tratante advierta si su embarazo ponía en riesgo su vida o causaba un grave y permanente daño en su salud;
- (iv) los efectos negativos al mercado: este tipo de conductas generan desconfianza en los consumidores respecto de los proveedores que brindan servicios de salud, en tanto los consumidores esperan legítimamente que aquellos tramiten debidamente las solicitudes de aborto terapéuticos presentadas.

103. Adicionalmente, esta Sala considera conveniente resaltar que la conducta de la denunciada da cuenta de la falta de idoneidad en el marco de un servicio que está directamente relacionado con la vida y salud de los consumidores, bienes jurídicos que se encuentran reconocidos constitucionalmente⁸⁰ y cuya protección ha sido expresamente recogida en diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, tal como en la Sentencia del 19 de diciembre de 2007, expedida en el marco de la demanda de habeas corpus sobre el derecho a la vida e integridad personal, tramitada bajo Expediente 6057-2007-PHC/TC:

"(...) El derecho a la vida, a la integridad personal y a la salud (...)

- 6. *El derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No sólo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico. Y el derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad personal. Tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así, en una condición indispensable para*

⁸⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

- 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

7. *De acuerdo al inciso 1, del artículo 2° de la Constitución la integridad personal se divide en tres planos: físico, psíquico y moral. Con respecto al plano físico ha precisado este Tribunal Constitucional (Exp. N° 2333-2004/HC) que la integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.*
8. *También tiene dicho este Tribunal Constitucional (Exp. N° 2945-2003/AA) que la salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos 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 proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.*

Agrega, que 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 proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. (...)"

104. Sancionar la existencia de una infracción por falta de idoneidad en la prestación de servicios médicos resulta de especial importancia toda vez que permite crear incentivos para que instituciones médicas y profesionales de la salud, desarrollen una labor diligente, transparente, y acorde con los parámetros de corrección y eficiencia que deben regir el actuar de todos los agentes en general. Caso contrario, habría una distorsión en el mercado y con ello de la economía, lo cual podría generar severos daños para la sociedad en su conjunto.
105. Ello, en la medida que tales criterios resultan pertinentes a fin de cumplir la finalidad desincentivadora en la realización de una conducta infractora como



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

la detectada en el presente procedimiento.

106. Así, en virtud de los factores analizados, corresponde imponer a Clínica El Golf una multa de veinte (20) UIT por la infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.

3.6. Sobre el pago de las costas y costos del procedimiento

107. El artículo 7° del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, dispone que constituye una potestad de la autoridad administrativa ordenar el pago de los costos y costas en que hubiera incurrido el denunciante o el Indecopi⁸¹.
108. Al haberse acreditado la infracción cometida por Clínica El Golf, en el extremo referido al incumplimiento de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante, esta Sala considera que corresponde ordenar a dicha denunciada que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, cumpla con pagar a la denunciante las costas del procedimiento, que a la fecha ascienden a la suma de S/ 36,00⁸².
109. Asimismo, de considerarlo pertinente, la denunciante podrá solicitar, ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 1, el reembolso de los costos en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberá presentar una solicitud de liquidación de costos.

3.7. De la inscripción de Clínica El Golf en el RIS

110. De acuerdo a lo establecido en el artículo 119° del Código⁸³, los proveedores

⁸¹ Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley 30056, publicada el 02 julio 2013, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 7°. Pago de costas y costos. En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable. (...)

⁸² Tasa correspondiente al derecho de presentación de la denuncia.

⁸³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 119°.- Registro de infracciones y sanciones.** El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.



que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados en el RIS del Indecopi por el lapso de cuatro (4) años, contado a partir de la fecha de dicha resolución.

111. Por lo tanto, al haberse acreditado, ante esta instancia, que Clínica El Golf incurrió en infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante, corresponde disponer la inscripción de dicho proveedor en el RIS al que se refiere el artículo 119° del Código.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 2243-2016/CC1 del 26 de octubre de 2016, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora [REDACTED] [REDACTED] contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica).

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 y de la Resolución 2243-2016/CC1, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre el hecho de que Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. haya: (a) omitido responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitido convocar a una Junta Médica; (c) omitido incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) omitido realizar el procedimiento de aborto terapéutico. Ello, en tanto dichas conductas estaban subsumidas en el extremo imputado referido a que Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. no haya tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la señora [REDACTED].

TERCERO: Revocar la Resolución 2243-2016/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora [REDACTED] contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante; y, reformándola, declarar fundada la misma, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente tal solicitud.

CUARTO: Confirmar la Resolución 2243-2016/CC1, en el extremo que declaró



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

infundada la denuncia interpuesta por la señora [REDACTED] contra Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciada brindó tal información a la denunciante.

QUINTO: Ordenar a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores.

SEXTO: Sancionar a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. con una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias, por infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.

SÉPTIMO: Condenar a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. al pago de las costas y los costos del procedimiento⁸⁴.

OCTAVO: Disponer que la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor registre a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, por infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Alejandro José Rospigliosi Vega, Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.


JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Presidente

⁸⁴ Las reglas para el reconocimiento del pago de las costas y costos del procedimiento y el uso de medios de pago se encuentran desarrollados en la Resolución 2964-2011/SC2-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

El voto en singular de la señora vocal Ana Asunción Ampuero Miranda, respecto del fondo en el extremo referido a la no tramitación de la solicitud de gestión, es el siguiente:

La vocal que suscribe difiere de los fundamentos del voto de la mayoría en el extremo que revocó la Resolución 2243-2016/CC1 del 26 de octubre de 2016, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Comisión), respecto a la no tramitación de la solicitud de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la señora [REDACTED] (en adelante, la señora [REDACTED]). Sustento mi posición en los siguientes argumentos:

