

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Resolución No. 2365-2018/SPC- INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogado

Autor

Manuel Renzo Valvas Roberto

Asesor

Rodrigo Delgado Capcha

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, Delgado Capcha, Rodrigo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del trabajo académico titulado “**Informe sobre Resolución No. 2365-2018/SPC- INDECOPI**”, del autor Valvas Roberto, Manuel Renzo, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> <u>Delgado Capcha, Rodrigo</u>	
DNI: 43643727	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8924-7699	

RESUMEN

El presente informe jurídico versa sobre el estudio de la Resolución 2365-2018/SPC-INDECOPI conforme a las infracciones cometidas a los artículos 2.1, 19, 25 y 67,4 literal c) del Código de Protección al Consumidor – Ley N° 29571 (en adelante, el Código de Consumo), por parte de la Clínica San Gabriel (en adelante, La Clínica) contra la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado (en adelante, el Consumidor) al brindarle un servicio médico deficiente, puesto que del análisis del caso se puede desprender que las consecuencias o riesgos de la intervención quirúrgica, denominada litotricia intracorpórea, no fueron trasladadas de forma oportuna al Consumidor a través del consentimiento informado..

En tal sentido, la presente Resolución concluyó que la Clínica generó una clara afectación al artículo 2.1 del Código de Consumo por no lograr demostrar que ha otorgado una información clara, sencilla, suficiente, oportuna y veraz al Consumidor referente al riesgo de ruptura ureteral,, toda vez que la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado se realizó la intervención sin tener claro cuales serían los riesgos de la operación médica denominada Litotricia Intracorpórea, la cual desencadenó la pérdida de su uréter y riñón derecho, por medio, de una nefrectomía. Asimismo, la referida Resolución consideró que no hubo afectación alguna a los artículos 19 y 25 del Código de Consumo referentes a la prestación del servicio de litotricia intracorpórea, la cual a criterio de la Sala fue generada de forma correcta y cumpliendo las medidas de seguridad conforme a los avances de la ciencia y técnica del momento.

Palabras clave

Consumidor; litotricia intracorpórea; sondas nefrostómicas, laparotomía exploratoria; deber de información; deber de idoneidad; medidas de seguridad; consentimiento informado.

ABSTRACT

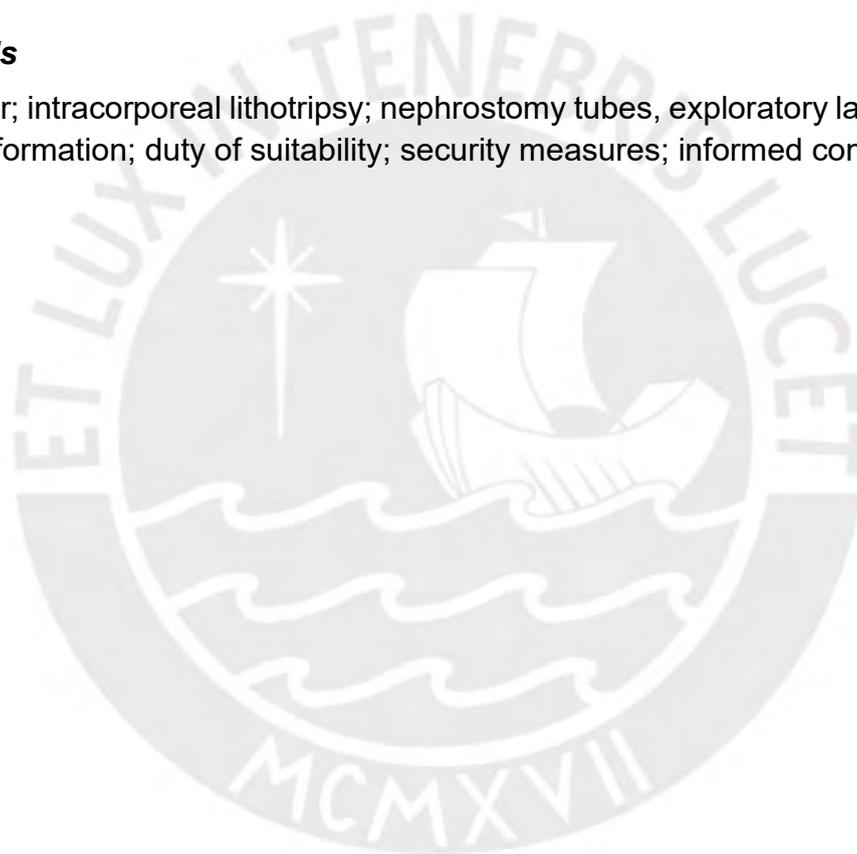
The present legal report deals with the research of Resolution 2365-2018/SPC-INDECOPI pursuant to the violations committed to Articles 2. 1, 19, 25 and 67.4 literal c) of the Consumer Protection Code - Law No. 29571 (hereinafter, the Consumer Code), by the San Gabriel Clinic (hereinafter, The Clinic) against Mrs. Ana Sofía Gonzales Hurtado (hereinafter, the Consumer) by providing her with a deficient medical service, since from the analysis of the case it can be inferred that the consequences or risks of the surgical intervention, called intracorporeal lithotripsy, were not transferred in a timely manner to the Consumer through the informed consent.

In this sense, this Resolution concluded that the Clinic generated a clear affectation to article 2.1 of the Consumer Code for failing to demonstrate that it has provided clear, simple, sufficient and truthful information to the Consumer regarding the risk of ureteral rupture, since Mrs. Ana Sofía Gonzales Hurtado underwent the intervention without being clear about the risks of the medical operation called Intracorporeal Lithotripsy, which triggered the loss of her ureter and right kidney, by means of a nephrectomy.

Likewise, the aforementioned Resolution considered that there was no affectation to articles 19 and 25 of the Consumer Code regarding the provision of the service, which, at the discretion of the Chamber, was generated correctly and complying with the security measures in accordance with the advances of the science and technology of the moment.

Keywords

Consumer; intracorporeal lithotripsy; nephrostomy tubes, exploratory laparotomy; duty of information; duty of suitability; security measures; informed consent.



ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	2
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	9
III.1.1.	Problema principal jurídico principal: ¿Es la Clínica San Gabriel S.A.C. responsable bajo el deber de idoneidad y las medidas de seguridad por violación de los artículos 19 y 25 del Código, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado al brindarle el servicio de litotricia, laparotomía exploratoria y la colocación de sondas nefrostómicas?	9
III.1.2.	Problema principal jurídico principal: ¿Es la Clínica San Gabriel S.A.C responsable bajo el deber de información por violación al artículo 2.1 y 67,4 literal c) del Código, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado al no haberle brindado información relevante, suficiente, veraz y oportuna sobre el servicio médico a su cargo?	9
IV.	Análisis y posición sobre cada uno de los problemas de la resolución.....	10
IV.1.	Es la Clínica San Gabriel S.A.C. responsable bajo el deber de idoneidad y medidas de seguridad por violación de los artículos 19 y 25 del Código, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado al brindarle el servicio de litotricia, laparotomía exploratoria y la colocación de sondas nefrostómicas?.....	10
a.	¿Qué se entiende por deber de idoneidad en servicios médicos.....	10
b.	¿Qué se entiende por deber de seguridad?.....	15
c.	¿Qué significa el consentimiento informado bajo la noción de idoneidad y deber de seguridad?.....	19
d.	Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. cumplió su deber de idoneidad y deber general de seguridad como proveedor en la intervención quirúrgica de litotricia intracorpórea al acreditar que la intervención quirúrgica podría ocasionar la ruptura del uréter derecho	20
e.	Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. bajo su deber de obligación como proveedor y de garantizar la seguridad general tomó las precauciones adecuadas al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014 y su respectivo cambio el 7 de agosto de 2014.....	22
f.	Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C realizó la laparotomía exploratoria bajo una adecuada suscripción del consentimiento informado, de modo que fue realizada por las circunstancias de exigencia de la intervención médica para garantizar su salud	24
IV.2.	¿Es la clínica San Gabriel S.A.C. responsable bajo el deber de información por violación al artículo 2.1 y 67,4 literal c) del Código de Consumo, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado al no haberle brindado información relevante, suficiente, veraz y oportuna sobre el servicio médico a su cargo?	25
a.	¿Qué se entiende por deber de información en servicios médicos?	25
b.	¿Qué se entiende por protección bajo la noción de consumidor en los servicios médicos?	31

c. ¿Cómo es el consentimiento informado que se vincula a la correcta comunicación de forma suficiente, clara, oportuna, veraz y fácilmente accesible por parte del proveedor?	32
d. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. cumplió con el correcto deber de información al haber acreditado que la litotricia intracorpórea no genera como riesgo propio la nefrectomía radical	34
e. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. brindó el consentimiento informado de forma relevante, suficiente, veraz y oportuna a la paciente de que la litotricia intracorporea tenía como riesgo generar la ruptura ureteral.....	37
 V. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	42



Glosario:

Laparotomía Exploratoria

La laparotomía o exploración quirúrgica del abdomen es una cirugía que tiene como propósito explorar los órganos y estructuras del bajo vientre, tales como el apéndice, los intestinos, los riñones, entre otros.

Litotricia Intracorpórea

La litotricia intracorpórea implica la fragmentación y la extracción de los cálculos urinarios. Estos procedimientos se realizan mediante la introducción de endoscopios en el tracto urinario.

Sonda de Nefrostomica

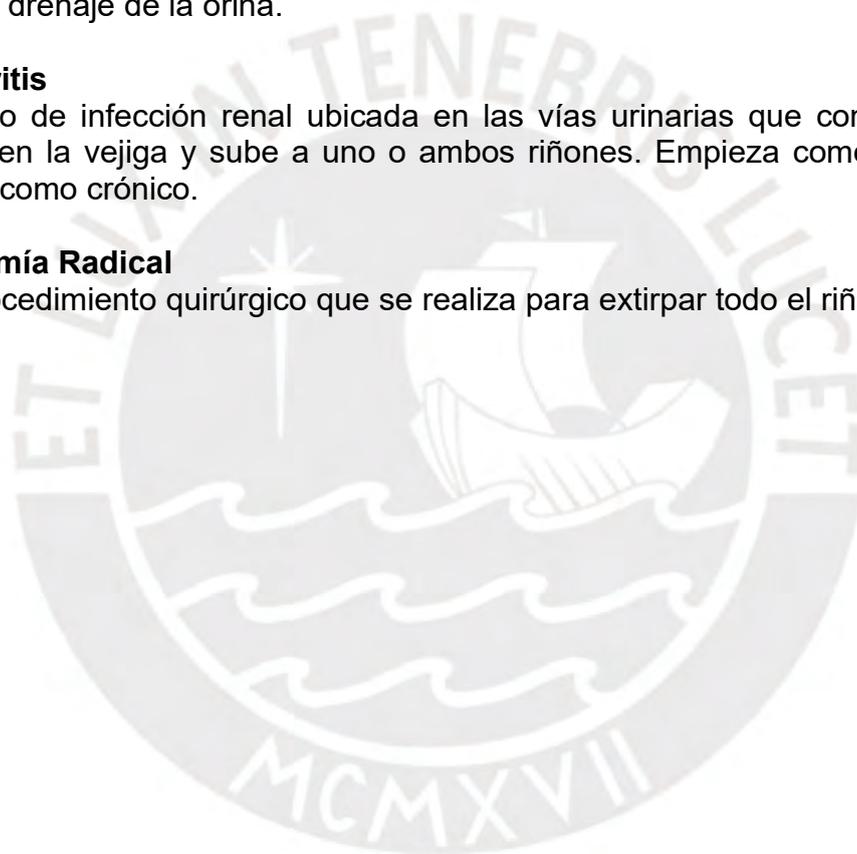
Una sonda de nefrostomía es una sonda que se puede colocar en el riñón para facilitar el drenaje de la orina.

Pielonefritis

Es un tipo de infección renal ubicada en las vías urinarias que comúnmente empieza en la vejiga y sube a uno o ambos riñones. Empieza como agudo y concluye como crónico.

Nefrectomía Radical

Es un procedimiento quirúrgico que se realiza para extirpar todo el riñón o parte de este.



I. INTRODUCCIÓN

El informe jurídico elegido es la Resolución 2365-2018/SPC-INDECOPI, debido a que es el punto de convergencia entre la protección del Derecho de la Salud de las personas y la defensa del Derecho de los Consumidores, en relación, al servicio médico brindado por parte de una clínica hacia un consumidor determinado.

El consumidor debe gozar, frente a una clara asimetría informativa, ante cualquier proveedor, de la tutela de su derecho de obtener información de forma suficiente, oportuna, veraz, fácilmente accesible y relevante sobre el servicio que le brindará un proveedor; como también, un servicio idóneo y de ser riesgoso que el mismo cumpla con los deberes de seguridad pre establecidos en un contrato. En la presente resolución, se podrá evidenciar que hay una serie de cuestionamientos con relación al servicio médico brindado por la Clínica al Consumidor, toda vez que tanto la Comisión encargada como la Sala de Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) analizaron si la Clínica actuó bajo un adecuado deber de idoneidad, medidas de seguridad y si brindó información suficiente al consumidor en el consentimiento informado.

Asimismo, la presente resolución es de carácter ejemplar, ya que trata de vincular directamente el Derecho de Protección al Consumidor con el Derecho de la Salud. Cabe recalcar que conforme al Decreto Legislativo N° 1158, así como, el Reglamento del Procedimiento de Transferencia de Funciones del Indecopi a Susalud, esta entidad podrá conocer las infracciones a los derechos de los consumidores en servicios médicos a partir del 13 de agosto de 2015.

En el presente caso, si bien fue denunciado el 21 de marzo de 2016, los hechos en sí mismos han ocurrido el 24 de marzo de 2014, fecha en la que la Consumidora fue hospitalizada debido a su delicado estado de salud. Por lo cual, dos días después de ello fue sometida a la intervención quirúrgica denominada litotricia intracorpórea el 26 de marzo de 2014. Cuyo servicio médico a cargo de especialistas en la salud, fue cuestionado toda vez que no se le brindó información relevante sobre las consecuencias del mismo a la Consumidora. Por tal motivo, el presente tema es un claro hecho de normas en el tiempo y fue adecuado su análisis por parte del Indecopi.

Conforme a lo mencionado se infiere que la resolución posee características jurídicas a ser analizadas a detalle, por las siguientes razones. En primer lugar, puesto que permite determinar si la Clínica ha brindado un servicio bajo el deber de idoneidad y medidas de seguridad, y si es que se vulneraron los artículos 19 y 25 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N° 29571. Por ello, bajo un adecuado análisis se buscará determinar si la Clínica incurrió en

una vulneración a los referidos artículos o si por el contrario no ha generado afectación alguna.

En segundo lugar, hay especial relevancia en si la Clínica brindó información suficiente, veraz y oportuna al Consumidor, recogido en el artículo 2.1 del Código de Consumo, la cual le permitiría a aquel otorgar su consentimiento informado, para la intervención quirúrgica, de forma acertada, puesto que conocería los riesgos de la operación. Es decir, determinar si se brindó la información de forma suficiente, oportuna, veraz, fácilmente accesible y relevante; como también, de fácil comprensión por medio del consentimiento informado.

Por lo mencionado, considero la presente resolución de carácter complejo, puesto que permite analizar la concurrencia entre dos áreas como el Derecho del Consumidor y el Derecho de Protección de la Salud, ya que bajo el Artículo 7 de la Constitución Política del Perú se evidencia que el Estado debe tutelar el derecho de la salud de todas las personas; asimismo, que bajo la Ley 26842 Ley General de Salud (en adelante, Ley General de Salud). se indica que por medio de una adecuada salud las personas podrán obtener el desarrollo humano y alcanzar el bienestar individual y colectivo. Por ello, conforme a lo mencionado, se evidencia que la pérdida del riñón derecho de la Consumidora es una afectación que posiblemente pueda afectar su desarrollo humano como su bienestar general. En tal sentido, resulta acertado analizar el presente caso bajo la importancia del Derecho a la Salud y si como consumidora la señora Ana Sofía Gonzáles vio afectado sus derechos de deber de idoneidad (recibir un servicio adecuado a lo esperado), medidas de seguridad (si el servicio riesgoso fue brindado de forma adecuada) y deber de información (se le traslado toda información suficiente, veraz y oportuna para que pueda brindar su consentimiento informado).