1. En su denuncia, la señora [REDACTED] señaló que, en octubre de 2014, su médico tratante le indicó que estaba embarazada; siendo que, posteriormente tuvo una amenaza de aborto y se le indicó que el feto evidenciaba defectos cromosómicos. Finalmente, señaló que el 18 de diciembre de 2014 presentó una solicitud de aborto terapéutico ante el Director Médico de la Clínica El Golf en la medida que su embarazo venía generándole un severo daño a su salud mental; sin embargo, la misma no fue tramitada debidamente en atención a lo establecido por la "Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal" (en adelante, la Guía Técnica).
2. La Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en el extremo referido a la no tramitación de la solicitud de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la denunciante. El órgano resolutorio de primera instancia fundamentó su decisión en que tal solicitud fue presentada directamente por la señora Borgoño y no, conforme lo establecía la Guía Médica, por su médico tratante⁸⁵.
3. En su apelación, la señora [REDACTED] alegó que Clínica El Golf tardó cuarenta y tres (43) días en responder su solicitud de aborto terapéutico y que omitió valorar, al pronunciarse respecto a tal solicitud, su estado de salud mental. Finalmente, alegó que la Guía Técnica no establecía un procedimiento específico para el supuesto en el cual el médico tratante -como sucedió en el presente caso- considere que el embarazo no debía ser interrumpido.

⁸⁵ Al respecto, ver la fundamentación contenida entre los considerandos 36 y 48 de la resolución impugnada.



4. En el presente caso, no es una cuestión controvertida que el 17 de octubre de 2014 la señora [REDACTED] acudió a la Clínica El Golf y fue atendida por el doctor Luis Alberto Almeyda Castro (en adelante, el Dr. Almeyda), especialista en ginecología. Tampoco se encuentra en discusión que, en dicha fecha, se le indicó que estaba embarazada y se le diagnosticó amenaza de aborto, condición de salud por la cual fue atendida. Así lo acredita, además, el Informe Médico del 25 de agosto de 2015, emitido por el Dr. Almeyda, ofrecido como medio probatorio por la propia denunciada⁸⁶.
5. En concordancia con lo anterior, cabe precisar que obra en el expediente una copia de la Historia Clínica de la denunciante, de cuya revisión se advierte que la señora [REDACTED] permaneció hospitalizada en la Clínica El Golf desde el 4 hasta el 10 de diciembre de 2014, pues presentó complicaciones en su embarazo (dolor pélvico y sangrado vaginal). En aquella oportunidad, el diagnóstico final fue amenaza de aborto⁸⁷, embarazo de alto riesgo⁸⁸, e hidrops fetal⁸⁹.
6. Por otro lado, es oportuno mencionar que obran en el expediente los informes de las ecografías practicadas a la señora [REDACTED] en la Clínica El Golf los días 21 de noviembre y 4 y 9 de diciembre de 2014, cuyos resultados sugerían descartar: (i) Alteración cromosómica del feto; (ii) Compromiso infeccioso; y, (iii) Cardiopatía congénita⁹⁰.
7. De los medios probatorios antes citados se advierte, por un lado, que el embarazo de la señora [REDACTED] se calificó desde el inicio como de "alto


⁸⁶ Ver la foja 318 del expediente.

⁸⁷ La amenaza de aborto es un estado que sugiere que se podría presentar un aborto espontáneo. Esto puede suceder antes de la semana 20 del embarazo. Pequeñas caídas o estrés durante el primer trimestre de embarazo pueden causarlo. Se presenta en casi la mitad de todos los embarazos. La probabilidad de un aborto espontáneo es más alta en mujeres mayores. Cerca de la mitad de las mujeres que presentan sangrado en el primer trimestre sufrirá un aborto espontáneo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000907.htm>.

⁸⁸ Un embarazo de alto riesgo es un embarazo que amenaza la salud o la vida de la madre o el feto. Información obtenida de la página web del Instituto Nacional de la Salud Infantil y Desarrollo Humano Eunice Kennedy Shriver, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.nichd.nih.gov/espanol/salud/temas/pregnancy/informacion/Pages/riesgo.aspx>.

⁸⁹ El hidrops se define como la presencia anormal de líquido seroso en al menos dos compartimentos fetales (derrame pericárdico, derrame pleural, ascitis, edema subcutáneo). Información tomada de la Guía Clínica del Instituto Clínico de Ginecología, Obstetricia y Neonatología del Hospital Clínico de Barcelona, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://medicinafetalbarcelona.org/clinica/images/protocolos/patologia_fetal/hidrops.pdf.

Es una afección seria que ocurre cuando se acumulan cantidades anormales de líquido en dos o más zonas del cuerpo de un feto o recién nacido. Es un síntoma de problemas subyacentes. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007308.htm>.

⁹⁰ Ver las fojas 64, 76 y 77 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

riesgo” debido a las amenazas de aborto que presentó señaladas en la historia clínica y, por otro lado, que los resultados ecográficos daban cuenta de una probable alteración cromosómica, compromiso infeccioso y cardiopatía congénita del feto, motivo por el cual se sugirió la realización de exámenes adicionales (amniocentesis, perfil TORCH, ecocardiografía).

8. La situación antes descrita habría generado, según señaló la denunciante, problemas en su salud mental, motivo por el cual, al día siguiente de haber sido dada de alta de la clínica, acudió a consulta con la doctora Marta Beatriz Rondón Rondón (en adelante, la Dra. Rondón)⁹¹.
9. Al respecto, obra en el expediente la carta de fecha 18 de diciembre de 2014⁹², a través de la cual la propia señora [REDACTED] solicitó, ante la dirección médica de la Clínica El Golf, que se le practique un procedimiento de aborto terapéutico. Es oportuno mencionar que, mediante dicha comunicación, la denunciante señaló que su médico tratante -el Dr. Almeyda- ya había determinado previamente que no correspondía llevar a cabo ningún procedimiento de aborto; sin embargo, ella no estaba de acuerdo con tal opinión:

“(…)

Yo, [REDACTED] (...); solicito procedimiento para la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas en el marco del artículo 119 del Código Penal.
(…)

Que, al conocer el diagnóstico de mi embarazo conversé con el Dr. Luis Almeyda, mi médico tratante, y me manifestó que mi gestación es riesgosa y que tiene pocas posibilidades de éxito; sin embargo, no consideraba que existiera una situación que pusiera en riesgo mi salud por lo que no podía solicitar la interrupción legal del embarazo. Además, me refirió que en la Clínica El Golf no podían ayudarme y que solo en el Instituto Materno Perinatal podrían hacerlo.

Que, esta situación me está generando distintas afectaciones a mi salud tanto física como mentales, es así que estuve internada del 4 al 10 de diciembre en sus instalaciones por presentar amenaza de aborto, incurri en gastos excesivos y mi situación no ha mejorado, todo lo contrario.

Que, al ver que mi situación de salud no mejora y que no encuentro salidas efectivas y garantistas de mi derecho a la salud en el servicio de ginecología de la Clínica, acudí a otros servicios de salud.

Que, como persona consciente de que esta situación está afectando severamente mi salud física y salud mental, acudí a consulta médica con la Psiquiatra Dra. Marta B. Rondón, con CMP 19614 - RNE8909, y ella me diagnostica “depresión recurrente (F33) con reacción de adaptación al estrés (F.34.2), aparentemente desencadenadas por la presente gestación. Esta depresión cursa con ideación suicida (...). Por lo anterior, considero que existen criterios para considerar que la afectación de la salud mental de la paciente ameritaría una interrupción de la presente gestación, ya que esta supone un riesgo severo para la salud de la paciente”. (...).

⁹¹ Ver la foja 27 del expediente.

⁹² Ver las fojas 24, 25 y 26 del expediente.



Sin otro particular y esperando atienda a mi solicitud de acuerdo al marco legal vigente me despido de usted. (...). (Subrayado y resaltado agregados).

10. También obra en el expediente el reclamo de fecha 17 de enero de 2015 (Hoja de Reclamación N° 003447) que la señora [REDACTED] presentó en el libro de reclamaciones de Clínica El Golf⁹³, y a través del cual manifestó su malestar por no haberse cumplido con responder su solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014.
11. Por otro lado, obra en el expediente la copia del correo electrónico del 30 de enero de 2015, enviado por Clínica El Golf a la señora [REDACTED], en respuesta a la solicitud presentada por esta última. A través de dicha comunicación, reproducida textualmente a continuación, la denunciada informó a la denunciante que su médico tratante determinó, con fecha 21 de noviembre de 2014, que no correspondía ejecutar el procedimiento de aborto terapéutico:

"(...) Estimada Sra. [REDACTED]

*La presente tiene por finalidad saludarla cordialmente y dar respuesta al reclamo presentado en el libro de reclamaciones N° 3347, y su carta enviada a nuestra institución en relación a su solicitud, sobre la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo.
(...)*

En dicho sentido, según informa su médico tratante, el Dr. Luis Almeyda, en su última evaluación que fue el día 21 de noviembre del 2014, el diagnóstico fue Supervisión de Embarazo de Alto Riesgo, en ese momento, su embarazo NO PONÍA en riesgo la vida de la madre.

Asimismo, indica que usted fue informada sobre su diagnóstico, pronóstico y riesgos graves para su salud, así como la posición de nuestra institución sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Por tanto, luego de una profunda revisión de su Historia Clínica por parte de la Dirección Médica y complementando con el Informe solicitado al médico tratante (Dr. Almeyda), procedemos a comunicarle que no encontramos sustento a su solicitud. (...). (Subrayado agregado).

12. Sobre el particular, cabe precisar que en el presente caso no corresponde discutir si se aplicó correctamente o no la Guía Técnica al caso de la denunciante, ya que, al haber presentado su solicitud ante el Director Médico de Clínica El Golf y no ante su médico tratante, la denunciante ha colocado la misma fuera de lo contemplado en el procedimiento establecido en la Guía Técnica ya que, conforme a esta, tal procedimiento no se inicia con la petición de la solicitante, sino que primero el médico tratante (Dr. Almeyda) debe considerar el procedimiento de interrupción de embarazo como una opción e informarlo a la paciente. De hecho, en el presente caso, no es un hecho controvertido que el médico tratante no lo consideró pertinente para el caso de la denunciante y que luego de las atenciones brindadas y

⁹³ Ver las fojas 24, 25 y 26 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

- reconocidas a la denunciante, no obra evidencia de que haya habido nuevo contacto directo con él a efectos de poner en su conocimiento el diagnóstico emitido por la Dra. Rondón con el fin de que reevalúe la condición de su paciente y, con ello, su diagnóstico inicial sea para confirmarlo o cambiarlo.
13. En otras palabras, la denunciante presentó su solicitud ante una persona distinta a su médico tratante (ante el Director Médico según la solicitud presentada por la señora [REDACTED] que obra en el expediente) adjuntando un certificado emitido en consulta particular por un médico de distinta especialidad a la de su médico tratante cuyo contenido, oportunidad de emisión o alcances, no pueden ser materia de análisis en el presente procedimiento ya que el certificado no muestra evidencia de la Dra. Rondón forme parte del personal de Clínica El Golf, que es la parte denunciada, por lo que sus acciones no pueden ser atribuidas a esta última, siendo que, la Dra. Rondón tampoco ha sido denunciada en el presente procedimiento.
 14. Por lo expuesto, la solicitud presentada por la denunciante se encontraba fuera del marco de la atención de salud por seguimiento de su embarazo a cargo de su médico tratante (Dr. Almeyda). En efecto, si la denunciante buscaba que su médico tratante reconsiderara la opinión vertida previamente sobre su caso, en el marco de una consulta médica pudo mostrar el certificado que adjuntó en su solicitud. Sin embargo, no fue el camino elegido por la denunciante y no corresponde evaluar las razones de ello en el presente procedimiento.
 15. Sin perjuicio de lo anterior, aunque no corresponde analizar el presente caso como un incumplimiento de la normativa sectorial de salud, la vocal que suscribe el presente voto, considera que, atendiendo a la imputación de cargos realizada, la tramitación de la solicitud denunciada como indebida por la señora [REDACTED], debe ser analizada considerando a la misma como una solicitud de gestión y desde esa perspectiva, determinar si la denunciada estaba obligada, en atención al deber de idoneidad con el que debe prestar sus servicios, a brindar una respuesta a la denunciante frente a la misma presentada el día 18 de diciembre de 2014.
 16. En este punto, corresponde efectuar una precisión respecto a los distintos tipos infractores que se pueden derivar del contenido de una carta que un consumidor presenta al proveedor. Así, nos encontraremos frente a un reclamo cuando las misivas remitidas por el consumidor tengan por finalidad solicitar al proveedor que rectifique un error o se abstenga de realizar ciertas actuaciones que estarían afectando sus intereses. Asimismo, las comunicaciones podrán ser calificadas como solicitudes de gestión, cuando a través de ellas, el consumidor pretenda que el proveedor ejecute una prestación de dar, hacer o no hacer distinta a la sola transmisión de