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

A continuación, se detallarán los principales hechos sobre los que versa la Resolución y la controversia generada entre el Consumidor y la Clínica.

a. Antecedentes del caso

- El consumidor acudió a la Clínica por un cuadro de cólico renal severo, por el cual fue hospitalizado y, a raíz del mismo, el 26 de marzo de 2014 se decidió realizarle la intervención quirúrgica denominada Litotricia Intracorpórea para restablecer su salud.
- Con relación a la intervención médica, el Consumidor padeció una serie de afectaciones:

- No le brindaron un servicio idóneo, puesto que la operación habría generado la pérdida del uréter derecho, lo que posteriormente le ocasionaría la pérdida del riñón derecho.
 - No se le brindó información relevante sobre la intervención quirúrgica, ya que en el consentimiento informado que habría firmado no figuraba información de forma suficiente, oportuna, veraz, accesible y de fácil comprensión de que la intervención quirúrgica podría ocasionarle la ruptura del uréter derecho y, posterior a ello, la pérdida del riñón derecho.
- Con fecha del 21 de abril del 2014, la Clínica, a través de un Informe Médico, le comunicó al Consumidor que la solución a este problema se daría con el “Reimplante de Uréter con segmento Ileal”, por ello le indicaron que dentro de los 03 meses siguientes a la operación esta se llevaría a cabo a fin de reestablecer su salud.
 - Con fecha de 22 de julio de 2014, la Clínica, por medio de un Informe Médico, le comunicó al Consumidor que se le realizaría la extirpación del riñón por medio de la intervención quirúrgica denominada Nefrectomía, por lo que quedaba pendiente realizar un estudio pre – operatorio para realizar la intervención quirúrgica. Por medio de aquel informe el Consumidor logro evidenciar que claramente había sido víctima de una clara afectación a sus derechos de deber de idoneidad, seguridad e información, toda vez que la información brindada por la Clínica no le permitió prever los riesgos de la intervención quirúrgica.

b. Presentación de la Denuncia:

Con fecha de 21 de marzo de 2016, el Consumidor presentó una denuncia ante el Indecopi en contra de la Clínica y del Médico, por presentar infracciones al Código, sustentada en los siguientes hechos:

- Con fecha de 24 de marzo de 2014, el Consumidor se atiende en la Clínica por padecer de un intenso dolor abdominal. Posterior a ello, la clínica le diagnostica Litiasis Renal. Por lo que el Médico le propone el tratamiento de Litotricia Intracorporea.
- Con fecha de 26 de marzo de 2014, el Consumidor es intervenido por el Médico, el cual le realiza la Litotricia Intracorporea; sin embargo, por el riesgo de la operación hubieron complicaciones, por lo cual se le realizó la Laparotomía Exploratoria para evidenciar su estado de salud. Sin embargo, el Consumidor mencionó que no otorgó su consentimiento informado por estar inconsciente. Posterior a la intervención médica, el Doctor le indicó que su uréter derecho se ha perdido, por lo que le cerraron el esfínter ureteral de vejiga y conectaron su riñón derecho a una Sonda Nefrostómica, la

cual atraviesa su abdomen y se conecta a una bolsa de orina. Conforme a ello, el Médico le indica que dentro de unos meses se realizará, a fin de darle solución a su malestar, la cirugía de Reimplante de Uréter con Segmento Ileal.

- Con fecha 26 de marzo de 2014, se le indica al Consumidor que el recambio de las Sondas Nefrostómica N° 14 siliconada se realizará en la sala de operaciones con anestesia general. Pese a ello, esto no se cumplió.
- Con fecha de 07 de agosto de 2014, el Consumidor menciona que la clínica no cumplió con las precauciones de las Sondas Nefrótomicas y que el procedimiento de colocación fallo. Por lo que, el mismo día de la intervención tuvo que regresar a la Clínica para la recolocación de las Sondas.
- Con fecha 08 de agosto de 2014, el Consumidor recurrió a la Clínica el Golf para el recambio de cáteter. Lo que no es posible, puesto que no era anatómicamente viable, ya que el Consumidor había perdido su uréter derecho . A consecuencia de esto, la Clínica el Golf le realiza la Nefrectomía Radial Derecha. La cual fue exitosa.

En base a los hechos, el consumidor denunció las siguientes infracciones:

- (i) Se generó la infracción a los artículos 67.3 y 67.4 del Código de Protección y Defensa del Consumidor al no haberle informado sobre los riesgos de la intervención quirúrgica, toda vez que al firmar el consentimiento informado no se le comunicó al Consumidor que podría haber una complicación consistente a la Ruptura Ureteral. Por lo que no dio su consentimiento informado para ser operado ante tan alto nivel de riesgo.
- (ii) Se generó la infracción a los artículos 67.3 y 67.4 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que no se le informó sobre el riesgo de la extracción del riñón derecho y al deber de idoneidad, ya que la pérdida de su riñón fue a consecuencia de la mala intervención quirúrgica de la Litotricia Intracorporea.
- Por último, el Consumidor cuestionó que la Clínica le realizó exámenes médicos con resultados erróneos , toda vez que en la tomografía helicoidal de abdomen y pelvis, practicada 03 meses después de la Litotricia Intracorporea, se señaló que su uréter tenía un calibre y morfología normal.

c. Resolución No. 3. Secretario Técnico Comisión de Protección al Consumidor INDECOPI Sede Lima Norte – Admisión a trámite de la denuncia

Con fecha 12 de agosto de 2016, el Secretario Técnico del Indecopi admitió a trámite la denuncia presentada por la Denunciante, por las siguientes razones:

- La Clínica no habría informado oportunamente al Consumidor que la intervención quirúrgica denominada Litotricia Intracorporea podría ocasionarle el riesgo de sufrir la ruptura uretral y la pérdida del riñón derecho, lo cual constituiría una afectación al deber de información de este último, siendo una infracción a los artículos 2.1 y 67.4 literal c) del Código.
- La Clínica habría brindado un servicio médico carente de idoneidad al Consumidor toda vez que con la intervención quirúrgica Litotricia Intracorpórea le habría generado la ruptura uretral y la pérdida del riñón derecho, siendo una infracción a los artículos 19 y 25 del Código.
- La Clínica habría realizado la Laparotomía Exploratoria sin contar con el Consentimiento Informado del Consumidor, siendo una infracción al artículo 19 del Código.
- La Clínica habría realizado el cambio de las Sondas Nefrostómicas sin tomar las precauciones pre establecidas, siendo una infracción al artículo 19 y 25 del Código.
- La Clínica habría realizado el cambio de las Sondas Nefrostómicas, el 07 de agosto de 2014, sin contar con el Consentimiento Informado del Consumidor, siendo una infracción al artículo 19 del Código.

d. Resolución Final N° 1197-2017/ILN-CPC emitida por el Indecopi

Con fecha 29 de diciembre de 2017, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi Sede Lima Norte (la “Comisión”) emitió la Resolución Final N° 1197-2017/ILN-CPC (la “Resolución de Primera Instancia”), mencionando lo siguiente:

- Sobre el deber de idoneidad y medidas de seguridad: La comisión declaró infundada la denuncia por infracción al artículo 19 y 25 del Código, según los siguientes detalles:
 - (i) De acuerdo al artículo 19 del Código, los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad del servicio ofrecido, toda vez que responden por lo que los Consumidores esperan obtener y lo que efectivamente reciben.
 - (ii) De acuerdo al artículo 25 del Código, los servicios médicos a cargo de los proveedores son de riesgo justificado debido a la complejidad del procedimiento y deben ser advertidos para la salud y seguridad de los consumidores.

- (iii) Se declaró infundado un extremo de la denuncia, contra la Clínica y el Médico, por infracción al artículo 19 y 25 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse evidenciado que el servicio médico aplicado en el riñón derecho del Consumidor sí constituía un riesgo propio de la intervención quirúrgica, ya que el Médico sí actuó bajo los parámetros correctos al realizar tanto la laparotomía exploratoria y como la colocación de las sondas nefrostómicas.
 - (iv) Se declaró infundado un extremo de la denuncia, contra la Clínica y el Médico, por infracción al artículo 19 del Código, puesto que se acreditó que sí se contó con el consentimiento informado para la realización de la laparotomía exploratoria.
 - (v) Se declaró infundada un extremo de la denuncia, contra la clínica, por infracción al artículo 19 y 25 del Código de Protección y Defensa del Consumidor referente al cambio de sondas nefrostómicas del 26 de marzo y 7 de agosto de 2014, toda vez que, con relación, al 26 de marzo el Consumidor no presentó pruebas sobre la falta de idoneidad de la intervención quirúrgica por parte de la Clínica. En esa misma línea, el cambio de las Sondas Nefrostómicas del 7 de agosto se llevaron a cabo con los medios y cuidados pre establecidos, toda vez que se realizó en la sala de operaciones y con anestesia local.
- Sobre el deber de información: La Comisión declaró infundada este extremo de la denuncia por infracción al artículo 2.1 y 67.4 literal c) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que la Clínica sí informó sobre el riesgo de la ruptura ureteral mediante el consentimiento informado; y, que el Consumidor no habría probado que la Litotricia Intracorpórea tiene como riesgo propio la nefrectomía radical.

e. Escrito de Apelación por parte del consumidor

Con fecha de 8 de febrero de 2018 el Consumidor interpuso el Recurso de Apelación contra la Resolución Final N° 1197-2017/ILN-CPC del 29 de diciembre de 2017, bajo los siguientes detalles:

- Respecto a la infracción de los artículos 19 y 25 del Código, en referencia al extremo en el que se indica que la ruptura ureteral sí constituye un riesgo propio de la Litotricia Intracorpórea y no ocasionó la pérdida del riñón derecho. Por su parte, el consumidor indicó que bajo el Informe Médico de la Clínica El Golf , el cual fue puesto a disposición de la Sala, el Consumidor se realizó la Nefrectomía

Derecha, debido a que fue diagnosticado con infección de vías urinarias y la complicación de colocar el catéter urinario. Por lo que la Clínica y el médico no actuaron bajo un adecuado deber de Idoneidad y medidas de seguridad.

- Respecto a la infracción del artículo 19 del Código, en el extremo referente al consentimiento informado para la realización de la Laparotomía Exploratoria. el Consumidor señala que fue inadecuado que la Clínica haya solicitado la firma del Consentimiento Informado a su madre, toda vez que la Clínica o el Médico pudo haberle solicitado, antes de la operación, su consentimiento informado. Por ello, el Consumidor señala que no se le informó sobre la totalidad del riesgo de la Litotricia Intracorpórea. A su vez, bajo el Informe Médico y la Historia de la Clínica el Golf, el Consumidor busca acreditar que la nefrectomía radical derecha se constituye como consecuencia de la litotricia intracorpórea.
- Respecto de la infracción a los artículos 19 y 25 del Código, contra la Clínica, en referencia al extremo en que no se habría tomado las condiciones pre establecidas en el cambio de Sondas Nefrostómicas, toda vez que bajo el Informe Médico de Clínica el Golf las constantes infecciones urinarias y la consecuente pérdida del uréter y riñón derecho, fue ocasionada por un mala praxis por parte de la Clínica.
- Respecto de la infracción a los artículos 2.1 y 67.4 del Código, contra la Clínica y el Médico, en referencia al extremo en que no se habría informado al Consumidor sobre los riesgos de la intervención quirúrgica de la litotricia intracorporea, la cual involucraba el peligro de padecer la ruptura del uréter y la pérdida del riñón derecho. Se detalla que la Clínica tuvo el tiempo suficiente para comunicarle sobre los riesgos antes de la operación; sin embargo, no lo hizo, toda vez que prefirió buscar el consentimiento informado de su madre. Por lo que el Consumidor señala que no se le habría informado sobre la totalidad de riesgos que involucraba la intervención quirúrgica.

f. Resolución 2365-2018/SPC-Indecopi, Sala Especializada en Defensa de Protección al Consumidor (Segunda Instancia Administrativa)

Con fecha 12 de setiembre de 2018, la Sala emitió la Resolución 2365-2018/SPC-INDECOPI, en virtud de la cual indicó lo siguiente:

a. Sobre el deber de idoneidad y medidas de seguridad:

- La Sala compartió el criterio utilizado por la Comisión, pues el Consumidor no cumplió con acreditar que la Clínica no cumplió con su

correcto deber de idoneidad y medidas de seguridad, toda vez que la intervención quirúrgica denominada Litotricia Intracorpórea podía generar una ruptura ureteral siendo un riesgo propio de la operación, mientras que la nefrectomía si bien no se configuraba como un riesgo de la operación, sí era un procedimiento médico adecuado frente a la pielonefritis que padecía la paciente. Por lo que no habría una infracción a los artículos 19 y 25 del Código.

Por tanto, confirmó la resolución de primera instancia que declaró infundado en este extremo la pretensión del Consumidor en atención a la pielonefritis sufrida por la paciente.

- La Sala compartió el criterio utilizado por la Comisión, toda vez que se acreditó que la laparotomía exploratoria realizada al Consumidor sí contó con su consentimiento informado, el cual fue suscrito por su madre en atención de la premura y riesgo de la situación. Por lo que no habría una infracción al artículo 19 del Código.

Por tanto, la Sala confirmó la resolución de primera instancia que declaró infundado en este extremo de la denuncia.

- La Sala compartió el criterio utilizado por la Comisión, toda vez que no se acreditó por parte del Consumidor que la Clínica no habría adoptado las precauciones al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014 y al haberse acreditado que el cambio de las sondas nefrostómicas se realizaron con las precauciones pre establecidas. Por lo que no habría una infracción al artículo 19 y 25 del Código.

Por lo tanto, confirmó la Resolución de Primera Instancia que declaró infundado en este extremo.

b. Sobre el deber de información:

- La Sala compartió el criterio utilizado por la Comisión, toda vez que no se acreditó que la nefrectomía radical es consecuencia de la litotricia intracorpórea por lo que amerita ser informado. Toda vez que la nefrectomía se constituía como un procedimiento médico para determinadas situaciones. Por lo que no habría infracción al artículo 2 y 67, 4 del Código.

Por lo tanto, confirmó la Resolución de Primera Instancia que declaró infundado en este extremo.

- La Sala revocó el criterio utilizado por la Comisión, toda vez que la Clínica no habría informado a la paciente por medio del Consentimiento Informado que la Litotricia Intracorpórea podría generarle el riesgo de padecer una “ruptura ureteral”, al evidenciarse

que la Clínica no traslado a la paciente esta información. Por lo que habría una infracción a los artículos 2.1 y 67,4 literal c) del Código. Por lo tanto, revocó la Resolución de Primera Instancia que declaro infundado este extremo.

c. **De la multa:** La Sala decidió sancionar con una multa de 1 UIT.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Del análisis de la Resolución, los principales problemas jurídicos son los siguientes:

III.1. Problema principal jurídico principal: ¿Es la Clínica San Gabriel S.A.C. responsable bajo el deber de idoneidad y las medidas de seguridad por violación de los artículos 19 y 25 del Código, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado al brindarle el servicio de litotricia, laparotomía exploratoria y la colocación de sendas nefrostómicas?

- a. ¿Qué se entiende por deber de idoneidad en servicios médicos?
- b. ¿Qué se entiende por deber de seguridad?
- c. ¿Qué significa el consentimiento informado bajo la noción de idoneidad y deber de seguridad?
- d. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. cumplió su deber de idoneidad y deber general de seguridad como proveedor en la intervención quirúrgica de litotricia intracorpórea proporcionada a la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado.
- e. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. bajo su obligación como proveedor y de garantizar la seguridad general tomó las precauciones adecuadas al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014 y su respectivo cambio el 7 de agosto de 2014.
- f. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C realizó la laparotomía exploratoria bajo una adecuada suscripción del consentimiento informado, de modo que fue realizada por las circunstancias de exigencia de la intervención médica para garantizar su salud.

III.2. Problema principal jurídico principal: ¿Es la Clínica San Gabriel S.A.C responsable bajo el deber de información por violación al artículo 2.1 y 67,4 literal c) del Código, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado al no haberle brindado información relevante, suficiente, veraz y oportuna sobre el servicio médico a su cargo?

- a. ¿Qué se entiende por deber de información en servicio médicos?
- b. ¿Qué se entiende por protección bajo la noción de consumidor?

- c. ¿Cómo el consentimiento informado se vincula a la correcta comunicación de forma suficiente, clara, oportuna, veraz y fácilmente accesible por parte del proveedor?
- d. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. cumplió con el correcto deber de información al haber acreditado que la litotricia intracorporea no genera como riesgo propio la nefrectomía radical
- e. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. brindó el consentimiento informado de forma relevante, suficiente, veraz y oportuna a la paciente de que la litotricia intracorporea tenía como riesgo generar la ruptura ureteral

IV. Análisis y posición sobre cada uno de los problemas de la resolución

IV.1. Es la Clínica San Gabriel S.A.C. responsable bajo el deber de idoneidad y medidas de seguridad por violación de los artículos 19 y 25 del Código, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado al brindarle el servicio de litotricia, laparotomía exploratoria y la colocación de sondas nefrostómicas?

Para analizar si se vulneraron los artículos 19 y 25 del Código en perjuicio del Consumidor por parte de la Clínica, es importante antes de ello poder determinar qué se puede comprender por deber de idoneidad en los servicios médicos, deber de seguridad y el consentimiento informado, para que con la información sobre los mismos podamos responder a las interrogantes posteriormente expuestas a detalle en el presente informe.

a. ¿Qué se entiende por deber de idoneidad en servicios médicos?

Considero adecuado, que antes de analizar que se entiende por deber de idoneidad, se pueda establecer de forma breve la noción de consumidor que será determinante para advertir si a la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado se le afectó su derecho reconocido en el artículo 19 del Código de Consumo.

Como bien indica José Pascual Fernández el ánimo de proteger al consumidor dentro de un contrato de consumo radica en que es considerado como la parte jurídica y económicamente más desfavorecida, por lo cual nace el concepto de un consumidor normalmente informado (Fernández, 2002).

Bajo lo mencionado por el autor, se deduce como consumidor a alguien normalmente informado; es decir, que es un sujeto que toma sus precauciones y se informa sobre el servicio, aunque sea en lo más mínimo referente al servicio o bien que contratará o adquirirá respectivamente. Por ello, aquel es concebido, bajo la noción europea,

como alguien a quién se le facilita la información necesaria sobre el servicio o producto que desea adquirir (Fernández, 2002). En tal sentido, tendremos a un consumidor que confía en su juicio y discernimiento propio para tutelar su bienestar en base a la información otorgada y, por medio de la cual, por iniciativa propia, tomará una decisión de consumo acertada.

El concepto de deber de idoneidad bajo el artículo 18 del Código de Consumo es comprendido como aquello que el consumidor espera efectivamente recibir en base a la publicidad e información ofrecida por el proveedor. Es decir, que es la concordancia entre lo que efectivamente recibe y lo que le prometieron por medio de algún medio de información escrito o digital mediante el cual decidió optar por un proveedor descartando otras posibilidades de contratación.

A su vez, el artículo 19 del Código de consumo indica que el proveedor responderá por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores. En tal sentido, se podría comprender de este artículo que los proveedores serán sustancialmente responsables por la falta de idoneidad del servicio ofrecido.

En virtud de ello, en base a los dos artículos previamente mencionados, podemos entender que el deber de idoneidad bajo el rol de consumidor es aquello que uno espera recibir y que efectivamente reciba; mientras que bajo la figura del proveedor es la responsabilidad que este posee sobre la idoneidad del servicio brindado u ofrecido.

En este sentido la Sala Especializada en Protección al Consumidor señaló en su resolución 134-2008/SC2-Indecopi el 16 de octubre de 2008 que se entenderá como noción de protección de la idoneidad a los servicios orientados a garantizar la satisfacción de las expectativas del consumidor, con relación, a esta expectativa se sospecha que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para el cual fue adquirido o para lo cual el servicio fue contratado¹.

Es decir, que bajo la presente Resolución podemos comprender que el servicio que un consumidor busca contratar debe estar íntimamente relacionado con la satisfacción de las expectativas del consumidor, por lo que debe haber un vínculo entre lo que espera recibir y el fin por el cual lo contrato.

Por su parte, Gustavo Rodríguez menciona que la idoneidad es la correspondencia entre lo esperado y lo efectivamente recibido, cayendo en el supuesto en que el consumidor concluye que tiene expectativas tutelables y, en sentido contrario, aquellas expectativas

¹ Resolución 134-2008/SC2-INDECOPI del 16 de octubre de 2008.

que no lo serían (Rodríguez, 2014). Bajo ello, se infiere que el deber de idoneidad consiste en aquellas expectativas tutelables por el Código de Protección del Consumidor; sin embargo, también habrán expectativas que no podrán ser tutelables al ser de imposible certeza, porque de lo delicado del servicio no es susceptible de ser cumplido a un 100% de como lo esperaría el consumidor².

Esteban Carbonell O'Brien menciona que "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 puesta en el mercado [...] el deber de prestarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente" (Carbonell, 2015). Concluyo, por tanto, que el deber de idoneidad será aquel producto o servicio evaluado bajo su propia naturaleza; como también, que el consumidor deberá analizar aquello que espera bajo las condiciones o información ofrecidas.

A modo de ejemplo, la resolución final 1112-2012/ILN-CPC resolvió el tema en el que un consumidor contrató un servicio de transporte para trasladar el féretro que contenían los restos mortales de su madre; sin embargo, al recibirlo, este presentó daños en su estructura. Aplicando una garantía legal contenida en la Ley de Aeronáutica Civil, la Comisión declaró fundada la denuncia, debido a que quedó acreditado que el proveedor brindó un servicio carente de idoneidad, pues se determinó que los daños fueron ocasionados durante el servicio de transporte de carga³. En base a la presente resolución se infiere que si bien la idoneidad del servicio consiste en lo que efectivamente el consumidor espera recibir, aquella expectativa no se encuentra desprotegida puesto que para ello se encuentra las garantías legales, expresas e implícitas. De las cuales, en relación al ejemplo, se aplicó la garantía legal cuya función es regular y supervisar que el servicio ofrecido se cumpla conforme a la regulación normativa a la que se encuentra supeditada.

En línea de lo mencionado, es adecuado que se defina que se entiende por garantías, el artículo 20 del Código de Consumo define de forma adecuada como aquellas características, términos o condiciones que posee un producto o servicio. A su vez, que para determinar la idoneidad de un producto o servicio el mismo debe equipararse a las garantías que el proveedor está obligado y ofrece. Asimismo, el presente artículo especifica que las garantías pueden ser legales, explícitas e implícitas.

² Por ejemplo, en una cirugía de rinoplastia no se evalúa el medio o forma de como actuó el médico sino del resultado prometido.

³ Resolución Final 1112-2012/ILN-CPC.

Por garantías legales se definen como aquel mandato legal o regulación vigente, por medio de las cuales la comercialización de la prestación de un servicio o producto no será permitida si no se cumple con dichas regulaciones.

Por garantías explícita se comprende como aquella garantía que se encuentra dentro de los términos y condiciones ofrecidas expresamente por el proveedor al consumidor en el contrato.

Por garantías implícitas se entiende que es aquella garantía que ante el silencio del proveedor o del contrato, lo que se esperará recibir del producto o servicio contratado es que cumplan con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor examinando los usos comunes y costumbre del mercado.

Por tanto, como bien indica Salas una garantía implícita es aquella no correspondencia entre lo que el proveedor ofrece y lo que efectivamente recibe generando la responsabilidad en el proveedor por la falta de idoneidad (2010, pp. 189). Por lo cual, la relación intrínseca entre el deber de idoneidad y las garantías a la que esté expuesto cada producto o servicio es sumamente relevante para determinar si ha habido alguna infracción cometida al Código de Consumo.

Conforme a lo mencionado sobre el deber de idoneidad, es pertinente aterrizar de qué manera se constituye dicho derecho dentro del servicio médico. El Estado, por medio de la Constitución Política del Perú, decreta que uno de sus principales deberes es el de velar por el bienestar y la defensa de los intereses de los consumidores al exigir que se le brinde información adecuada sobre los bienes y servicios que les ofrece el mercado tutelando su salud y seguridad⁴. En referencia a ello, Diana de la Cruz menciona:

“La norma considera consumidor al destinatario final del bien o servicio, fuera del ámbito profesional. Establece la excepción con los microempresarios en situación de asimetría. También será considerado consumidor aquel que usa o disfruta los bienes o servicios contratados. Por otro lado, los sujetos que califican como proveedores dentro de la relación de consumo pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, siempre que de manera habitual suministran productos o prestan servicios a los consumidores. En ese sentido, se consideran proveedores –según la

⁴ Artículo 65 de la Constitución Política del Perú: El estado defiende el interés de los Consumidores y usuarios.

ley- a los distribuidores, productores, importadores, prestadores y todos aquellos sujetos que participan en la cadena productiva del bien o servicio hasta que llegue a su destinatario final. [...] Una clínica que presta servicios de salud califica entonces como proveedora y por tanto, se le aplican las normas de protección previstas en la ley. Por otro lado, los trabajadores dependientes se encuentran sujetos a las disposiciones del empleador y se encuentran obligados al cumplimiento de las prestaciones en las condiciones establecidas” (De la Cruz, 2020).

Se puede comprender, que la Clínica al ser considerada como proveedor de servicios, se le deberían aplicar las normas previstas en la ley; es decir, las reglas en el Código de Consumo. Conforme a ello, los Lineamientos de Protección al Consumidor 2016 establecieron que el Código de Consumo instaura la obligación de los proveedores de brindar información esencial sobre los servicios de salud, educativos, financieros e inmobiliarios. Como también, determinaron que la idoneidad de un producto o servicio está íntimamente relacionada a la garantía legal, la garantía expresa y la garantía implícita. Por lo que, resulta coherente pensar que la idoneidad de los servicios médicos está íntimamente relacionado al tipo de garantía que pueda generarse sobre el servicio que brinde el proveedor.

A su vez, mediante la Resolución Final N° 401-2003-CPC se estableció que:

“la expectativa que tenga el consumidor del servicio brindado, dependerá fundamentalmente del tipo de obligación al que se encuentra sujeto el profesional médico, aplicándose esta de la siguiente forma: (i) servicio médico sujeto a una obligación de medios: en este caso, un consumidor razonable tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues no resulta previsible; sin embargo, si esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación [...] (ii) servicio médico sujeto a una obligación resultados: en este caso, un consumidor razonable 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”.⁵

Asimismo, con relación a los servicios médicos, la Sala en su Resolución 1544-2008/TDC-INDECOPI, referente al caso de la Clínica San Felipe S.A., referente a la obligación de medios y resultados, indicó que a través de una relación contractual sujeta a una obligación de medios, el médico prometerá buscar lograr un resultado, por medio del uso de todos los conocimientos de la ciencia que práctica y que le son exigibles conforme a los datos oficiales de la intervención y si actúa con la prudencia y diligencia requerida para la actividad. Por lo que, si el profesional de salud garantiza a su consumidor un pacto adicional de promesa recaerá en ellos acreditar por medio de pruebas que cumplieron con el resultado ofrecido⁶.

Se infiere por lo mencionado por la Sala lo adecuado de dividir la concepción entre una obligación de medios y resultados, indicando que el primero puede convertirse a una obligación de resultados si se promete el éxito de la intervención, lo que generaría que incluso la carga probatoria cambiara de individuo, siendo el proveedor el encargado de acreditar que logró ese resultado.

Por tanto, se comprende que un servicio médico vinculado a la idoneidad regulada por el Código de Consumo es aquel que cumple con lo debidamente ofertado por el proveedor y lo que el consumidor espera recibir, así mismo el servicio médico debe ser correctamente establecido si es de medios o de resultados, es decir, que si hay alguna promesa de obtener un resultado o solución a tu malestar la idoneidad del servicio estará anclada a este fin. Sin embargo, si estamos ante una obligación de medios poco importa el resultado, lo que interesa es que el servicio haya sido generado bajo los avances de la ciencia y de la técnica del momento con la diligencia debida.

b. ¿Qué se entiende por deber de seguridad?

Conforme al artículo 25 de Deber General de Seguridad del Código de Consumo, el mismo indica que todos aquellos productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores. Es decir, que habrá servicios médicos que por su complejidad serán riesgosos para la salud del consumidor⁷; sin embargo, si aquel servicio es brindado de forma adecuada bajo las

⁵ Resolución Final 0401-2003-CPC de 9 de abril de 2003.

⁶ Resolución 1544-2008/TDC-INDECOPI 31 de julio de 2008.

⁷ Cabe recalcar que hay servicios médicos que no son riesgosos para la salud como, por ejemplo, que si tienes tos seca el médico lo que hará será examinar tu garganta y por medio de su estetoscopio escuchar tu respiración. Dicho servicio no es complejo y tampoco riesgoso.

condiciones normales de uso, no sería posible considerar que se pueda generar alguna infracción al Código de Consumo y al artículo 2 de la Ley General de Salud.

La Ley General de Salud indica en su artículo II del Título Preliminar que es de interés público la protección de la salud de las personas y, bajo esa misma línea en su artículo 2, menciona que toda persona tiene derecho a exigir que los servicios prestados por los agentes de salud deben poseer los estándares de calidad más óptimos y ser aceptados dentro de las prácticas y procedimientos profesionales e institucionales.

En relación a lo mencionado, el derecho de seguridad consiste en la protección frente a las consecuencias perniciosas ocasionadas por productos y servicios peligrosos para la vida, salud o integridad de los consumidores, incluso para aquellos productos y servicios introducidos al mercado cuyas consecuencias son a largo plazo (Pérez, 2004, pp. 55-56). Por tanto, se infiere que este derecho de seguridad se manifiesta frente a cualquier tipo de afectación hacia la salud, vida e integridad del consumidor que se encuentre expuesto a un servicio ofertado.

Asimismo, será deber de seguridad de las entidades aquella prestación por parte médica hacia el enfermo con diligencia, lo cual genera una obligación de medios, toda vez que se buscará garantizar el consciente y adecuada intervención de cirugía o tratamiento (Bueres 1981: pp. 127).

El Indecopi por medio de su resolución final N° 655-99-CPC indica que:

“Es importante que, en el caso de los servicios de atención médica por su propia naturaleza, estos siempre conllevan un grado de riesgo. Por lo tanto, es necesario que los doctores y entidades encargadas de la administración de servicios de salud actúen con la mayor diligencia posible, toda vez que cualquier error podría ocasionar un grave daño”.⁸

Es decir, bajo la presente Resolución se puede afirmar que la propia naturaleza de los servicios médicos conllevan a un grado particular de riesgo y que los médicos ante tal suceso deben actuar con la mayor diligencia posible, puesto que de no hacerlo podrían ocasionar un grave daño al consumidor. A su vez, esto permite comprender al consumidor que al solicitar un servicio médico no imagine que se le asegure un resultado, pero que sí puede esperar que el servicio sea

⁸ Resolución Final N° 655-99-CPC de fecha 06 de diciembre de 1999.

brindado con la diligencia adecuada y el mayor cuidado posible. (Saavedra Gil, 2022).

En concordancia con ello, la Sala en su resolución 0313-2014/SPC-Indecopi indicó que la expectativa que tiene un consumidor respecto del servicio médico dependerá si este se encuentra sujeto a una obligación de medios o resultados, detallando que la principal diferencia en ambos es que en el primer supuesto el consumidor no supondrá un resultado previsible, sino que el servicio sea brindado con la mayor dedicación y de forma diligente. Bajo esa línea, la Sala por medio de su Resolución 0361-2019/SPC-INDECOPI menciona:

“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. Es de resaltar que el artículo 67.1° del Código dispone expresamente que el proveedor de servicios de salud se encuentra obligado a proteger la salud del consumidor [...]. Por tal motivo, se considerará un servicio médico no idóneo, aquel servicio en el que los médicos o el establecimiento de salud incumpla con las condiciones y términos mínimos establecidos en las guías prácticas, protocolos o los que resulten abiertamente incompatibles con un deber mínimo de cuidado exigible en su proceder y/o calidad de profesional de salud”⁹

Por su parte, María José Reyes López determina que si bien las normas de seguridad cumplen principalmente una función de prevención, el problema central del mismo es determinar hasta que nivel será permitido tal riesgo, puesto que con el pasar del tiempo el mismo deberá compararse con los avances científicos y del avance de la técnica (Reyes, 2002). De lo mencionado, se infiere que si bien el riesgo es soportable y permitido muchas veces debe ser evaluado casuísticamente, ya que al avanzar la rama de la tecnología y la técnica se tendrá pocas posibilidades de determinar hasta que punto un servicio médico puede ser riesgoso y cuando no. Es decir, que por medio del avance de la técnica, tecnología y la ciencia algunas intervenciones médicas que hoy en día son riesgosas, posiblemente, en un futuro lejano ya no lo sean, por ejemplo, una rinoplastia que si

⁹ Resolución Final 0361-2019-SPC de 11 de febrero de 2019.

bien pone en riesgo la salud del paciente en un futuro lejano, por los avances de la ciencia, la misma ya no lo sea porque habrán adoptado nuevos métodos que darían los mismos resultados que un procedimiento tradicional.

En esta misma línea, resulta adecuado mencionar que si bien hay un deber de seguridad por parte de la entidad médica también habría una responsabilidad al brindar su servicio.

Resulta adecuado mencionar brevemente que se puede entender por acto médico y por responsabilidad civil médica, de modo que nos permitirá aterrizar el compromiso y competencia de la entidad de salud al brindar un servicio.

Por un lado, acto médico se entiende como aquella acción que busca tutelar la salud mental y física del paciente buscando garantizar la máxima calidad posible. (Carhuatocto, 2010: pp. 104). Al salvaguardar la salud mental y física de un paciente, procurando siempre la mejor calidad posible

Por otra parte, por responsabilidad civil médica se comprende como aquella institución por medio de la cual los centros hospitalarios y profesionales de salud asumen la responsabilidad por los daños generados a los pacientes al brindar la prestación de salud no respetando las reglas de la medicina a la que están sujetos como lo realizado por los médicos dependientes o por falta de infraestructura Asimismo, conforme a esto, debemos entender que el servicio médico es un riesgo socialmente aceptado, ya que será una conducta lícita siempre y cuando sea ofertado bajo una adecuada diligencia (Carhuatocto 2010: pp. 89).

Por lo tanto, un proveedor que brinde el servicio médico está comprometido, a través del artículo 2 de la Ley General de Salud, a realizar sus actos médicos bajo los estatus de calidad aceptado por la ciencia médica.

Bajo lo mencionado, si bien la sociedad acepta este riesgo, los profesionales y los centros médicos deben brindarlo de forma idónea. Es decir, bajo las correctas medidas de seguridad. Por ello, el paciente debe ser debidamente informado sobre la peligrosidad del servicio, y por medio de dicha información los agentes de salud deberán actuar bajo las diligencias y los estándares de calidad establecidos por medio de los avances de la técnica y de la ciencia del momento.

Se concluye, por tanto, que el deber de seguridad en los servicios médicos debe cumplir con los estándares de calidad, que sea brindado de forma correcta bajo las condiciones normales de uso y con la

diligencia debida, de modo que no se podría establecer alguna infracción al Código de Consumo, toda vez que el proveedor fue metuculoso y prolijo al desarrollar su servicio.

c. ¿Qué significa el consentimiento informado bajo la noción de idoneidad y deber de seguridad?

Con relación al consentimiento informado, el mismo como bien indica Ortiz debe ser el traslado del medico al paciente de información comprensible, veraz y adecuada, la cual deberá adaptarse al nivel intelectual del paciente y evitando en lo posible la terminología técnica (2010, pp. 647). Es decir, que debe haber una información clara sobre el servicio médico oferta. Es claro que lo previamente indicado va vinculado al derecho de los consumidores a obtener información cierta, oportuna, accesible y de fácil comprensión. Sin embargo, la idoneidad del consentimiento informado va vinculado con la correcta información, toda vez que el consentimiento informado es objetivo y debe ser acreditado por medio de la adecuada suscripción del paciente, luego de haber comprendido de forma plena su contenido.