M-SPC-13/1B

48/51



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

- determinada información. Finalmente, los requerimientos de información buscan únicamente que el proveedor traslade de manera clara y oportuna al consumidor cierta información, la misma que deberá ser relevante y pertinente respecto a la relación de consumo existente.
17. En tal sentido, no corresponde exigir que el proveedor brinde respuesta a una solicitud de gestión cuando haya accedido a lo pedido por el consumidor; sin embargo, sí resulta razonable que, ante la negativa de lo solicitado, el proveedor informe al consumidor sobre tal decisión⁹⁴.
 18. En el presente caso, tal como se ha señalado en los párrafos precedentes, la denunciante solicitó al Director Médico de la denunciada la realización de un procedimiento quirúrgico⁹⁵, es decir, la denunciante pretendía que el proveedor ejecutase una prestación, por lo que debió obtener una respuesta dentro del plazo razonable.
 19. Respecto al plazo con el que cuenta el proveedor para responder las solicitudes de gestión, cabe precisar que, si bien el Código no establece en cuántos días debe atenderse dicho requerimiento, ello debe realizarse dentro de un plazo razonable. Para tales efectos se toma como parámetro de referencia temporal el plazo fijado para dar respuesta a los reclamos, el cual es de treinta (30) días calendario⁹⁶, siendo que tal término variará en función a la complejidad de los requerimientos efectuados por el consumidor.
 20. Sin embargo, de la revisión de los actuados, se advierte que el correo electrónico del 30 de enero de 2015, a través del cual Clínica El Golf dio respuesta a la solicitud de fecha 18 de diciembre de 2014, fue puesta en conocimiento de la señora [REDACTED] de manera extemporánea, más allá del plazo de treinta (30) días calendario.
 21. Por lo antes expuesto, considero que corresponde revocar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, respecto a la no tramitación de la solicitud

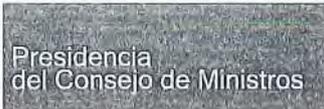
⁹⁴ Ver Resolución 0188-2015/SPC-INDECOPI del 21 de enero de 2015, recaída en el expediente 252-2013/CPC-INDECOPI-AQP.

⁹⁵ Ver de la foja 24 a la foja 26 del expediente.

⁹⁶ **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 puede ser extendido por otro igual cuando la naturaleza del reclamo lo justifique, situación que es puesta en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial.

(...)



de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la denunciante; y, reformándola, declarar fundada la misma, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente tal solicitud.

Voto en discordia respecto de la sanción impuesta a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. (en adelante, Clínica El Golf) en el extremo referido a la no tramitación de la solicitud de gestión:

22. Finalmente, considero que los criterios que deben ser analizados a fin de graduar la sanción son los siguientes:
- (i) Beneficio ilícito esperado u obtenido por el proveedor: se corresponde con el ahorro o ventaja económica que obtuvo Clínica El Golf por no haber adoptado las medidas pertinentes para brindar respuesta a las solicitudes de gestión que presenten sus consumidores;
 - (ii) La probabilidad de detección de la infracción: la misma que es alta, toda vez que, ante la omisión de tramitar debidamente las solicitudes de gestión, un consumidor denunciaría fácilmente este hecho ante la autoridad correspondiente, toda vez que limita su derecho a recibir un servicio idóneo;
 - (iii) el daño ocasionado al denunciante: se configuró a través de la defraudación de las expectativas legítimas de la denunciante a que se tramite debidamente su solicitud de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014;
 - (iv) los efectos negativos al mercado: este tipo de conductas generan desconfianza en los consumidores respecto de los proveedores que brindan servicios de salud, en tanto los consumidores esperan legítimamente que aquellos tramiten debidamente las solicitudes de gestión presentadas.
23. Ello, en la medida que tales criterios resultan pertinentes a fin de cumplir la finalidad desincentivadora en la realización de una conducta infractora como la detectada en el presente procedimiento.
24. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que, en atención de los principios de predictibilidad⁹⁷ y razonabilidad⁹⁸ que orientan el procedimiento

⁹⁷ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad. La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1884-2017/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 563-2015/CC1

administrativo, el monto de la multa a ser impuesta debe ser congruente con otras sanciones establecidas en procedimientos relacionados. Así, es importante destacar que, en procedimientos anteriores, iniciados contra aquellos proveedores que no cumplieron con brindar respuesta a las solicitudes de gestión presentadas por sus consumidores⁹⁹, la Sala ha impuesto multas en base a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (en adelante, UIT).

25. En consecuencia, en virtud de los factores analizados, corresponde imponer a Clínica El Golf una multa de una (1) UIT por la infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en el extremo referido a la no tramitación de la solicitud de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014.


ANA ASUNCIÓN AMPUERO MIRANDA

momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables

⁹⁸ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230°. Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

⁹⁹ Al respecto, véase, por ejemplo, la Resolución 3675-2016/SPC-INDECOPI del 3 de octubre de 2016, la Resolución 4324-2016/SPC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2016, la Resolución 1533-2017/SPC-INDECOPI del 26 de abril de 2017, y la Resolución 1608-2017/SPC-INDECOPI del 2 de mayo de 2017.

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

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : PAOLA VANESSA BORGOÑO SALAZAR

DENUNCIADA : SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN HOSPITALARIA
S.A.C.

MATERIAS : ENMIENDA
AMPLIACIÓN
ACLARACIÓN

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE ATENCIÓN DE LA SALUD
HUMANA

SUMILLA: Se declara improcedente el pedido de enmienda formulado por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar respecto de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, toda vez que su pedido no se dirige a lograr la rectificación de algún error material contenido en dicho pronunciamiento.