Por lo tanto, el paciente o consumidor, en un primer escenario, buscará entender, a través del consentimiento informado, el contenido del servicio ya sean los riesgos o las patologías posibles al realizarse la intervención, y, en un segundo escenario, firmar o consentir de forma escrita o verbal el consentimiento para realizarse la misma, toda vez que por medio de ello manifestará que comprendió lo delicado del procedimiento y que está a la espera, si nos encontramos en una obligación de medios, de que el servicio se brinde de forma idónea, o, si estamos ante una obligación de resultados, que el mismo sea efectuado como fue detallado en el consentimiento y por la promesa del médico.

Por ello, bajo la noción de idoneidad el consentimiento informado se manifiesta por medio de la adecuada suscripción del paciente al manifestar que está de acuerdo con la intervención y que bajo su plena comprensión acepta los riesgos de la intervención¹⁰.

Asimismo, bajo la noción del deber de seguridad, el consentimiento informado tiene como contenido, establecido por la Guía para la Elaboración del Documento de Consentimiento Informado elaborado por el Ministerio de Salud, los procedimientos, riesgos, beneficios,

¹⁰ Guía para la elaboración del Documento de Consentimiento informado. Ministerio de Salud. *Instituto Nacional de Salud*. Recuperado de: <https://web.ins.gob.pe/es/acerca-del-ins/comites-del-ins/comite-institucional-de-etica-en-investigacion/documentos-relacionados>

tratamientos alternativos, confidencialidad de la información, equipo a cargo de la intervención, entre otros. Es decir, que el deber de seguridad en el consentimiento informado es aquello que el proveedor se compromete a cumplir al actuar conforme a lo establecido en el consentimiento informado, de modo que al realizar la intervención quirúrgica el paciente podrá prever los posibles riesgos de la misma y de ocurrir un hecho ajeno a lo previsto se podrá evaluar la infracción al Código de Consumo, solo si se acredita que dicha afectación no comprendida en el consentimiento informado es un riesgo directo y común de la intervención quirúrgica a la que fue sometida el paciente.

d. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. cumplió su deber de idoneidad y deber general de seguridad como proveedor en la intervención quirúrgica de litotricia intracorpórea al acreditar que la intervención quirúrgica podría ocasionar la ruptura del uréter derecho

En base a lo mencionado previamente, considero que este extremo debe ser analizado por Indecopi, bajo el principio de especialidad, solo por infracción al artículo 25 del Código de Consumo sobre “Deber de Seguridad”, toda vez que el servicio brindado por parte de la Clínica radica, no en la idoneidad del mismo conforme a la información brindada al Consumidor, sino en determinar si se tomaron las diligencias y precauciones debidas ante la intervención quirúrgica, la cual es una conducta que puede afectar o poner en riesgo la vida, la salud e integridad del Consumidor, en este caso, de la Señora Ana Sofía Gonzáles.

En la presente Resolución, la Sala citó literatura especializada sobre el riesgo de la actividad, la cual describió que la litiasis urinaria mediante litotricia por ondas de choque (en adelante, LEOC) se utiliza de forma rutinaria en el tratamiento de la litiasis urinaria. La LEOC es actualmente uno de los tratamientos de elección de la mayoría de los cálculos localizados en cualquier sector del tracto urinario superior. La LEOC no es una técnica exenta de complicaciones, puesto que en algunos casos hay complicaciones leves y transitorias; sin embargo, la rotura del uréter en pacientes tratados con LEOC es una consecuencia de riesgo muy frecuente. A su vez, que dicha lesión puede ser una consecuencia de la acción directa de las ondas de choque sobre la pared ureteral o, por otra parte, de la acción indirecta de los fragmentos litíásicos. (Rodríguez Alonso, 2004).

En base a la literatura especializada podemos comprender que la litotricia intracorporea es una actividad riesgosa y que la misma puede

generar la rotura del uréter. Toda vez que, es un riesgo susceptible de ser generado bien por la intervención médica o por el mismo organismo. Con lo cual, se podría poner en manifiesto que la ruptura del uréter derecho de la Consumidora ocurrió por el riesgo que generaba la litotricia intracorporea.

Por lo tanto, conforme a lo expuesto por Saavedra Gil, la Resolución Final N° 655-99-CPC, Resolución 0313-2014/SPC y la Resolución 0361-2019/SPC-INDECOPI concluyo que la Clínica cumplió de forma adecuada con sus deberes de cuidado al brindar el servicio de litotricia intracorporea con suficiente diligencia, puesto que si bien la actividad es riesgosa, la misma no es susceptible de asegurar un resultado de que la intervención quirúrgica sería realizada de forma exitosa, sino que había un alto riesgo de que la misma pueda afectar la salud e integridad del consumidor, tratándose; por lo tanto, de un riesgo propio de la operación.

Dicha diligencia se manifiesta toda vez que en un inicio la Clínica informo por medio del consentimiento informado los posibles riesgos de la intervención quirúrgica; como también, de los procedimientos que en caso de ocurrir algún imprevisto serían los adecuados para poder reestablecer la salud del paciente. Por ello, bajo la declaración de la denunciada se indica que la paciente ingresó al centro médico con antecedentes de obesidad e hiperinsulinismo; como también, por un cuadro cólico renal severo y que padecía de forma constante de infecciones urinarias.

Frente a dicha situación, la Litotricia Intracorpórea fue el tratamiento aceptado por la consumidora para restablecer su salud, el cual fue efectuado de forma diligente dentro de una habitación especializada para su realización, la cual estaba implementada para cualquier contingencia, puesto que como se indica en los hechos minutos después de realizarse la litotricia intracorporea, se produjo la denudación mucosa uretral por severo proceso inflamatorio a nivel del uréter y estenosis ureteral proximal derecha, complicación poco frecuente, pero que puede presentarse dependiendo de la condición de cada paciente, en este caso de la consumidor. Lo cual complicó la intervención y se determinó realizar una laparotomía exploratoria a fin de restablecer su salud.

Cabe añadir, que estamos ante una obligación de medios, toda vez que en la primera página del consentimiento informado la paciente acepta lo siguiente:

“Soy consciente que no existen garantías absolutas de resultados con el procedimiento y se me han explicado los posibles riesgos relacionados con su aplicación”¹¹. Por tanto, bajo ello, la Clínica actuó con el fin de cumplir con su diligencia y estándares de calidad conforme a los avances de la ciencia y de la técnica del momento.

Por lo tanto, bajo el presente punto concluyo que la Clínica actuó bajo los correctos deberes de idoneidad regulados en la norma, puesto que busco cumplir no con un resultado sino con actuar bajo un adecuado estándar de calidad y diligencia. Por lo cual, no hay infracción al artículo 25 de deber de seguridad al brindar un servicio idóneo y que no pone a la Consumidora a un riesgo imprevisible, toda vez que la condición de la Consumidora determinó la complejidad de la operación.

e. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. bajo su deber de obligación como proveedor y de garantizar la seguridad general tomó las precauciones adecuadas al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014 y su respectivo cambio el 7 de agosto de 2014

En el análisis del presente extremo, considero adecuado que se evalúe en base al artículo 19 del Código de Consumo sobre “Deber de Idoneidad”, toda vez que se busca establecer si la colocación de las sondas nefrostómicas fueron brindadas de forma idónea bajo un adecuado deber de cuidado y las diligencias debidas.

Conforme a los hechos la Sala indica que, conforme al artículo 104 del Código, quién acredite la existencia de un acto que atente contra el Código de Consumo deberá probar la existencia de tal afectación. Por ello, conforme al artículo 171 del TUO de Ley Procedimiento Administrativo General – LPAG, el mismo establece que el administrado que afirme un hecho deberá aportar pruebas suficientes para sustentar la veracidad del mismo. Ello, bajo el artículo 196 del Código Procesal Civil, se indica que quién alegue una pretensión deberá poseer la carga de la prueba. Por lo cual, en un principio se deberá encomendar a la Consumidora que acredite la infracción adquiriendo por ello la carga probatoria de acreditar que se le ha cometido una infracción en el servicio brindado.

¹¹ Escrito de descargo por parte de Luis Samuel Velasco Wilson a la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte el 22 de septiembre de 2016.

Sin embargo, en el servicio médico ello no debería ser así, puesto que el que está en mejor posición de acreditar si es que se cometió o no alguna infracción al Código de Consumo, como también, un afectación hacia el paciente, será la entidad que brinda dicho servicio, es decir, la clínica u hospital. Por tal motivo, la carga probatoria, en el presente recaería en aquel que presta el servicio de salud, es decir, en la Clínica.

Asimismo, como se mencionó anteriormente, la colocación de las sondas nefrostómicas como servicio médico se encuentra regulado bajo una obligación de resultados, por lo cual bajo la resolución 1544-2008/TDC-INDECOPI, la cual evaluó el caso de la Clínica San Felipe S.A., se determinó que la carga probatoria en una obligación de resultados recae en el proveedor de asegurar que el objetivo fue brindado de forma adecuada. Sin embargo, si estamos ante una obligación de medios la carga dinámica de la prueba médica deberá recaer en un inicio en el consumidor o paciente, el cual deberá indicar la afectación a la que ha sido expuesto y, posterior a ello, será el proveedor del servicio médico el que deberá responder acreditando que no ha generado afectación alguna al Código; como también, al paciente.

Por ello, como bien expone la Sala en la presente resolución se señaló que la colocación y los cambios de las sondas nefrótomicas de ambas fechas fueron realizadas en la sala de operación y con anestesia local; es decir, que se cumplió con el correcto deber de cuidado y diligencia debida.

Toda vez que como indica la Clínica en sus descargos¹² la Consumidora firmó el consentimiento informado para el cambio de sondas nefrostómicas del 26 de marzo y del 7 de agosto, de modo que ambos cambios fueron realizados bajo las mismas indicaciones y patrones, de forma ambulatoria, y conforme a los estándares de calidad que cualquier otro agente del mercado pueda realizarlo.

Asimismo, se indicó que la condición de la paciente complicaba el procedimiento, puesto que padecía aun de los malestares de mucosidad en sus vía urinarias. Por lo cual ante tal riesgo la actividad médica fue efectuada de forma cuidadosa y previniendo cualquier complicación que se pueda derivar por tal acción, ya que tal como menciona Mario Reyes las normas de seguridad, en este caso, brindar

¹² Escrito de descargo por parte de la Clínica San Gabriel S.A. a la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte el 20 de septiembre de 2016.

el servicio en una sala de operaciones y con anestesia local, si bien no aseguran el resultado del servicio sí cumplen una función preventiva ante afectaciones a la salud, bienestar y vida del consumidor. Por cuanto, nos encontramos en una obligación de medios.

Por tanto, concluyo que no hubo infracción al artículo 19 del Código de Consumo.

f. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C realizó la laparotomía exploratoria bajo una adecuada suscripción del consentimiento informado, de modo que fue realizada por las circunstancias de exigencia de la intervención médica para garantizar su salud.

Con relación a la laparotomía exploratoria comparto la misma decisión de la Sala al declararla infundada el pedido de la Consumidora, toda vez que considero que no ha habido infracción al artículo 19 del Código de Consumo referente al deber de idoneidad.

Como bien se ha mencionado el Consentimiento Informado es un documento por medio del cual el paciente transmite su voluntad de someterse a alguna intervención médica, tratamiento o procedimiento quirúrgico de modo que sabe de pre aviso cuales serían los tratamientos opcionales, los riesgos, peligros y afecciones a las que sería expuesto por el solo cometido de la intervención médica. Asimismo, como indica el, toda vez que como explicamos el consentimiento si bien significa trasladar la información suficiente a los consumidores o usuarios sobre el servicio al que serán expuestos.

Bajo esa misma línea el artículo 7 menciona que toda persona tiene el derecho a la protección de su salud, asimismo, el artículo II del Título Preliminar de la Ley General de Salud indica que es de interés público la protección de la salud de los individuos y que el Estado es responsable de promoverla, regularla y vigilarla. Como también, que bajo su artículo 2 que todo proveedor que brinde un servicio médico debe realizarlo bajo los adecuados estándares de calidad.

Por ello, en relación a lo acontecido por la Consumidora, si bien la misma se encontraba ausente por la anestesia local para firmar el consentimiento informado es determinante señalar que por esta ausencia, un familiar totalmente capacitado y que tiene un vínculo directo con la paciente sí debe encontrarse facultado para firmar en representación de aquella, para que de tal forma se pueda garantizar su salud, integridad, bienestar y su vida misma, puesto que de recoger la figura de negar la firma del consentimiento informado por parte de

la madre en favor de la Consumidora significará que todo proveedor ante un hecho de riesgo médico posible y comunicado deberá limitarse a no actuar, porque el paciente no se encuentra en capacidad de firmarlo. Ello significaría ir en contra de la Constitución misma y de modo directo generar una grave infracción en los deberes por parte de las Clínicas, médicos y Hospitales que brinden algún servicio médico y se encuentren ante alguna situación delicada que requiere del pronunciamiento de un paciente sedado para poder salvarle la vida.

Por tanto, concluyo que no habría infracción al artículo 19 referente al Deber de Idoneidad del Código de Consumo.

IV.2. Es la clínica San Gabriel S.A.C. responsable bajo el deber de información por violación al artículo 2.1 y 67,4 literal c) del Código de Consumo, en perjuicio de la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado al no haberle brindado información relevante, suficiente, veraz y oportuna sobre el servicio médico a su cargo?

Para analizar si se vulneraron los artículos 2.1 y 67,4 literal c) del Código de Consumo, en perjuicio del Consumidor por parte de la Clínica, es primordial antes de ello poder delimitar que se puede entender por deber de información en servicios médicos y por consentimiento informado vinculado a la información en servicios médicos, para que con los conocimientos de los mismos podamos responder a detalle las interrogantes en el presente informe

a. ¿Qué se entiende por deber de información en servicios médicos?

Conforme al artículo 7 de la Constitución Política del Perú indica que todas las personas tienen el derecho de la protección de su salud. Asimismo, el derecho a la salud es un derecho humano inherente a todas las personas cuya razón se encuentra contenida en la dignidad y defensa de la persona humana conforme al artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

Acorde a la Organización Mundial de la Salud (OMS) se considera que la salud adecuada de una persona no significa solo la carencia de enfermedades, sino que debe gozar de un estado pleno de bienestar físico, social y mental¹³. Del mismo modo, el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales orienta que los Estados

¹³ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional. Celebrada en Nueva York el 19 de junio al 22 de julio de 1946. Firmada el 22 de julio de 1946.

Partes en el presente Pacto reconoce el derecho de toda persona al más alto disfrute de su salud mental y física.

Atendiendo el carácter preventivo y constitucional del Derecho de la Salud de las personas, es importante comprender que el servicio orientado a la misma requiere que el paciente sea informado de la forma más completa y sencilla posible para que de esa manera pueda comprender qué servicio médico es el más adecuado frente a las enfermedades que padece. Por ello, el artículo 65 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado defiende los intereses de los usuarios y consumidores, por lo cual respalda el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran disponibles en el mercado, y de esta forma custodia la seguridad y salud de la población.

A modo de ejemplo, si te diriges a una clínica para que te brinde un servicio médico y así curarte de la gripe común que padeces, el servicio que te ofrece el doctor debe ser lo suficientemente claro, sencillo y oportuno para que tú como consumidor puedas tomar la mejor decisión para sanarte de la afección que padeces.

Por tanto, bajo lo, previamente, mencionado, se infiere que la norma nacional como internacional regula que el servicio de Salud orientado a las personas debe ser de calidad; por lo cual, si bien requiere ser idóneo, como se menciona en el capítulo anterior, también tiene que estar comprendido en brindar información de forma suficiente, oportuna, veraz, fácilmente accesible y relevante; como también, de fácil comprensión, de modo que se pueda combatir la asimetría informativa de la que es parte un consumidor al establecer una relación de consumo con un proveedor de un servicio o producto.

Por ello, se requiere mencionar en los siguientes párrafos qué podemos comprender por deber de información y por asimetría informativa, para que luego se exponga y desarrolle su vínculo con los servicios médicos.

El Código de Consumo menciona en su artículo 1 inciso b), Derecho de los Consumidores, que los mismos tienen el derecho de acceder a información oportuna, veraz, suficiente y de fácil acceso, como también, relevante, para que así puedan tomar una decisión de consumo que se acople a sus intereses. Se infiere que todo consumidor goza del derecho de acceder a toda información, por parte de los proveedores, de fácil acceso, oportuna, cierta, suficiente y relevante, es decir, que brinde información concisa, clara y en el momento adecuado, para que así se pueda tomar una elección de consumo sin ningún tipo de vicio.

Cabe añadir, que como bien menciona el Código de Consumo, el derecho de información se presenta dentro de una relación de consumo, es decir, dentro de una contratación, por medio del cual se presentan dos

intervinientes, una que cuenta con mayor o mejor información que la otra, esto es la manifestación del principio de asimetría informativa (Echaiz 2012: pp. 106). El cual como bien indica el Código de Consumo en su Artículo V numeral 4, se comprenderá como Principio de Corrección de la Asimetría el uso de las normas de protección al consumidor para subsanar las malas prácticas o distorsiones generadas por la asimetría o la situación de desequilibrio que se presente entre los consumidores y proveedores, sea en la contratación o en cualquier otra etapa, que sitúe al primero en una situación de desventaja frente a los segundos al momento de actuar dentro del mercado.

Por su parte, el Indecopi indica en su Resolución 2188-2011/SC2-INDECOPi que es aquella información privilegiada con la que dispone el proveedor sobre los bienes y servicios que ofrece a sus clientes, debido a su profesionalización y experiencia dentro del rubro de su actividad como productor o comerciante; asimismo, por la propia dinámica del mercado exige a los proveedores a estar mejor informados para ser más competitivos.

Conforme a lo mencionado, se comprende que la norma del Código de Consumo, Principio de Corrección de la Asimetría, tiene como principal efecto buscar subsanar las malas prácticas o distorsiones generadas en el mercado por parte de los proveedores, los cuales poseen una situación privilegiada frente a los consumidores. De modo que, se buscará tutelar frente a esta desventaja a los consumidores y garantizar su derecho a obtener suficiente información para equiparar esta desfiguración de roles.

Con relación al derecho de los consumidores a acceder a información suficiente, oportuna, veraz y de fácil acceso, Salas menciona que el deber de información, cuyo objetivo es que el consumidor adopte la decisión más adecuada para adquirir un producto o servicio, debe ser entendido como el derecho de todo consumidor a obtener por parte de los proveedores toda información necesaria y oportuna (Salas Valderrama 2010: pp. 188). Se infiere que, como bien hemos ido indicando, que dicho derecho consiste en alcanzar una información adecuada y puntual, la cual será de suma importancia para el consumidor para que pueda reducir la asimetría informativa a la que está expuesta y pueda saber qué tipo de producto o servicio comprará, a fin de satisfacer sus propios intereses.

Por su parte, Daniel Echaiz señala que todo proveedor que quiera ser considerado como tal deberá poner a disposición del consumidor información suficiente sobre el servicio y que ello significa no mantener al consumidor a ciegas (Echaiz, 2012, pp. 113).

Se deduce, por lo mencionado por el autor, que para que todo proveedor sea considerado como tal deberá otorgar al consumidor información

idónea y que la misma debe estar disponible para este para que tenga una percepción clara del bien o servicio al que estará expuesto. De igual forma, podemos considerar que como bien menciona Bullard la información puede ser conceptualizada como un bien que posee un valor económico establecido por el contexto, circunstancias y utilidad hacia los ciudadanos (Bullard 2000: pp. 292). Por lo mencionado, se infiere que la información que un proveedor debe otorgar al consumidor tiene un alto valor económico y todo proveedor debe ponerla a disposición del usuario como si de un bien se tratara, el cual podrá permitirle adoptar las mejores decisiones en favor de su propio beneficio y que potencialmente mejorará el mercado al fomentar la distribución de información clara, sencilla, útil y oportuna.

El Indecopi, por medio de la Sala, menciona en su Resolución 1457-2013/SPC-INDECOPI que el derecho a la información que poseen los consumidores, dentro de un marco de economía social de mercado, se ramifica como un valor económico, ya que se premia con la elección del consumidor de contratar con las empresas más idóneas.. Asimismo, bajo la regulación de los artículos 1°.1 literal b) y 2° del Código, obliga a los proveedores a proporcionar toda la información relevante, para que de tal forma se evite que los consumidores caigan en error al momento de contratar, usar o consumir los productos o servicios ofertados en el mercado.

Por lo tanto, se concluye que el deber de información es aquel derecho que tienen todos los consumidores para adquirir de forma suficiente, oportuna, veraz, fácilmente accesible y relevante toda información brindada por los proveedores. Como también que estos tienen la obligación de ofrecerla a los consumidores para que de esa manera se pueda reducir la asimetría informativa, es decir, aquel desequilibrio de posiciones entre el proveedor y el consumidor, teniendo aquel una posición privilegiada sobre qué tipo de servicio ofrece al mercado y que riesgos puede generar en el sujeto que lo solicite.

Conforme a ello, el deber de información en un servicio médico es aquel por medio del cual el proveedor brinda al consumidor información clara y sencilla (de fácil comprensión), completa (lo necesario), oportuna (brindada en el momento adecuado) y veraz (cierta, no debe engañar al consumidor) sobre la atención médica a la que será sometido para poder curar su enfermedad. Es decir, a modo de ejemplo, si recurro al médico para que verifique por qué padezco de una gripe común, aquel me indicara, de forma sencilla, mi estado de salud, los posibles motivos de mi enfermedad y los medicamentos para reestablecer mi condición.

Asimismo, me indicará la forma en que debo de consumirlos y sus posibles efectos¹⁴.

A pesar de lo mencionado, el deber de información dentro de los servicios médicos no consiste solo en informar del servicio que se ofrecerá a un consumidor, sino también en comunicarle como se encuentra actualmente y hacer un registro de antecedentes, en su historia clínica, del estado del paciente de modo que se puedan obtener datos de este por medio de interrogantes, análisis y exámenes que permitan obtener un diagnóstico correcto del paciente. Bajo lo mencionado Oscar Vera indica lo siguiente:

“Dentro del contexto médico legal y deontológico del ejercicio de las profesiones sanitarias, la historia clínica adquiere su máxima dimensión en el mundo jurídico, porque es el documento donde se refleja no sólo la práctica médica o acto médico, sino también el cumplimiento de algunos de los principales deberes del personal sanitario respecto al paciente: deber de asistencia, deber de informar, etc., convirtiéndose en la prueba documental que evalúa el nivel de la calidad asistencial en circunstancias de reclamaciones de responsabilidad a los profesionales sanitarios y/o a las instituciones públicas. La historia clínica tiene como finalidad primordial recoger datos del estado de salud del paciente con el objeto de facilitar la Atención médica” (Vera, 2013 pp. 79)

Es decir, que los pacientes tienen el deber de brindar información clara a los médicos sobre su estado físico y de salud de forma verdadera, para que de esa manera los médicos puedan comunicarle de forma clara su estado de salud, por medio de su historia clínica, y de los posteriores actos que se realizarían para el bienestar de su salud. Por lo cual, la historia clínica funciona como un documento significativo que determinará si el médico brindó la información cierta al paciente sobre su estado de salud y si aquel actuó de forma correcta al brindarle información suficiente para la realización de algún servicio.

Entonces, bajo lo previamente mencionado, es deber de todo profesional que brinda un servicio médico realizar la actividad asistencial de forma correcta, es decir, de manera idónea cumpliendo con todas las garantías debidas, si no también con el correcto cumplimiento de deber de

¹⁴ Por ejemplo, las pastillas de corticoides tienen como efecto la acumulación de líquidos lo cual genera que haya una hinchazón en el cuerpo como si estuvieras engordando. Por lo cual, es necesario que el médico brinde información sobre el servicio de salud que te brinda tanto en el diagnóstico como en las opciones de medicamentos que te brinda para restaurar la salud del consumidor.

información que facilitará su toma de decisión. Conforme a lo indicado Ángel García menciona lo siguiente:

“La información estará presente en todas las actuaciones en el ámbito de la salud, las cuales conforman un proceso continuado, debiéndose proporcionar toda la que esté disponible y sea relevante. No pretende el legislador que la información que se proporcione sea "completa" pues ello podría suponer un exceso de información que, tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 27/12/2001, "dificultaría el desempeño de la función médica con la imposición a los facultativos de exhaustivas indicaciones de todas y cada una de las eventualidades imaginables, por remotas y excepcionales que pudieran resultar [...] La exigencia de información ha de entenderse a lo razonable [...] del paciente sobre su estado de salud y la consciente adopción por él de las decisiones que le conciernen, con ponderación de los riesgos y beneficios que de las alternativas ofrecidas puedan previsiblemente derivarse [...] su naturaleza (en qué consiste, qué se va a hacer), los riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, incluyendo no sólo los derivados de la intervención, aquéllos cuya producción deba normalmente esperarse según el estado y conocimiento actual de la ciencia, sino también los riesgos referentes a las características individuales de cada paciente” (García Milán: 2008, pp. 276 – 277).

Por lo mencionado, se deduce que el deber de información bajo lo mencionado por el autor es un camino acertado en favor del consumidor, puesto que permitirá ; en primer lugar, determinar el tratamiento más adecuado; en segundo lugar, facilita la comprensión del servicio y; en tercer lugar, permitirá al paciente poder prever los riesgos y peligros de la intervención médica, cuya complejidad es propia del servicio normalmente esperado por el avance de la ciencia y la técnica, como también, los riesgos a los que está expuesto por su condición¹⁵.

Por ello, como bien menciona Revilla, cuando un paciente busca a un médico es porque se encuentra en una situación de vulnerabilidad y

¹⁵ No se tendrá el mismo riesgo en realizar una extracción de un vaso en un paciente que se encuentre bien de salud a diferencia de un paciente que padezca de Cáncer, puesto que este dependiendo de su estado tiene mayor complejidad de riesgo de que la intervención médica ponga en peligro su vida.

desprotección por la enfermedad que padece, por lo cual si ante tal situación los médicos se aprovechan de la misma para imponerse con su conocimiento científico y no se les explica las veces que sean necesarias se los colocaría en una situación desfavorable, por lo cual brindarles información, solucionar interrogantes, detallar las consecuencias de cada decisión e incluso, bajo una adecuada información, permitirles determinar que tratamiento le es más adecuado la evolución del rol del médico al brindar un servicio (2007: pp. 223).

Por lo tanto, podemos concluir que el deber de información en el servicio médico consiste, tanto en brindar información clara, suficiente, oportuna, veraz, de fácil acceso y comprensión; como también, en detallar al paciente cual es su estado médico actual y los actos que se deberán seguir, los cuales serán registrados en su historial médico, de modo que se pueda determinar los riesgos propios de la intervención médica como los posibles riesgos que padecería por su propio estado de salud, el cual previamente se habrá detallado en su historia clínica en base a exámenes e interrogatorios, de modo que el paciente bajo ello podrá pronunciarse e indicar a qué intervención médica prefiere someterse.

b. ¿Qué se entiende por protección bajo la noción de consumidor en los servicios médicos?

Como se indicó previamente el consumidor, bajo el artículo IV, es aquella persona natural o jurídica que disfruta como destinatario final de un producto o servicio en beneficio propio o de un grupo familiar o social bajo un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Es decir, que se considerará como consumidor final a aquel sujeto que disfruta de forma directa del producto o servicio para satisfacer sus propios intereses.

Conforme a ello, con el objetivo de garantizar los intereses de los consumidores el Código de Consumo plantea una serie de obligaciones hacia el proveedor, siendo la relevante para el apartado del presente punto del informe, la de protección de la salud del consumidor. El artículo 67 del Código de Consumo indica que el proveedor de los productos o servicios tiene como obligación la protección de la salud del consumidor, en esa misma línea, el numeral 4. a. del presente artículo, menciona que el derecho a la protección de la salud del consumidor es irrenunciable, por lo cual este tiene el derecho de que le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características, condiciones y particularidades del servicio brindado.

Bajo lo mencionado la Ley General de Salud, Ley N° 26842, en su artículo II del Título Preliminar que la protección de la salud es de interés público, por lo cual es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. Conforme a ello, Santiago Roca menciona que es derecho de todo

paciente el recibir información en términos sencillos, completa y continua sobre su pronóstico médico, diagnóstico y opciones de tratamiento. Como también, información y advertencias sobre los medicamentos utilizados. Asimismo, indica que la idoneidad del servicio se ve reflejada en el detalle de la historia clínica cuya información debe ser siempre registrada, y que no es posible alguna intervención quirúrgica sin un consentimiento previo, consentido e informado al paciente (Roca, 2011, pp. 499 – 500).

Por lo expuesto, se infiere que el paciente tiene el derecho de recibir información comprensible, completa y continua de modo que se pueda determinar su diagnóstico y se le advierta los riesgos de la intervención quirúrgica o medicamentos para restablecer su salud. Por ello, en relación al artículo 67.4.a del Código de Consumo referente al derecho de los consumidores a que se les brinde información veraz, oportuna y completa del servicio queda firme que la protección al Consumidor Final no solo se refiere a brindar un servicio idóneo, sino que la misma alcanza a la información puesta a disposición de los consumidores. En esta misma línea, a modo de ejemplo, la Sala de Protección al Consumidor por medio de su Resolución 0025-2017/SPC-INDECOPI determinó que en caso de los servicios de atención médica, como los odontológicos, conllevan a un grado de riesgo. Por lo cual, es necesario que los agentes de salud y entidades delegadas de brindar el servicio médico de salud actúen con la mayor diligencia posible y que, previamente, se haya puesto a disposición la información brindada al proveedor.

Por lo tanto, se concluye que la protección bajo la noción de consumidor final, y su regulación por parte del artículo 67 numeral 4.a. del Código de Consumo, como todo derecho irrenunciable de los consumidores a recibir información veraz, oportuna y completa. Especificando que si bien la idoneidad del servicio es sumamente importante, una correcta información en favor del consumidor es un derecho que este requiere para superar la asimetría informativa y el a su vez es inherente al consumidor y no puede ser limitado ni anulado por ningún agente del mercado.

c. ¿Cómo es el consentimiento informado que se vincula a la correcta comunicación de forma suficiente, clara, oportuna, veraz y fácilmente accesible por parte del proveedor?

Como se ha mencionado en puntos anteriores, la información relevante, artículo 2.1 del Código de Consumo, consiste en que el consumidor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo para que de esa forma pueda comprender de forma exacta en qué consiste el producto o servicio que deberá adquirir. Asimismo, el referido artículo en su numeral 2 indica que se definirá como información relevante a aquella

información que debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible.

Cabe añadir que la Ley General de Salud en su artículo 15. 2 inciso f), acceso a la información, ilustra que toda sujeto posee el derecho a que se le otorgue en palabras sencillas de forma oportuna y continua sobre su padecimiento, incorporando dentro de aquella su diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como también sobre los riesgos, contraindicaciones y advertencias de la intervención y tratamiento médico a la que será expuesto.

Es decir, que dentro de un servicio médico, como el del presente informe, la información que debe ser trasladada al consumidor para romper con la asimetría informativa a la que está expuesto este frente a los conocimientos de la técnica y la ciencia del proveedor debe ser lo suficientemente adecuados y acertados para lograr equiparar esta situación de desigualdad, por lo cual el medio adecuado que se adoptó en este tipo de servicios médicos clasificados como intervenciones quirúrgicas, predominante en el tema sujeto a análisis, es denominado como Consentimiento Informado.

Bajo esta misma línea, la Ley General de Salud menciona en su artículo 4 que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviera impedida de hacerlo. Agregando a lo anterior, el artículo 15. 4 de la Ley General de Salud referente al consentimiento informado, indica en su inciso a) que la persona debe otorgar su consentimiento de forma voluntaria, libre e informada, sin que haya ningún mecanismo que vicie su voluntad para comprender sobre el tratamiento o procedimiento para restablecer su salud; como también, que debe constar por escrito. Cabe añadir que el artículo 27 de la presente Ley indica que todo médico tratante está obligado a informar al paciente sobre el pronóstico, tratamiento, diagnóstico y dirección de su problema de salud, como también, de las consecuencias y riesgos del mismo.

Por lo mencionado, se infiere que la Ley General de Salud, como la regulación en favor de los consumidores, comprende que es de suma importancia que ante servicios médicos como las intervenciones quirúrgicas o tratamientos para restablecer la salud de un paciente, se requiere que el mismo sea informado de forma plena, completa, bajo términos de fácil comprensión y de manera oportuna. Por lo cual, para lograr ello utilizarán el consentimiento informado como el perfecto documento en donde se trasladará la información suficiente sobre el servicio médico a tratar el cual no debe inducirlo a error o vicie su voluntad como bien menciona la Ley General de Salud.

Entonces, el consentimiento informado no solo es un permiso que otorga el paciente al agente de salud para realizarse algún procedimiento médico, sino que es un proceso gradual y progresivo de confianza e información, en el cual el doctor otorga al usuario la facultad de decidir, luego de poseer toda la información suficiente sobre el servicio, como un adecuado diagnóstico, que procedimiento médico será el más idóneo para su condición. Asimismo, el presente documento deberá indicar bajo un lenguaje simple, comprensible los matices, riesgos, beneficios esperados y posibles secuelas de la intervención médica; como también, de otras alternativas posibles frente a la principalmente expuesta (Revilla, 2007, pp. 225).

Se infiere que si bien el consentimiento informado es un requisito legal para poder realizar la intervención quirúrgica el mismo va más allá de ello, puesto que como bien indica la autora constituye; en primer lugar, como la herramienta necesaria por la cual el proveedor o médico brinda información al paciente sobre el procedimiento que se llevará a cabo, es decir, representa la obligación del proveedor; en segundo lugar, es el derecho de los pacientes a, por medio de una adecuada información del servicio, poder decidir libremente cual de entre todos los tratamientos disponibles le da mayor tranquilidad y seguridad de éxito para restablecer su salud; en tercer lugar, respeta la autonomía del paciente toda vez que será este sin coacción alguna el que decidirá a que intervención será sometido, y; por último, legitima la relación médico paciente la cual permitirá que este último confíe en la información brindada por el proveedor, el cual debe estar lo suficientemente preparado para explicarle los riesgos de la operación bajo términos sencillos y de fácil comprensión toda

Por tanto, se concluye que el consentimiento informado guarda una estrecha relación con el artículo 1.1 inciso b y del artículo 2.1 y 2.2 del Código de Consumo, toda vez que por medio de este documento el paciente podrá adquirir información veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y de fácil acceso sobre el servicio reduciendo o amortiguando la clara asimetría que padece contra el médico, el cual es un experto en esta área de salud, para que de esta forma pueda tomar una decisión de consumo de forma acertada; como también, tener la autonomía de decidir entre los diversos tratamientos el más adecuado para su salud. Asimismo, que de faltar algún tipo de información sobre los riesgos a su salud por la intervención quirúrgica se entenderá que el consentimiento informado no fue brindado de forma apropiado induciendo a error al paciente.

d. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. cumplió con el correcto deber de información al haber acreditado que la litotricia

intracorpórea no genera como riesgo propio la nefrectomía radical

Con relación al presente extremo me encuentro conforme a lo determinado por la Sala, toda vez que considero que no hubo infracción al artículo 2.1 toda vez que el proveedor sí brindó información suficiente, oportuna, veraz, accesible y de fácil comprensión sobre los riesgos mismo de la operación por medio del consentimiento informado.