Asimismo, se declara improcedente el pedido de ampliación formulado por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar respecto de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, toda vez que su pedido no se dirige a lograr que este Colegiado se pronuncie sobre alguno de los puntos controvertidos no abordados en tal pronunciamiento.

Finalmente, se declara improcedente el pedido de aclaración formulado por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar respecto de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, toda vez que su pedido no se dirige a lograr que este Colegiado explique algún concepto oscuro o dudoso expresado en dicho pronunciamiento.

Lima, 6 de julio de 2017

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 27 de mayo de 2015, la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar (en adelante, la señora Borgoño) denunció a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C.¹ (en adelante, Clínica El Golf) ante la Comisión de Protección al Consumidor - Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Comisión), por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando que:
 - (i) El 17 de octubre de 2014 acudió a la Clínica El Golf a fin de recibir atención médica en la especialidad de ginecología, pues presentó un sangrado vaginal y náuseas;

¹ Identificado con RUC 20507264108 y con domicilio fiscal en Av. Aurelio Miró Quesada 1030, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima. Información obtenida del enlace: <http://www.sunat.gob.pe>.

- (ii) fue atendida por el doctor Luis Alberto Almeyda Castro (en adelante, el Dr. Almeyda), quien le indicó que tenía aproximadamente seis (6) semanas de gestación. Asimismo, le diagnosticó hiperémesis gravídica leve²;
- (iii) el 21 de octubre de 2014 acudió nuevamente a la Clínica El Golf pues presentó dolor pélvico, y el 21 de noviembre de ese mismo año, luego de ser sometida a nuevos exámenes ecográficos, se le indicó que su embarazo era riesgoso pues se evidenciaba que el feto padecía de síndrome de Turner³;
- (iv) debido a que dicha situación ponía en riesgo su vida, solicitó al Dr. Almeyda que interrumpa su embarazo; sin embargo, el citado médico indicó que ello no era posible en la medida que la patología existente no afectaba la vida de la gestante;
- (v) el 4 de diciembre de 2014, presentó un sangrado vaginal abundante. En la Clínica El Golf le diagnosticaron *amenaza de aborto y alto riesgo obstétrico*, siendo hospitalizada. Inmediatamente después, se le practicó un examen preoperatorio, de riesgo quirúrgico y una ecografía pélvica, cuya finalidad no le fue explicada;
- (vi) el 9 de diciembre de 2014, le entregaron un informe de la última ecografía realizada, la cual concluía, entre otras cosas, lo siguiente: el cráneo del feto presentaba un edema⁴ generalizado y el corazón impresionaba una hipoplasia izquierda⁵; sugiriéndole descartar alteración cromosómica con amniocentesis⁶ y un compromiso infeccioso a través de un perfil TORCH⁷. Fue dada de alta el 10 de diciembre de 2014;

² La hiperémesis gravídica es la presencia de vómitos y náuseas intensos y persistentes durante el embarazo. Pueden llevar a la deshidratación, pérdida de peso y desequilibrios electrolíticos. La afección puede suceder en cualquier embarazo, pero es ligeramente más probable en caso de estar esperando gemelos (o más bebés) o si tiene una mola hidatiforme. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001499.htm>.

³ El síndrome de Turner es un trastorno genético que afecta el desarrollo de las niñas. La causa es un cromosoma X ausente o incompleto. Las niñas que lo presentan son de baja estatura y sus ovarios no funcionan en forma adecuada. La mayoría de las mujeres con síndrome de Turner son infértiles, corren el riesgo de tener problemas de salud como hipertensión arterial, problemas renales, diabetes, cataratas, osteoporosis y problemas tiroideos. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/turnersyndrome.html>.

⁴ Edema significa hinchazón causada por la acumulación de líquido en los tejidos del cuerpo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/edema.html>.

⁵ El corazón izquierdo hipoplásico es un raro tipo de cardiopatía congénita. Ocurre cuando partes del lado izquierdo del corazón (válvula mitral, válvula aórtica, ventrículo izquierdo y aorta) no se desarrollan por completo. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001106.htm>.

⁶ La amniocentesis (también llamada "amnio") es una prueba prenatal común utilizada para diagnosticar ciertos defectos de nacimiento y trastornos genéticos. Información tomada de la página web de la Fundación de Niños con Defectos de Nacimiento March of Dimes, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://nacersano.marchofdimes.org/embarazo/amniocentesis.aspx>.

⁷ El perfil TORCH es un grupo de exámenes de sangre que sirven para evaluar algunas infecciones diferentes en un recién nacido. TORCH corresponde a las iniciales en inglés de toxoplasmosis, rubéola citomegalovirus, herpes

- (vii) el 11 de diciembre de 2014, acudió al consultorio médico de la doctora Marta Beatriz Rondón Rondón (en adelante, la Dra. Rondón), especialista en psiquiatría, quien le diagnosticó depresión recurrente con reacción de adaptación al estrés, y le indicó que su gestación suponía un riesgo severo para su salud mental;
- (viii) el 13 de diciembre de 2014, acudió al Instituto Nacional Materno Perinatal (en adelante, el Instituto Perinatal) a fin de que se le realice un nuevo examen ecográfico, el cual concluyó que el feto presentaba malformaciones congénitas compatibles con probable cromosomopatía;
- (ix) el 18 de diciembre de 2014, presentó ante la Clínica El Golf una solicitud de aborto terapéutico, en atención a lo establecido por la Resolución Ministerial 486-2014-MINSA, que aprobó la “Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal” (en adelante, la Guía Técnica);
- (x) pese a lo anterior, la denunciada no cumplió con convocar a la Junta Médica que se encargaría de evaluar su caso, y mucho menos cumplió con atender su solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido en la Guía Técnica;
- (xi) ante ello, optó por acudir el 26 de diciembre de 2014 al Instituto Perinatal, lugar en donde se le practicó un aborto con fines terapéuticos;
- (xii) mediante correo electrónico del 30 de enero de 2015, Clínica El Golf le comunicó que había sido informada sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos que su embarazo implicaba; sin embargo, ello no era cierto;
- (xiii) luego de revisar su Historia Clínica advirtió que en ella no se consignó su solicitud de aborto terapéutico; y,
- (xiv) la denunciante solicitó que se ordene a Clínica El Golf el cumplimiento de las siguientes medidas correctivas:
 - abstenerse de ejercer cualquier práctica que constituya una conducta discriminatoria en perjuicio de sus consumidores, generadas a consecuencia de las solicitudes de aborto presentadas por estos últimos;
 - implemente, en el plazo más breve posible, el procedimiento de aborto terapéutico previsto en la Guía Técnica, e informe de ello a la autoridad administrativa;
 - capacite a su personal respecto al adecuado cumplimiento del procedimiento previsto en la Guía Técnica;

simple y VIH. Información obtenida de la página web de Medline Plus, un servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU., disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003350.htm>.

- emita un comunicado público a través del cual se disculpe con la denunciante por no haberle practicado el procedimiento de aborto terapéutico; y,
 - devuelva, a favor de la señora Borgoño, los gastos incurridos al someterse a un procedimiento de aborto terapéutico en el Instituto Perinatal.
2. Mediante Resolución 2243-2016/CC1 del 26 de octubre de 2016, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) del Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica);
 - (ii) declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, en el extremo referido a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante, al haberse acreditado que la denunciada no estaba obligada a: (a) responder tal solicitud dentro del plazo establecido; (b) convocar una Junta Médica para efectuar su evaluación; (c) incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) realizar el procedimiento de aborto terapéutico;
 - (iii) declaró infundada la denuncia interpuesta contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en el extremo referido a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciada brindó tal información a la denunciante; y,
 - (iv) desestimó la solicitud de medidas correctivas y de pago de costas y costos presentadas por la denunciante.
3. Ante el recurso de apelación interpuesto por la señora Borgoño contra la Resolución 2243-2016/CC1, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala), en mayoría⁸, emitió la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI del 6 de junio de 2017, a través de la cual:
- (i) Confirmó la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1 literal b); 2°; y, 67° numeral 4 literal b) del

⁸ Es oportuno mencionar que la vocal Ana Asunción Ampuero Miranda emitió un voto singular respecto del fondo, en el extremo referido a la no tramitación de la solicitud de gestión de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la denunciante. Ello, en tanto consideraba que correspondía revocar, aunque por distintos fundamentos a los del voto en mayoría, la resolución venida en grado en tal extremo. Finalmente, la citada vocal emitió un voto en discordia respecto a la sanción que correspondía imponerle a Clínica El Golf por dicha infracción.

- Código, al haberse acreditado que la denunciada brindó información a la denunciante sobre la finalidad de los exámenes practicados (preoperatorio, riesgo quirúrgico y ecografía pélvica);
- (ii) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1 y de la Resolución 2243-2016/CC1, en el extremo que imputó y se pronunció, respectivamente, sobre el hecho de que Clínica El Golf haya: (a) omitido responder la solicitud de aborto terapéutico dentro del plazo establecido; (b) omitido convocar a una Junta Médica; (c) omitido incluir dicha solicitud en la Historia Clínica; y, (d) omitido realizar el procedimiento de aborto terapéutico. Ello, en tanto dichas conductas estaban subsumidas en el extremo imputado referido a que Clínica El Golf no haya tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la señora Borgoño;
 - (iii) revocó la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, respecto a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante; y, reformándola, declaró fundada la misma, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente tal solicitud. Asimismo, le impuso a la denunciada una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT);
 - (iv) confirmó la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Clínica El Golf por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, respecto a la omisión de brindar información sobre el diagnóstico, pronóstico y riesgos graves que el embarazo de la paciente conllevaba, al haberse acreditado que la denunciada brindó tal información a la denunciante;
 - (v) ordenó a Clínica El Golf, en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores; y
 - (vi) condenó a Clínica El Golf al pago de las costas y los costos del procedimiento, y dispuso su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, el RIS). (Subrayado agregado).
4. El 23 de junio de 2017, la señora Borgoño presentó un escrito a través del cual manifestó lo siguiente:
- (i) Debía rectificarse el error material del numeral séptimo de la parte resolutive de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, ya que la Sala omitió consignar que Clínica El Golf debía devolverle los gastos incurridos al someterse a un procedimiento de aborto terapéutico en el Instituto Perinatal;
 - (ii) debía ampliarse la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI toda vez que la Sala solo ordenó en calidad de medida correctiva, que Clínica El Golf cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico

- formuladas por sus consumidores; y,
- (iii) debía aclararse la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI en el extremo de la medida correctiva ordenada, ya que la misma no determinaba, en concreto, las conductas a las que estaba obligada Clínica El Golf.

ANÁLISIS

(i) Sobre la solicitud de enmienda

5. En su escrito del 23 de junio de 2017, la recurrente señaló que debía rectificarse el error material del numeral séptimo de la parte resolutive de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, ya que la Sala omitió consignar que Clínica El Golf debía devolverle los gastos incurridos al someterse a un procedimiento de aborto terapéutico en el Instituto Perinatal.
6. El artículo 201° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece la competencia de la autoridad administrativa para pronunciarse de oficio respecto a los errores materiales de sus propias resoluciones, siempre que no se altere aspectos sustanciales de su contenido ni el sentido de la decisión⁹.
7. Asimismo, respecto a la enmienda de resoluciones, el artículo 28° del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM¹⁰, y modificado por el Decreto Supremo 107-2012/PCM, establece que la Sala puede enmendar de oficio sus resoluciones, en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo¹¹.
8. Mediante Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, esta Sala ordenó a Clínica El Golf, en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores:

⁹ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 201°. Rectificación de errores**
201.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.
201.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28°. Enmienda y aclaración de resoluciones.** Las Salas del Tribunal sólo podrán enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte, en cualquier momento, incluso en ejecución de acto administrativo, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión.