Considero que como bien indica Revilla, en los puntos anteriores, el consentimiento informado es mucho más complejo que la idea que es el medio, por el cual el paciente otorgue el permiso para la realización de una intervención médica, sino que significa; en primer lugar, que el consumidor pueda trasladar, por medio del consentimiento informado, su propia voluntad en relación a la intervención a la que será expuesto; en segundo lugar, a generar una relación de confiabilidad con la proveedora; en tercer lugar, a tomar una decisión que no se encuentre sometida a vicios, y; por último, que el proveedor brinde información suficiente, veraz y oportuna al paciente

Conforme a ello, en relación a los hechos del caso, se indicó en el consentimiento informado que los posibles riesgos de la litotricia intracorpórea radicarían en la alteración de la función renal con disminución o incluso pérdida de la misma. Como también, la ruptura ureteral u otras más de difícil predicción. Asimismo, por medio de sus descargos, Luis Manuel Velasco Wilson indicó que, en tanto se comunicó que entre la litotricia extracorporeal y la intracorpórea, la más adecuada para el estado de la consumidora era la intracorpórea, se realizó la intervención en tal sentido; sin embargo, al padecer la paciente de infecciones se generó una denudación de mucosa uretral por severo proceso inflamatorio que terminó por complicar la operación.

La nefrectomía radical es un procedimiento médico quirúrgico, por medio del cual, el médico decide extirpar la totalidad del riñón o parte de este, cuya motivación se origina por el tejido renal gravemente dañado o que el órgano padece de alguna enfermedad¹⁶. En base a ello, se comprende que la nefrectomía posee una razón médica para que un agente de la salud se encuentre motivado para su realización.

Por lo que, ante dicha situación, las técnicas quirúrgicas a aplicar deben ir de lo simple a lo complejo, nefrectomía polar y nefrectomía total. En esta técnica, como último recurso, se realizará solo si el riñón opuesto esté en buenas condiciones y aquel afectado padezca de un gran cálculo, de una

¹⁶ Definición sobre la nefrectomía vista en: <https://www.mayoclinic.org/es/tests-procedures/nephrectomy/about/pac-20385165?p=1>

abolición funcional crónica o de una gran infección (pionefrosis). (Bernardi 1958: pp. 414).

En base a lo indicado, una pionefrosis es comprendida como una infección del tracto urinario generada por la acumulación de material purulento en el sistema pielocalicial. Como también, que se derive de una complejidad de una pielonefritis (Asensi Miranda : 2022).

La pielonefritis es comprendida como un tipo de infección renal que se localiza en las vías urinarias que normalmente empiezan desde la vejiga y suben a uno o ambos riñones. Asimismo, puede volverse crónica, lo cual podría desencadenar daños permanentes a los riñones (National Institute of Diabetes and Digestive and Kidney Diseases [NIH]: 2017).

Bajo esa misma línea, como bien indican los doctores Ercole, Provenzal y Rubino la nefrectomía tiene sus indicaciones, utilidades o eficacia referente a casos litiasis o pielonefritis localizada (1964: pp. 9). Por lo tanto, por lo previamente mencionado, se puede comprender que la consecuencia más común por la cuál un médico recurre a una nefrectomía estaría sujeta a que el paciente padezca de alguna infección renal sumamente grave como la pieloeftitis cuya consecuencia podría desencadenar daños permanentes en el riñón y a sus vías urinarias.

La Sala en la presente resolución, de forma acertada, menciona la historia clínica de la consumidora e informa que la misma; en primer lugar, fue diagnosticada por cólico renal derecho; en segundo lugar, que luego de exámenes se determinó que padecía de litiasis, y; por último, el 30 de junio de 2014 se le diagnosticó con pielonefritis aguda no complicada.

Sin embargo, como bien indica la Sala y la historia clínica de la paciente, la pielonefritis aguda de la señorita Hurtado se convirtió en una de estado crónico por su descuido y delicado estado de salud, toda vez que dicha anomalía se constituye como un riesgo propio de la infección. Por tal motivo, es que la Clínica, por medio de sus médicos especialistas, optan que la mejor opción de tratamiento ante dicha infección renal es la nefrectomía radical derecha.

Por tal motivo, es adecuado comprender que una de las no consecuencias de la litotricia intracorpórea es la pérdida del riñón derecho, sino que la misma se genera por una grave infección urinaria, la cual tiene como riesgo propio generar daños a las vías urinarias y, posteriormente, al riñón. Por ello, resulta inadecuado que la Clínica deba informar en su consentimiento informado a la Consumidora de que la litotricia intracorpórea tiene como riesgo propio la pérdida del riñón derecho, toda vez que la misma no es una consecuencia directa de la intervención quirúrgica, sino de la infección que padezca un paciente en sus vías urinarias, configurándose como un riesgo ajeno al procedimiento médico.

Por ello, ante la delicada situación de la señora Ana Sofía Gonzales hacía imposible que, conforme a los avances de la ciencia y técnica del momento, la Clínica deba advertir en su consentimiento informado que la pérdida del riñón derecho se origina como consecuencia de la litotricia intracorpórea.

Por lo tanto, considero que no ha habido afectación al artículo 2.1 de información relevante sobre el Código de Consumo y comparto la decisión de la Sala referente al presente extremo, toda vez que en el consentimiento informado sobre la litotricia intracorpórea no se constituiría como un riesgo propio la pérdida del riñón derecho y su posterior extracción por medio de una nefrectomía radical.

e. Analizar si la Clínica San Gabriel S.A.C. brindó el consentimiento informado de forma relevante, suficiente, veraz y oportuna a la paciente de que la litotricia intracorporea tenía como riesgo generar la ruptura ureteral

Con relación a si la Clínica brindo dentro del consentimiento informado de forma relevante, suficiente, veraz y oportuna información a la paciente sobre si la litotricia intracorpórea poseía como riesgo propio generar la ruptura ureteral, comparto la decisión adoptada por la Sala, toda vez que se generaría una afectación al artículo 2.1 del Código de Consumo referente a que el proveedor tiene la obligación de ofrecer al proveedor toda información relevante, oportuna, de fácil comprensión y suficiente al consumidor. Ello es materializado, en el presente caso, por medio del consentimiento informado cuyo documento no poseía dicha información, la cual se configura como riesgo propio de la litotricia intracorporea la ruptura de los uréteres.

La litotricia es un procedimiento que utiliza ondas de choques para desintegrar cálculos renales y partes de los mismos que se encuentran dentro de los uréteres, cuya función es la del transporte de orina de los riñones a la vejiga¹⁷. Asimismo, es un recurso médico si bien no de alto riesgo bajo los avances de la ciencia y técnica del momento no se puede asegurar su completo éxito, lo que significaría que nos encontramos ante una obligación de medios y no de resultados. Es decir, un servicio que te garantiza que la Clínica junto a sus agentes de salud realizarán la intervención quirúrgica cumpliendo los altos estándares de calidad y con su correcto deber de cuidado.

Si bien una de las principales funciones de la Clínica es brindar un servicio adecuado e idóneo a la Consumidora. También lo es el brindarle dentro

¹⁷ Definición sobre la Litotricia vista en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007113.htm>

del consentimiento informado información suficiente sobre los riesgos de la intervención quirúrgica a la cual será sometida.

Debemos recordar que el consentimiento informado está íntimamente vinculado a los derechos fundamentales, el derecho a la intimidad y el derecho a la salud, por lo cual el médico no puede actuar sin obtener de forma expresa la aceptación del paciente (Carhuatocto, 2010: pp. 154). Es decir, que el consentimiento informado es el medio por el cual se tutela la salud de la persona y su libertad personal de decidir, bajo una información acertada, si desean someterse, entre distintas opciones, a cierta intervención médica.

Por lo expuesto, el consentimiento informado es sumamente importante, ya que por este medio podemos evitar graves perjuicios a nuestra salud, integridad y vida. A modo de ejemplo tenemos el caso expuesto por el Tribunal norteamericano, *Mohr Vs. Williams*, en el cual se condenó al médico por agresión, ya que la paciente Ana Mohr otorgó el consentimiento para ser operada solo de su oído derecho, pese a ello el médico la opero del izquierdo, ya que a consideración del agente de salud era el que necesitaba intervención. Dicha operación, según los hechos, fue un fracaso y el médico fue sancionado por no haber obtenido el consentimiento de la paciente para intervenirla. Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho violado fue el derecho sobre si mismo cuya definición es que se prohíbe a los médicos la afectación a la integridad de sus pacientes sin contar con su consentimiento (Carhuatocto 2010: pp. 76).

En base a esta situación, podemos comprender que el consentimiento informado es un medio que garantiza al paciente; por un lado, que el médico que realice solo aquello a lo que se le dio permiso, y; por otro lado, a que la consumidora esté informada sobre los riesgos que padecerá en la intervención médica.

Como bien señala la Sala, en la presente Resolución, en su considerando 80, la Clínica comunicó que a la Consumidora que cuando se realizara la colocación de un catéter, a fin de impedir la obstrucción del riñón, es posible que se genera la ruptura uretral, es decir, una afectación a la uretra. Asimismo, la Clínica en el consentimiento informado suscrito por la Consumidora en el literal (i) señala que en caso de precisar un catéter para impedir la obstrucción del riñón se podía generar la ruptura uretral.

Asimismo, la Sala en su considerando 81 y 82 menciona que lo que se produjo en realidad fue una ruptura ureteral, es decir, una lesión a uno de los uréteres, órganos distintos a la uretra, como consecuencia de la litotricia. Como también, que la Clínica no informó a la Consumidora de forma debida en el consentimiento informado sobre aquél riesgo de la

intervención quirúrgica, por lo cual la señora Ana Sofía Gonzáles no tenía forma de saber que la litotricia le iba a generar dicha afectación.

Cabe añadir, que como se ha venido mencionando la litotricia es usada para eliminar los cálculos en los riñones por medio de ondas de choque, asimismo para su procedimiento se requiere que el ureteroscopia, herramienta que transportará las ondas de choque, se introduzca dentro del uréter afectado o donde se encuentre el cálculo.

Conforme a ello la doctora Tania Gonzáles menciona que el empleo de una ureteroscopia con un endoscopio semirrígido posee la posibilidad de generar un mayor riesgo de perforación (Gonzáles :2013). Lo cual, nos permite deducir que una litotricia intracorporea cuya aplicación se da de forma interna y se introduce dentro de los uréteres para la eliminación de cálculos renales, ante la dificultad de la intervención, sí sería susceptible de generar una ruptura dentro del uréter afectado.

Por ello, en base a lo mencionado podemos comprender que una litotricia intracorpórea sí posee como riesgo propio la ruptura tanto de la uretra, cuya información está contenida en el consentimiento informado; como también del uréter, cuya información no fue consignada en el consentimiento trasladado a la consumidora.

Por lo tanto, comparto la decisión de la Sala y considero que sí ha habido una afectación al artículo 2.1 de información relevante sobre el Código de Consumo, toda vez que la litotricia intracorporea tiene como riesgo propio la ruptura de la uretra como del uréter. Asimismo, dicho peligro no ha sido comunicado a la señora Ana Sofía Gonzales en el consentimiento informado que suscribió, por lo cual la Clínica no le brindó información de forma suficiente, oportuna, veraz, fácilmente accesible y relevante para que decida de forma adecuada si deseaba someterse a la presente intervención quirúrgica.

V. CONCLUSIONES

La resolución No. 2365-2018/SPC-INDECOPI como bien se ha expuesto, radica sobre el análisis de la relación de consumo entre la señora Ana Sofía Gonzáles Hurtado y la Clínica San Gabriel S.A.C. Cuyos principales problemas jurídicos radicaban en la afectación a los artículos artículos 2.1, 19, 25 y 67,4 literal c) del Código de Consumo.

Asimismo, se tomaron como problemas principales dos sucesos. En primer lugar, si la Clínica San Gabriel S.A.C. es responsable por afectar el artículo 25 del Código de Consumo, referente a medidas de Seguridad, al brindar el servicio de litotricia intracorpórea de forma deficiente y que las

colocaciones de las sondas nefrostómicas no fueron realizadas de forma correcta. Como también, que el consentimiento para la realización de la laparotomía exploratoria fue generado de forma no idónea. En segundo lugar, determinar si se afectó el artículo 2.1 del Código de Consumo referente a la obligación del proveedor de brindar información relevante en el consentimiento informado, toda vez que la señora Ana Sofía menciona que no se le informó en el documento que uno de los riesgos posibles de la litotricia sería la nefrectomía; como también, que en el consentimiento solo se indicó que un riesgo posible es la ruptura de la uretra más no del uréter, cuyo órgano fue afectado por la intervención quirúrgica.

Con relación al primer problema. comparto el criterio de la Sala al determinar que la litotricia intracorpórea no constituía como riesgo propio de la actividad la pérdida del riñón derecho, sino que el mismo se generó a raíz de la delicada salud de la paciente. Toda vez, que ingresó al centro médico con una pielonefritis aguda, la cual se volvió crónica con el pasar de los días, desencadenando la pérdida del riñón derecho por medio de la nefrectomía. Asimismo, nos encontramos ante una obligación de medios, lo cual no se garantizaba el resultado, sino solo que la clínica cumpliera con el correcto estándar de calidad del servicio. Por lo cual no habría una infracción al artículo 25 del Código de Consumo. En esa misma línea, las sondas nefrótomicas como bien señala la Sala fueron colocadas de forma correcta y bajo el estándar de calidad óptimo, toda vez que se realizaron dentro de una sala médica con previa anestesia. Por lo cual, no hubo afectación alguna al referido artículo del Código de Consumo. Por su parte, con relación al consentimiento informado cuestionado para la realización de la laparotomía exploratoria. He de recordar que los médicos tiene el deber de tutelar la salud de los pacientes de forma idónea y general, es decir, que ante diversas complicaciones médicas los agentes de salud no deben ser ajenos ante la situación, sino que tienen el deber de tutelar la integridad, bienestar y vida de cada paciente. Por lo cual, el consentimiento informado puede ser firmado válidamente por el paciente como por un familiar cercano a él. A fin de que el agente de salud pueda realizar su acto médico de restablecer la salud del paciente, ya que de no permitir ello se daría el permiso de que los médicos desconozcan su actividad de resguardar la vida de los pacientes ante complicaciones médicas. Por lo cual no habría afectación al artículo 19, referente a la idoneidad del servicio, del Código de Consumo.

Con relación al segundo problema comparto lo indicado por la Sala toda vez que en el consentimiento informado solo se indicó a la Consumidora que el riesgo de la litotricia sería la ruptura de la uretra, más no del uréter. A su vez, como bien se expuso, un riesgo de la litotricia intracorpórea por lo rígido de sus herramientas de trabajo es alguna ruptura dentro del úreter.

Por tal motivo, dicho riesgo sí debió ser informado. Por ello, es adecuado la decisión de la Sala en indicar que no se le informó a la paciente en el consentimiento informado que un riesgo propio de la litotricia intracorpórea sería la ruptura del uréter. Por lo cual, se determinó una afectación al artículo 2.1 del Código de Consumo.

Asimismo, considero adecuado lo expuesto por la Sala al indicar que la nefrectomía no es un riesgo propio de la laparotomía exploratoria, sino que la misma se deriva por la pielonefritis aguda que padecía la paciente la cual se volvió crónica, y terminó desencadenando la pérdida del uréter y posterior extracción del riñón por medio de una nefrectomía. Por tal motivo, no resulta adecuado que en el consentimiento informado se debe indicar como un riesgo propio de la intervención quirúrgica la realización de una nefrectomía. Por ello, no habría infracción alguna al artículo 2.1, obligación de los proveedores sobre información relevante, del Código de consumo.



BIBLIOGRAFÍA

Abellán, Luis & Reyes López, María José (2002). *Derecho de consumo*. Valencia: tirant lo blanch.

Alcantara & Estigarribia, Olga y Maria Laura (2002). *Derecho del Consumidor: doctrina, legislación y jurisprudencia*. Trujillo: Normas legales.

Bernardi, R. (1958). Tratamiento de la litiasis renal. *Revista Argentina de Urología*, 27(7-12), 408-416.

Bueres, A. J. (1981). *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*. Ed. baco de Depalma.

Bullard González, Alfredo (2000). *La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo*. Lima: Palestra

Carbonell O'Brien, Esteban (2015). *Análisis al código de protección y defensa del consumidor: Ley No.29571 - Ley No.29888 - Ley No.30046 - Ley No.30056*. Lima: Lurista.

Carhuatocto Sandoval, Henry (2010). *La responsabilidad civil de los hospitales por negligencias médicas y eventos adversos: el caso de las infecciones intrahospitalarias*. Lima : Jurista.

De la Cruz Carranza, D. M. (2020). La SANCIÓN POR FALTA DE IDONEIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD¿ PUEDE LLEGAR A RESTRINGIR EL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA?. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 9(1), 62-82.

Durand Carrión, Julio (2008). *El derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Lima: Asamblea Nacional de Rectores.

Echaiz-Moreno, D. (2012). El derecho del consumidor a la seguridad. *Ius et Praxis*, (043), 105-124.

Ercole, R., Provenzal, O., & Rubino, H. L. (1964). La nefrectomía parcial renal en el tratamiento de la litiasis renal. *Revista Argentina de Urología*, 33(1-3), 6-11.

Espinoza E., Juan (2003). *Derecho del Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica.

García, G. M. R. (2008). ¿ Asimetría informativa o desigualdad en el mercado?: apuntes sobre el verdadero rol de la protección al consumidor. *Foro Jurídico*, (08), 113-119.

García, G. R. (2014). El apogeo y la decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor. *THEMIS: Revista de Derecho*, (65), 303-314.

García Millán, Ángel. (2009). La información al Paciente como pieza clave de la Calidad Asistencial. *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 2(6), 275-279.

Recuperado en 10 de junio de 2023, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1699-695X2009000100005&lng=es&tlng=es

González T. (2013). "Tratamiento quirúrgico de la litiasis ureteral". *Revista Cubana de Urología*. Recuperado de: <https://revurologia.sld.cu/index.php/rcu/article/view/48/77>

Muelas, M. V. D. (2017). *Ética en la asistencia extrahospitalaria: el paciente un ser humano y no solo una patología* (Doctoral dissertation, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir).

Navarro Serrato, J. (2023). "Litotricia láser". TopDoctors. Recuperado de: <https://www.topdoctors.es/diccionario-medico/litotricia-laser>

Ochoa, F. B. (2006). Deber de información, consentimiento informado y responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica. In *Deber de información, consentimiento informado y responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica..* Universidad del Rosario.

Ortiz, P. A., & Burdiles, P. P. (2010). Consentimiento informado. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 21(4), 644-652.

Parodi, F. O., & Freyre, M. C. (2000). El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, 53, 475.

Pereira Arias, J. G., Gamarra Quintanilla, M., Urdaneta Salegui, L. F., Mora Christian, J. A., Sánchez Vázquez, A., Astobieta Odriozola, A., & Ibarluzea-González, G. (2017). Estado actual de la litotricia extracorpórea por ondas de choque en la litiasis urinaria. *Arch Esp Urol*, 70(2).

Pérez Bustamante, L., & Bergel, S. D. (2004). *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Astrea

Revilla Lazarte, Diana E, & Fuentes Delgado, Duilio J. (2007). The reality of informed consent at peruvian medical practice. *Acta Médica Peruana*, 24(3), 223-228. Recuperado en 10 de junio de 2023, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172007000300014&lng=es&tlng=en.

Roca, Santiago, & Céspedes, Eva. (2011). La ley y las prácticas de protección al consumidor en Perú. *Gestión y política pública*, 20(2), 485-522. Recuperado en 10 de junio de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-10792011000200008&lng=es&tlng=es

Rodríguez Alonso, A., Suárez Pascual, G., González Blanco, A., Bonelli Martín, C., Lorenzo Franco, J., Cuerpo Pérez, M.Á., Used Aznar, Ma. M., Álvarez Fernández, J.C. y Nieto García, J. (2004). Rotura Yatrógena de Uréter Secundaria a Litotricia Extracorpórea por Ondas de Choque. *Actas Urológicas Españolas*, 28 (7). Recuperado desde: <https://scielo.isciii.es/pdf/aeu/v28n7/nota2.pdf>

SAAVEDRA GIL, R. (2022). Tratado de Derecho Mercantil. Derecho del Consumidor, Competencia Desleal y Libre Competencia. Instituto Peruano De Derecho Mercantil – IPDM. Jurista Editores.

Salas Valderrama, Rodolfo Alejandro (2010). “Algunos apuntes y reflexiones sobre la tutela de los derechos de los consumidores y la asimetría informativa en el mercado”. Foro Jurídico 11. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Siurana Aparisi, J. C. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, (22), 121-157.

Supo Calderón Daniela (2020). El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor. *Forseti Revista de Derecho*, Volumen 8 No. 12.

Vázquez, A. (2017). Consentimiento informado. ¿Requisito legal o ético? *Medigraphic*. <https://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2017/cg173h.pdf>

Vera Carrasco, Oscar. (2013). ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN EL ACTO MÉDICO. *Revista Médica La Paz*, 19(2), 73-82. Recuperado en 10 de junio de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010&lng=es&tlng=es

Normas:

- Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley N° 29571
- Lineamientos sobre el Protección al Consumidor. Visto en: <https://www.consumidor.gob.pe/en/-/lineamientos-sobre-proteccion-al-consumidor-actualizacion-2022>
- MINISTERIO DE SALUD, Ley General de la Salud (1997) – Ley 26842.
- Norma Técnica Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica (R.M. N° 214-2018/ MINSA y su modificatoria aprobada con R.M. N° 265- 2018/MINSA)
- Reglamento de la Ley N° 29414, Ley que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud.

Páginas webs:

- MedlinePlus. Información de salud para salud. Visto en: <https://medlineplus.gov/spanish/>
- Mayo Clinic Diccionario de Enfermedades y Afecciones de Mayo Clinic: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions>

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

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : ANA SOFÍA GONZALES HURTADO

DENUNCIADOS : CLÍNICA SAN GABRIEL S.A.C.
LUIS SAMUEL VELASCO WILSON

MATERIAS : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
IDONEIDAD
DEBER DE INFORMACIÓN

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE HOSPITALES

SUMILLA: *Se revoca la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra el señor Luis Samuel Velasco Wilson, por presuntas infracciones a los artículos 2°.1., 19°, 25° y 67°.4. literal c) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, se declara improcedente la misma, al haber quedado acreditado que los servicios médicos materia de denuncia fueron prestados directamente por Clínica San Gabriel S.A.C., siendo que el profesional de la salud actuó en calidad de dependiente de dicho establecimiento.*

Asimismo, se confirma dicha decisión, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 19° y 25° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que: (i) la intervención quirúrgica denominada litotricia del 26 de marzo de 2014 podía generar una ruptura ureteral, tratándose de un riesgo propio de dicha operación; y, (ii) la nefrectomía no se configuraba como un riesgo de la litotricia, sino como un procedimiento médico adoptado, en atención a la pielonefritis sufrida por la paciente.

Además, se confirma tal resolución, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción del artículo 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que la laparotomía exploratoria realizada a la paciente contó con el consentimiento informado, suscrito por parte de la madre de esta, en atención a las particularidades de la situación.

De otro lado, se confirma el aludido pronunciamiento, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 19° y 25° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor: (i) al no haber quedado acreditado que la proveedora dejó de

adoptar precauciones al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014; y, (ii) al haber quedado acreditado que la proveedora cambió las sondas nefrostómicas del 7 de agosto de 2014 tomando las precauciones pertinentes para ello.

Asimismo, se confirma el referido mandato, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no haber quedado acreditado que la nefrectomía radical constituyera un riesgo propio de la litotricia que ameritara ser informado, ya que se trataba de un procedimiento médico propuesto en determinadas circunstancias.

Finalmente, se revoca la referida decisión, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto al hecho referido a que la proveedora informó a la paciente, mediante el consentimiento informado, que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”; y, en consecuencia, declarar fundada la misma, al no haber quedado acreditado que el centro de salud cumplió con trasladar a la usuaria dicha información.

SANCIÓN: 1 UIT

Lima, 12 de setiembre de 2018

ANTECEDENTES

1. El 21 de marzo de 2016¹, la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado (en adelante, la señora Gonzales) denunció a Clínica San Gabriel S.A.C.² (en adelante, la Clínica), y al señor Luis Samuel Velasco Wilson³ (en adelante, el señor Velasco) ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte (en adelante, la Comisión), por presuntas infracciones a la Ley 29571, Código de

¹ Complementado mediante escrito del 25 de marzo de 2016.

² Identificada con R.U.C.: 20505018509. Domicilio Fiscal: Av. La Marina N° 2955 – Urb. Maranga III – Etapa (a una cuadra de Hiraoka), distrito de San Miguel, provincia y departamento de Lima, según la información obtenida en www.sunat.gob.pe.

³ Persona natural identificada con R.U.C.: 10072577120. Domicilio Fiscal: No se muestra, según la información obtenida en www.sunat.gob.pe.

Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en atención a los hechos que se describen a continuación:

- (i) El 24 de marzo de 2014, acudió a la Clínica, a fin de ser atendida por un cólico renal que le causaba fuertes dolores en el abdomen y en la región lumbar derecha, siendo que -al no superar el diagnóstico de *Litiasis Renal*- tuvo que ser hospitalizada, disponiéndole que, el 26 de marzo de 2014, fuera sometida a una intervención quirúrgica denominada *Litotripcia Intracorporea*⁴;
- (ii) tal procedimiento involucraba la aplicación de ondas de choque para fragmentar un cálculo renal en tamaños más pequeños, de forma tal que estos pudieran ser eliminados en forma espontánea, a través de la orina;
- (iii) durante la realización de dicha operación, se produjo una complicación consistente en la ruptura ureteral, tal como constaba en el Informe de la intervención quirúrgica del 26 de marzo de 2014, situación que -al no haber sido informada de su ocurrencia, con anterioridad a ello- implicaba que no haya brindado su consentimiento para que se produzca un nivel de riesgo de tal naturaleza;
- (iv) en el marco de la ocurrencia de tal complicación, se le practicó una laparotomía exploratoria, respecto de la cual no brindó su consentimiento, por encontrarse inconsciente;
- (v) su médico tratante le informó que tal circunstancia sería solucionada con un reimplante de uréter con segmento ileal, esto es, con la colocación de una parte del intestino (ileón) que permitiría reconstruir la parte destruida del uréter derecho, según constaba en el informe médico del 21 de abril de 2014, intervención que tendría que producirse en un plazo de 3 meses siguientes a la operación del 26 de marzo de 2014;
- (vi) producto de tal hecho, el médico le comunicó que su uréter derecho se había perdido; por lo que, se había cerrado el esfínter ureteral de la vejiga, conectando su riñón derecho a una sonda nefrostómica, que atravesaba su abdomen y se conectaba a una bolsa de orina, elemento que le fue incorporado sin cumplir con las disposiciones del personal médico, pues no fue realizado en sala de operaciones ni se aplicó anestesia para ello;
- (vii) como dicha circunstancia permanecería durante los próximos meses, la vulneración en la aplicación de tal elemento se volvió a suscitar el 7 de agosto de 2014, teniendo que regresar en la misma fecha para un recambio, procedimiento que al fallar -nuevamente- involucró una tercera

⁴ Si bien las partes del procedimiento coincidieron en indicar que lo que se practicó el 26 de marzo de 2014 fue una litotricia intracorpórea, la Sala considera importante precisar que esta corresponde a un primer paso en el tratamiento en cuestión, siendo que la aplicación de ondas de choque para fragmentar un cálculo renal en tamaños más pequeños, de forma tal que estos pudieran ser eliminados en forma espontánea, a través de la orina, corresponde a una litotricia extracorpórea.

En virtud de ello, en el caso en particular, cuando se aluda a una litotricia intracorpórea, en realidad se estará describiendo la litotricia extracorpórea.

- visita al establecimiento de salud, para que se produjera la correspondiente corrección;
- (viii) aun cuando en ningún momento se le informó de la posibilidad de la extracción del riñón derecho, a través de la realización de una *Nefrectomía*, detectó que el nosocomio estaba preparándola mediante exámenes preoperatorios para que se produzca dicha intervención, según se verificaba en el informe médico del 21 de abril de 2014, situación respecto de la cual no brindó su consentimiento;
 - (ix) los riesgos relatados fueron causados como consecuencia de la deficiente operación del 26 de marzo de 2014, siendo que en fecha anterior a ello sus riñones mostraban un tamaño y morfología normal, según constaba en la tomografía helicoidal de abdomen y pelvis que le fue practicada el 25 de dicho mes y año;
 - (x) en la medida que el 8 de agosto de 2014, la denunciada volvió a fallar al colocar la sonda nefrostómica, acudió a la Clínica El Golf, establecimiento en el que se le diagnosticó «*Cólico renal severo, infección de vías urinarias y mala permeabilización del catéter de nefrestomía*»;
 - (xi) la Clínica El Golf determinó que no era factible efectuar el reimplante del uréter con segmento ileal, debido a que la situación anatómica en la que la dejó la proveedora no permitía realizar tal procedimiento, pues carecía de uréter derecho, motivo por el cual le fue realizada la nefrectomía radial derecha;
 - (xii) en la tomografía helicoidal de abdomen y pelvis que le fue practicada por el centro de salud el 21 de junio de 2014, se consignó que sus uréteres tenían una morfología normal sin presentar calcificaciones en sus trayectos, información incorrecta, de acuerdo a la lesión suscitada por la aludida práctica médica que resultó siendo inadecuada del 26 de marzo de 2014 y con el hecho que haya terminado perdiendo el riñón y uréter derecho;
 - (xiii) solicitó como medidas correctivas el pago de los gastos incurridos para mitigar las consecuencias de la infracción, así como la clausura del establecimiento de la denunciada, como la inhabilitación de la proveedora.
2. Por Resolución 3 del 12 de agosto de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a título de conductas infractoras contra la Clínica y el señor Velasco los hechos siguientes:

«PRIMERO: Admitir a trámite la denuncia de fecha 21 de marzo de 2016 presentada por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C. y el señor Luis Samuel Velasco Wilson, por los siguientes hechos:

- (i) *Clínica San Gabriel S.A.C. y/o el señor Luis Samuel Velasco Wilson no habrían informado oportunamente a la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado que la intervención quirúrgica denominada “litotricia [litotricia] intracorpórea” involucraba el riesgo de: (i) sufrir una “ruptura uretral⁵”; y, (ii) perder el riñón derecho (“nefrectomía radical derecha”); lo que constituiría una posible infracción a los artículos 2.1 y 67.4 literal c) del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*
 - (ii) *Clínica San Gabriel S.A.C. y/o el señor Luis Samuel Velasco Wilson habrían brindado un servicio médico carente de idoneidad a la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado, pues la intervención quirúrgica denominada “litotricia [litotricia] intracorpórea” del 26 de marzo de 2014 habría ocasionado que la denunciada sufra: (i) una “ruptura uretral”; y, (ii) la pérdida del riñón derecho; lo que constituiría una posible infracción a los artículos 19 y 25 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*
 - (iii) *Clínica San Gabriel S.A.C. y/o el señor Luis Samuel Velasco Wilson habrían realizado una “laparotomía exploratoria” sin contar con el consentimiento informado de la denunciante; lo que constituiría una posible infracción al artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*
 - (iv) *Clínica San Gabriel S.A.C. habría realizado el día 26 de marzo y 07 de agosto de 2014 el cambio de las sondas nefrostómicas sin tomar las precauciones descritas; lo que constituiría una posible infracción a los artículos 19 y 25 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*
 - (v) *Clínica San Gabriel S.A.C. habría realizado el 07 de agosto de 2014 el cambio de las sondas nefrostómicas sin tomar con el consentimiento de la denunciante para dicho procedimiento; lo que constituiría una posible infracción al artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.*
 - (vi) *Clínica San Gabriel S.A.C. habría brindado un servicio de tomografía helicoidal carente de idoneidad a la señora Gonzales, pues le habría practicado este examen al abdomen y pelvis el 21 de junio de 2014 concluyendo: “uréteres de calibre y morfología normal”, pese a que la interesada había perdido el uréter derecho en la intervención quirúrgica del 26 de marzo de 2014; lo que constituiría una posible infracción al artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor».*
3. El 24 de agosto y 20 de setiembre de 2016, la Clínica presentó copia fedateada de la historia clínica correspondiente a la señora Gonzales.
 4. El 21 y 26 de setiembre de 2016, la Clínica y el señor Velasco presentaron sus escritos de defensa, sosteniendo lo siguiente:

⁵ Al respecto, corresponde indicar que, si bien en determinados apartados se alude al término uretral, ello no resulta conveniente, puesto que la lesión en cuestión no se produjo en la uretra, sino en el uréter, órganos diferenciados y con funcionalidades independientes, razón por la cual se debe considerar -en todos los casos- al término **ureteral**.