¹¹ Adicionalmente, en el artículo 28° de la citada norma se indica que procederá la enmienda de la resolución, de oficio o a petición de parte, en caso la misma contenga errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presente inexactitudes evidentes. La enmienda podrá realizarse en cualquier momento, incluso en ejecución de acto administrativo, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión.

“3.4 Medida correctiva
(...)”

95. *En la presente instancia, se ha verificado que Clínica El Golf infringió lo establecido en los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.*

96. *Por ello, esta Sala considera que corresponde ordenar a Clínica El Golf, en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores.*

(...)

RESUELVE:

(...)

QUINTO: *Ordenar a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores”.*

9. De lo antes expuesto, se advierte que la única medida correctiva que esta Sala ordenó estaba referida a que el proveedor infractor cumpla con “*tramitar debidamente [en el futuro] las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores*”, no observándose que este Colegiado haya ordenado a Clínica El Golf que cumpla con devolver a la señora Borgoño los gastos incurridos al someterse a un procedimiento de aborto terapéutico en el Instituto Perinatal.
10. Así, de la revisión de la solicitud de enmienda presentada por la recurrente, se aprecia que su pedido no tiene por finalidad que la Sala rectifique algún error material contenido en la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, sino que tiene el propósito que este Colegiado realice un nuevo análisis de aquellas circunstancias que ya han sido valoradas y juzgadas en su oportunidad, al pronunciarse sobre la infracción cometida por Clínica El Golf, referida a no haber tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico de fecha 18 de diciembre de 2014, presentada por la denunciante.
11. En otras palabras, a través de su solicitud de enmienda, la señora Borgoño estaba cuestionando situaciones de hecho a fin de que se revierta la decisión tomada y, en concreto, se ordene como medida correctiva reparadora que Clínica El Golf “*cumpla con devolver a la denunciante los gastos incurridos al someterse a un procedimiento de aborto terapéutico en el Instituto Perinatal*”.
12. No obstante, y conforme ya lo señaló esta Sala mediante Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, la medida correctiva complementaria ordenada en el caso concreto, era pertinente e idónea en función a la infracción cometida, toda vez que buscaba evitar que, en el futuro, ésta se produzca

nuevamente¹².

13. En virtud de lo expuesto, corresponde declarar improcedente el pedido de enmienda de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, formulado por la señora Borgoño, dado que su pedido no se dirige a lograr la rectificación de algún error material contenido en dicho pronunciamiento.

(ii) Sobre la solicitud de ampliación

14. En su escrito del 23 de junio de 2017, la recurrente señaló que debía ampliarse la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI toda vez que la Sala solo ordenó en calidad de medida correctiva, que Clínica El Golf cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores.
15. El artículo 27° del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM¹³, y modificado por el Decreto Supremo 107-2012/PCM, establece que la Sala es competente para pronunciarse sobre las solicitudes de ampliación de sus propias resoluciones¹⁴.
16. El artículo 28° de la norma antes señalada dispone que los pedidos de ampliación deben formularse dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución, a fin de que la Sala resuelva respecto de alguno de los puntos controvertidos no abordados en la misma¹⁵.
17. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Resolución 1884-2017/SPC-

¹² **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 (...).

¹³ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28°. Enmienda y aclaración de resoluciones.** Las Salas del Tribunal sólo podrán enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte, en cualquier momento, incluso en ejecución de acto administrativo, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión.

¹⁴ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 27°. Competencia funcional de Salas del Tribunal.** Las Salas que integran el Tribunal del INDECOPI conocerán de las causas que se le presenten, exclusivamente en los siguientes casos:
(...)
f) Solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de las resoluciones que emitan.

¹⁵ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28°. Enmienda y aclaración de resoluciones.** (...) Asimismo, procederá la ampliación, de oficio o a petición de parte, de la resolución, cuando el Tribunal no hubiere resuelto algunos de los puntos controvertidos. De igual forma, procede la aclaración, de oficio o a petición de parte, de algún concepto oscuro o dudoso expresado en la resolución, sin alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de aclaración o ampliación deberá formularse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución y el Tribunal deberá expedir la resolución correspondiente dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de formulado el pedido. La resolución de aclaración o ampliación de oficio, deberá emitirse dentro del plazo que los administrados dispongan para impugnar la resolución correspondiente.

INDECOPI fue notificada a la señora Borgoño el 20 de junio de 2017, razón por la que se concluye que el pedido de ampliación fue formulado en el plazo establecido.

18. No obstante, si bien la denunciante solicitó oportunamente que se amplíe la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI en el extremo referido a la medida correctiva ordenada (toda vez que, a decir de la señora Borgoño, esta Sala no se pronunció sobre todas las que fueron solicitadas¹⁶), lo cierto es que, conforme se señaló en el acápite anterior, la medida correctiva ordenada en el caso concreto -y no las solicitadas por la denunciante-, era pertinente e idónea en función a la infracción cometida, la cual estaba referida al hecho que Clínica El Golf no haya tramitado debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante. Ello, toda vez que el mandato impuesto por la autoridad administrativa, relacionado al hecho que la denunciada cumpla con *“tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores”*, precisamente buscaba evitar que, en el futuro, la infracción detectada se produzca nuevamente.
19. En consecuencia, de la revisión del escrito de fecha 23 de junio de 2017, presentado por señora Borgoño, se aprecia que su pedido no tiene por finalidad que la Sala amplíe la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, sino que busca que este Colegiado modifique el extremo de la medida correctiva ordenada.
20. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que las medidas correctivas solicitadas por la denunciante, alusivas al hecho que Clínica El Golf: (i) se abstenga de discriminar a sus consumidores; y, (ii) emita un comunicado público a través del cual se disculpe con la denunciante por no haberle practicado el procedimiento de aborto terapéutico, no guardaban correspondencia con la infracción cometida, ya que esta última estaba referida -según se indicó en el voto en mayoría de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI- a la omisión de Clínica El Golf de **tramitar** la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora Borgoño, omisión que se materializó al no haber puesto en conocimiento de su médico tratante la evidencia médica que daría cuenta que el embarazo de la denunciante

¹⁶ En su denuncia, la señora Borgoño solicitó que se ordene a Clínica El Golf el cumplimiento de las siguientes medidas correctivas:

- abstenerse de ejercer cualquier práctica que constituya una conducta discriminatoria en perjuicio de sus consumidores, generadas a consecuencia de las solicitudes de aborto presentadas por estos últimos;
- implemente, en el plazo más breve posible, el procedimiento de aborto terapéutico previsto en la Guía Técnica, e informe de ello a la autoridad administrativa;
- capacite a su personal respecto al adecuado cumplimiento del procedimiento previsto en la Guía Técnica;
- emita un comunicado público a través del cual se disculpe con la denunciante por no haberle practicado el procedimiento de aborto terapéutico; y,
- devuelva, a favor de la señora Borgoño, los gastos incurridos al someterse a un procedimiento de aborto terapéutico en el Instituto Perinatal.

estaba generándole un daño grave y permanente a su salud mental¹⁷. Como se advierte, la infracción cometida por la denunciada no estaba referida a la realización de conductas discriminatorias y/o la omisión de realizar el procedimiento de aborto terapéutico.

21. Finalmente, cabe precisar que las medidas correctivas solicitadas por la denunciante, alusivas al hecho que Clínica El Golf: (i) implemente, en el plazo más breve posible, el procedimiento de aborto terapéutico previsto en la Guía Técnica; y, (ii) capacite a su personal respecto al adecuado cumplimiento del mismo, hacen referencia a una obligación legal del proveedor, y no tienen como finalidad resarcir las consecuencias patrimoniales de la infracción y/o revertir los efectos de la misma.
22. En virtud de lo expuesto, corresponde declarar improcedente el pedido de ampliación de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, formulado por la señora Borgoño, dado que su pedido no se dirige a lograr que este Colegiado se pronuncie sobre alguno de los puntos controvertidos no abordados en tal pronunciamiento.

(iii) Sobre la solicitud de aclaración
23. En su escrito del 23 de junio de 2017, la recurrente señaló que debía aclararse la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI en el extremo de la medida correctiva ordenada, ya que la misma no determinaba, en concreto, las conductas a las que estaba obligada Clínica El Golf.
24. El artículo 27° del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM¹⁸, y modificado por el Decreto Supremo 107-2012/PCM, establece que la Sala es competente para pronunciarse sobre las solicitudes de aclaración de sus propias resoluciones¹⁹.

¹⁷ Es oportuno mencionar que, mediante Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI (ver del considerando 58 al considerando 84), este Colegiado, en mayoría, analizó si Clínica El Golf -y, consecuentemente, el Dr. Almeyda- **tramitó debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la señora Borgoño el día 18 de diciembre de 2014**, según lo establece la Guía Técnica, y no si el procedimiento de aborto debió o no realizarse. Ello, en tanto luego de evaluar dicha solicitud, era el médico tratante quien debía determinar si correspondía o no solicitar, ante la jefatura del Departamento de Gineco-Obstetricia de Clínica El Golf, que se lleve a cabo dicho procedimiento de aborto.

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28°. Enmienda y aclaración de resoluciones.** Las Salas del Tribunal sólo podrán enmendar sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte, en cualquier momento, incluso en ejecución de acto administrativo, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión.

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 27°. Competencia funcional de Salas del Tribunal.** Las Salas que integran el Tribunal del INDECOPI conocerán de las causas que se le presenten, exclusivamente en los siguientes casos:

(...)

f) Solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de las resoluciones que emitan.

25. Respecto de la aclaración de resoluciones, la norma señala que la Sala puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión, lo que implica que no se podrá incorporar al pronunciamiento elementos o fundamentos adicionales a los que determinaron su decisión²⁰.
26. Mediante Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, esta Sala ordenó a Clínica El Golf, en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores:

*“3.4 Medida correctiva
(...)”*

95. *En la presente instancia, se ha verificado que Clínica El Golf infringió lo establecido en los artículos 18°; 19°; y, 67° numeral 1 del Código, al haberse acreditado que la denunciada no tramitó debidamente la solicitud de aborto terapéutico presentada por la denunciante.*

96. *Por ello, esta Sala considera que corresponde ordenar a Clínica El Golf, en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores.*

(...)

RESUELVE:

(...)

QUINTO: *Ordenar a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C., en calidad de medida correctiva complementaria, que cumpla con tramitar debidamente las solicitudes de aborto terapéutico formuladas por sus consumidores”.*

27. Sobre el particular, cabe precisar que, contrariamente a lo alegado por la señora Borgoño, la medida correctiva ordenada por esta Sala no contiene ningún concepto oscuro o dudoso que amerite ser aclarado, en la medida que, conforme se señaló en el pronunciamiento cuestionado, en mayoría, tal mandato implica que la entidad denunciada -a través de sus médicos tratantes- tramite, dentro de un plazo razonable, las solicitudes de sus consumidores mediante las cuales solicitan el inicio de un procedimiento de aborto terapéutico, siendo que, las gestiones que deba hacer Clínica El Golf variarán según cada caso concreto.
28. En virtud de lo expuesto, corresponde declarar improcedente el pedido de

²⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 406°. Aclaración.** El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable.

aclaración de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, formulado por la señora Borgoño, dado que su pedido no se dirige a lograr que este Colegiado explique algún concepto oscuro o dudoso expresado en dicho pronunciamiento.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente el pedido de enmienda formulado por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar respecto de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI del 6 de junio de 2017, emitido por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, toda vez que su pedido no se dirige a lograr la rectificación de algún error material contenido en dicho pronunciamiento.

SEGUNDO: Declarar improcedente el pedido de ampliación formulado por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar respecto de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, toda vez que su pedido no se dirige a lograr que este Colegiado se pronuncie sobre alguno de los puntos controvertidos no abordados en tal pronunciamiento.

TERCERO: Declarar improcedente el pedido de aclaración formulado por la señora Paola Vanessa Borgoño Salazar respecto de la Resolución 1884-2017/SPC-INDECOPI, toda vez que su pedido no se dirige a lograr que este Colegiado explique algún concepto oscuro o dudoso expresado en dicho pronunciamiento.

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

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Presidente