- (i) Se diagnosticó a la interesada Hidronefrosis derecha con *litiasis ureteral proximal ipsilateral*; para lo cual -el 26 de marzo de 2014- se le practicaría la *Litotricia Intracorporea*, procedimiento cuyos riesgos y complicaciones le fueron explicados (tales como la posibilidad de alteración o pérdida de la función renal o de una ruptura ureteral), motivo por el cual esta suscribió los consentimientos informados pertinentes;
- (ii) la intervención en cuestión no implicaba la extracción del riñón en ningún caso (mediante una nefrectomía radical), ya que se trabajaba a nivel ureteral;
- (iii) durante la operación se produjo una denudación de mucosa ureteral por severo proceso inflamatorio a nivel de uréter y estenosis ureteral proximal derecha, complicación poco frecuente, pero que se podía dar bajo ciertas condiciones;
- (iv) dada dicha complicación, se procedió -previa explicación y firma de consentimiento informado, por parte de la madre de la paciente, debido a que esta se encontraba anestesiada- a una laparotomía exploradora, iniciando la cobertura antibiótica de amplio espectro con *Ertapenem*, ya que durante ureteroscopia se evidenció acumulación de detritus y proceso inflamatorio;
- (v) en el séptimo día posoperatorio, se retiró a la paciente la sonda vesical, cambiándole de cobertura antibiótica a *Levofloxona VO*, siendo que esta presentó fiebre; por lo que, se le prescribió *Macrodantina* de 100 mg cada 12 horas, con mejoría de cuadro febril y estado general, saliendo de alta el undécimo día posoperatorio, encontrándose afebril con sonda nefrostómica permeable y orina clara;
- (vi) se planteó como plan de trabajo al alta hospitalaria de la señora Gonzales que -pasados los 3 meses de la cirugía inicial- se plantearía la realización de un reimplante de uréter con segmento ileal versus nefroctomía derecha, de acuerdo a la evolución y estudios de ayuda diagnóstica, así como cambios periódicos de la sonda nefrostómica, además de un seguimiento con analítica y cultivos, planteamiento que fue refrendado mediante junta médica de 2 de junio de 2014;
- (vii) el 8 de mayo de 2014, se dispuso que la usuaria fuera sometida a exámenes de control urocultivo de orina de sonda nefrostómica y de vía urinaria, úrea, creatinina y hemograma completo, en cuyo resultado revisado al 22 de mayo de dicho año, se concluyó que este fue positivo a *Staphilococcus Epidermis*, recibiendo tratamiento antibiótico ambulatorio;
- (viii) del 30 de junio al 4 de julio de 2014, la paciente fue hospitalizada por un diagnóstico de pielonefritis aguda con urocultivo positivo a *Citriobacter Freundil*, recibiendo antibiótico parental y programándose un recambio de sonda nefrostómica. Asimismo, se dispuso: (i) un radio-renograma (a fin de evaluar la función renal); así como, (ii) un UROTEM (para evaluar la anatomía renal), lo cual permitiría tomar una decisión definitiva;

- (ix) el 23 de julio de 2014, la interesada mostró una función renal normal y compartida, siendo que el UROTEM -practicado el 21 de julio de dicho año- no mostró cambios con respecto al estudio previo;
 - (x) el 5 de agosto de 2014, se realizó una junta médica, en la que se determinó que -debido a los factores de morbilidad y las complicaciones posibles- la mejor opción de tratamiento era la nefrectomía derecha, para la que se solicitaría la autorización de la paciente y los estudios preoperatorios, siendo que esta informó que tomaría la decisión en cuestión, durante el transcurso de dicha semana;
 - (xi) el 7 de agosto de 2014, la señora Gonzales acudió al cambio de sonda nefrostómica, informándole del procedimiento, riesgos y complicaciones, lo cual fue suscrito por esta en los consentimientos pertinentes, tanto de cambio de sonda nefrostómica como de anestesia local, el mismo que tuvo que ser cambiado aproximadamente 4 horas después, pues la interesada alegó dolor en la región derecha, respecto del cual no se produjo complicación alguna; y,
 - (xii) desde dicha oportunidad, la cliente no acudió a ningún control.
5. El 28 de mayo de 2017, la Clínica aportó un escrito, a través del cual, presentó la transcripción computarizada de la historia clínica de la paciente. Asimismo, la proveedora refirió que -el 7 de agosto de 2014- únicamente se llevaron a cabo 2 colocaciones de sondas nefrostómicas, la cual se llevó a cabo en sala de operaciones. Finalmente, la denunciada refirió que -a través de la reevaluación de 11 de setiembre de 2014- aclaró las incidencias consignadas en la tomografía helicoidal de abdomen y pelvis que le fue practicada por el centro de salud el 21 de junio de 2014.
6. Mediante Resolución 14 del 20 de octubre de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la señora Gonzales la presentación de la historia clínica que registraba en la Clínica el Golf, en la medida que esta no había atendido el pedido formulado por Carta 018-2017/ILN-CPC-INDECOPI del 8 de mayo de 2017, a través de la cual la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a Sistemas de Administración Hospitalaria S.A.C. -en calidad de su administradora- la historia clínica en cuestión.
7. Por Carta 181-2017/ILN-CPC-INDECOPI del 14 de diciembre de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó al Hospital Cayetano Heredia información sobre el caso materia de análisis, pedido que no fue atendido. Asimismo, por Carta 045 SPN-2017 del 18 de diciembre de 2017, Oficio 923-2017-D-FMH-USMP del 18 de diciembre de 2017 y Oficio 3500/FM-D/2017 del 20 de diciembre de 2017, la Sociedad Peruana de Nefrología, la Facultad de Medicina de la Universidad de San Martín de Porres y la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, atendieron -respectivamente- las Cartas 188, 183 y 184-2017/ILN-CPC-INDECOPI del 14

de diciembre de 2017, a través de las cuales la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a dichas entidades información sobre el caso materia de análisis, precisando que no era posible atender ello.

8. Mediante Resolución 1197-2017/ILN-CPC del 29 de diciembre de 2017, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró infundada la denuncia contra la Clínica y el señor Velasco, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que la intervención quirúrgica denominada “litotricia intracorpórea” del 26 de marzo de 2014: (a) podía generar una “ruptura ureteral”, tratándose de un riesgo propio de dicha operación, siendo que el médico tratante actuó conforme a los parámetros para tratar dicha complicación, al realizar una laparotomía exploratoria, colocando una sonda de nefrostomía; y, (b) no se demostró la pérdida del riñón derecho ni que ello hubiese sido un riesgo de la intervención referida operación;
 - (ii) declaró infundada la denuncia contra la Clínica y el señor Velasco, por presunta infracción del artículo 19° del Código, tras considerar que la “laparotomía exploratoria” realizada a la paciente contó con el consentimiento informado, suscrito por parte de la madre de esta;
 - (iii) declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que el cambio de las sondas nefrostómicas: (a) del 26 de marzo de 2014, se produjo producto de las complicaciones surgidas en la intervención realizada en dicha fecha; (b) no se demostró las precauciones invocadas por la interesada como prescritas por el médico a cargo; y, (c) del 7 de agosto de 2014, se llevaron a cabo en la sala de operaciones y con anestesia local;
 - (iv) declaró fundada la denuncia contra la Clínica, por infracción del artículo 19° del Código, tras considerar que el cambio de las sondas nefrostómicas del 7 de agosto de 2014 se llevaron a cabo sin el consentimiento de la denunciante, sancionándola con una multa total de 8 UIT;
 - (v) declaró fundada la denuncia contra la Clínica, por infracción del artículo 19° del Código, tras considerar que la tomografía helicoidal expedida por la proveedora el 21 de junio de 2014 concluyó: “uréteres de calibre y morfología normal”, pese a que la interesada había perdido el uréter derecho en la intervención quirúrgica del 26 de marzo de 2014, sancionándola con una multa de 6 UIT;
 - (vi) declaró infundada la denuncia contra la Clínica y el señor Velasco, por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) del Código, tras considerar que: (a) la proveedora informó a la paciente que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”, mediante el consentimiento informado; y, (b) no se demostró que la

- nefrectomía radical constituyera un riesgo propio de tal intervención que ameritara ser informado;
- (vii) denegó las medidas correctivas solicitadas por la interesada relativas a la inhabilitación y clausura, porque no ameritaban su disposición en el presente supuesto, en atención a la determinación de las infracciones declaradas como fundadas y no ordenó el pago de los gastos en los que incurrió para mitigar las conductas detectadas, pues tenían un carácter indemnizatorio que no podía ser determinado por la Autoridad Administrativa;
 - (viii) ordenó a la Clínica en calidad de medidas correctivas que: (a) de forma inmediata, se abstuviera de realizar intervenciones quirúrgicas sin recabar previamente el consentimiento informado de sus pacientes, exceptuando los casos previstos en la normativa sectorial; y, (b) en el plazo de 5 días hábiles de notificada la referida decisión, cumpla con poner en conocimiento de la interesada un informe que corrigiera el resultado de la tomografía helicoidal practicada el 21 de junio de 2014;
 - (ix) condenó a la Clínica al pago de las costas del procedimiento, ascendentes a S/ 36,00, a favor de la señora Gonzales, sin perjuicio del derecho de la interesada de solicitar la liquidación de los costos del procedimiento, una vez que quedara consentida la aludida resolución; y,
 - (x) dispuso la inscripción de la proveedora en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi - RIS, una vez que la resolución quedara consentida.
9. El 8 de febrero de 2018, la señora Gonzales apeló la Resolución 1197-2017/ILN-CPC, en los extremos en que la decisión le fue desfavorable, sosteniendo que: (i) no se le dio la oportunidad de presentar la historia clínica registrada en la Clínica El Golf, en la que se consignó la realización de la nefrectomía radical derecha; (b) se refirió de manera imprecisa literatura médica, pues no se identificó a autor alguno; y, (c) en la referida historia clínica se indicó que la nefrectomía radical derecha era inminente. Asimismo, la interesada cuestionó la denegatoria de las medidas correctivas y reiteró los argumentos de su denuncia.
10. El 9 de abril de 2018, la Clínica rebatió la apelación planteada por la interesada, reiterando los argumentos expuestos durante el desarrollo de la presente controversia.
11. En la medida que la Clínica no apeló la resolución recurrida, en los extremos en los que se determinó su responsabilidad, sancionándola, disponiendo medidas correctivas en su contra, condenándola al pago de las costas de procedimiento y disponiendo su inscripción en el RIS, corresponde tener a dichos extremos como consentidos.

ANÁLISIS

- (i) Sobre la responsabilidad de la Clínica y del señor Velasco
12. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica y el señor Velasco, por presunta infracción: (i) de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que la intervención quirúrgica denominada “litotricia” del 26 de marzo de 2014: (a) podía generar una “ruptura ureteral”, tratándose de un riesgo propio de dicha operación, siendo que el médico tratante actuó conforme a los parámetros para tratar dicha complicación, al realizar una laparotomía exploratoria, colocando una sonda de nefrostomía; y, (b) no se probó la pérdida del riñón derecho; (ii) del artículo 19° del Código, tras considerar que la “laparotomía exploratoria” realizada a la paciente contó con el consentimiento informado de la madre de esta; y, (iii) de los artículos 2° .1. y 67° .4. literal c) del Código, tras considerar que: (a) la proveedora informó a la paciente que la “litotricia” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”, mediante el consentimiento informado; y, (b) no se demostró que la nefrectomía radical constituyera un riesgo propio de tal intervención que ameritara ser informado.
13. Ante ello, resulta pertinente citar lo establecido en el artículo 68° del Código, el cual desarrolla la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, disponiendo lo siguiente:

«68.1 El establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos.

68.2 El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor; sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 68.1. La responsabilidad del establecimiento de salud conforme a esta norma es solidaria.

(Subrayado agregado)

14. De una lectura de dicho artículo puede concluirse lo siguiente:
- (i) Si el servicio no idóneo es brindado por profesionales que se desempeñan en calidad de dependientes del establecimiento de salud,

dicho establecimiento es el responsable por las infracciones al Código que dicho ejercicio imprudente o negligente represente, al margen de las responsabilidades (penales o civiles) que los profesionales puedan tener; y,

- (ii) si el servicio no idóneo es brindado por profesionales que ejercen sus actividades de manera independiente y el establecimiento de salud no ha informado esa independencia a los consumidores, tanto el profesional como el centro de salud serán responsables de manera solidaria por las infracciones al Código.
15. Por tanto, el articulado bajo mención establece que el establecimiento de salud es responsable solidario por los actos médicos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos de aquel, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor⁶.
 16. Por el contrario, cuando los aludidos profesionales brinden sus servicios bajo la calidad de dependientes únicamente podrá evaluarse su responsabilidad en otros ámbitos, es decir en la vía civil o penal⁷.
 17. Conforme a lo expuesto, en el presente caso se verifica que fue el señor Velasco quien atendió a la interesada, constituyéndose como su médico tratante. Ahora bien, las acciones llevadas a cabo a la paciente fueron practicadas dentro del establecimiento de la Clínica, hecho que no ha sido desconocido por esta, sino que más fueron afirmadas de esa manera, a lo largo del desarrollo de la presente controversia.

⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.** Artículo 68°. - Responsabilidad por la prestación de servicios de salud.

68.1 El establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos.

68.2 El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor; sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo.

⁷ Cabe precisar, que antes de la entrada en vigencia del Código, el Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, establecía una excepción respecto a la responsabilidad de los dependientes en el marco de los servicios médicos. Así, el artículo 23° de dicha norma disponía expresamente que los establecimientos de salud eran solidariamente responsables por las infracciones generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento. Ello, sin establecer distinción alguna respecto a la vocación con la que el médico prestó los servicios médicos, ya sea bajo una relación de dependencia con el establecimiento o como profesional independiente.

Atendiendo a dicha norma, la Sala estableció en anteriores oportunidades que sí existía una relación de consumo entre un paciente y su médico tratante y como tal, los usuarios de esta clase de servicios podían presentar denuncias contra aquel profesional que incurre en conductas indebidas durante el ejercicio de su actividad dentro de un establecimiento de salud.

18. Así, obran en el expediente, copia simple de la historia clínica de la señora Gonzales, documentos que en su totalidad fueron expedidos por el establecimiento de salud, y que no han sido contradichos u observados por la denunciante.
19. En ese sentido, en aplicación de la normativa de protección al consumidor, la Sala ha podido verificar -como primer punto- que el señor Velasco brindó los servicios médicos bajo una relación de dependencia respecto de la Clínica, ya que los documentos que acreditan la prestación de ello evidencian que la relación de consumo se estableció entre el establecimiento de salud y el recurrente, sin que se evidenciara circunstancia de exoneración alguna.
20. Por consiguiente, solo el establecimiento de salud podría ser declarado responsable, en caso se determine que el servicio brindado no fue idóneo o trasgredió el deber de información.
21. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde revocar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra el señor Velasco, por presuntas infracciones a los artículos 2°.1., 19°, 25° y 67°.4. literal c) del Código del Código; y, en consecuencia, declarar improcedente la misma, al haber quedado acreditado que los servicios médicos materia de denuncia fueron prestados directamente por la Clínica, siendo que el profesional de la salud actuó en calidad de dependiente de dicho establecimiento.

(ii) Sobre el deber de idoneidad

22. El artículo 18° del Código establece que la idoneidad es la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe⁸. Por su parte, el artículo 19° del Código establece que los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los productos y servicios que ofrecen en el mercado⁹. En aplicación de esta norma, los proveedores tienen el deber de entregar los productos y prestar los servicios al consumidor en las condiciones ofertadas o previsibles, atendiendo a la naturaleza de los mismos, la regulación que sobre

⁸ **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.
(...)

⁹ **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.

el particular se haya establecido y, en general, a la información brindada por el proveedor o puesta a disposición.

23. Por su parte, el artículo 104° del Código¹⁰ establece que el proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad sobre el producto o servicio determinado y que es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure una ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.
24. 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 la responsabilidad. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor corresponde al proveedor demostrar que dicho defecto no le es imputable.
25. En efecto, bajo el marco de la idoneidad, el consumidor, primero, debe acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio prestado para que, después, se genere una inversión de la carga de la prueba a su favor, correspondiendo al proveedor en este momento probar que no es responsable por tales defectos debido a la existencia de supuestos como el caso fortuito, la fuerza mayor, hechos de terceros o negligencia del propio consumidor que hayan afectado la idoneidad de sus prestaciones, pese a su diligencia y a las medidas adoptadas para garantizar tal condición.
26. Cabe destacar que el artículo 171°.2° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS, norma publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de marzo de 2017 (en adelante, TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General) dispone que los administrados tienen la obligación de aportar pruebas y el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de

¹⁰ **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.

(...)

aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece que la carga de probar corresponde a aquel que afirma un determinado hecho¹¹.

27. 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. Es de resaltar que el artículo 67.1° del Código dispone expresamente que el proveedor de servicios de salud se encuentra obligado a proteger la salud del consumidor, conforme a la normativa sobre la materia¹².
28. Un servicio médico idóneo implica aplicar el procedimiento o protocolo correcto de la forma más fiel posible. Para ello, resulta 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.
29. Tal como señaló la Comisión en su oportunidad, la autoridad administrativa de protección al consumidor considerará que un médico ha cometido una infracción administrativa por trasgresión a las normas de protección al consumidor cuando compruebe que el servicio brindado por él **es manifiestamente negligente**, es decir, que la falta de diligencia detectada no admite 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, excederse en la dosis máxima de anestesia, entre otros supuestos claros de negligencia médica.
30. Así, 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, constituya un grado de manifiesta o evidente negligencia reconocida como tal por la comunidad médica y de conformidad con los avances científicos de la medicina.

¹¹ **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.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.- Medios de 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.

¹² **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.

31. Atendiendo a los párrafos precedentes, se considerará un servicio médico no idóneo, aquel servicio en el que los médicos o el establecimiento de salud incumpla con las condiciones y términos mínimos establecidos en las guías prácticas, protocolos o los que resulten abiertamente incompatibles con un deber mínimo de cuidado exigible en su proceder y/o calidad de profesional de salud.

(ii.1) Sobre la ruptura ureteral causada por la litotricia

32. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que la intervención quirúrgica denominada litotricia del 26 de marzo de 2014 podía generar una ruptura ureteral, tratándose de un riesgo propio de dicha operación, siendo que el médico tratante actuó conforme a los parámetros para tratar dicha complicación, al realizar una laparotomía exploratoria, colocando una sonda de nefrostomía.

33. Al respecto, al margen de la referencia bibliográfica médica invocada por la primera instancia, este Colegiado considera oportuno citar literatura especializada sobre la materia, en la que se describió lo siguiente:

«(...)

En 1980 Chaussy et al. realizan con éxito el primer tratamiento de litiasis urinaria mediante litotricia (...) por ondas de choque (LEOC), en la Universidad de Munich. En aquel momento, los autores limitaron las indicaciones de esta nueva técnica al 15% de los cálculos urinarios¹. A partir de 1982 la LEOC se utiliza de forma rutinaria en el tratamiento de la litiasis urinaria².

La LEOC es en la actualidad el tratamiento de elección de la mayoría de los cálculos localizados en cualquier segmento del tracto urinario superior². Se estima que el 90-95% de los cálculos urinarios pueden ser eliminados satisfactoriamente mediante la utilización de LEOC, nefrolitotomía percutánea y ureterorrenoscopia, solas o en combinación¹. Sólo en el 5% de los casos es necesario recurrir a técnicas de cirugía abierta^{3,4}.

La LEOC no es una técnica exenta de complicaciones. En la mayoría de los casos las complicaciones son leves y transitorias, pero es importante conocer su existencia para tratarlas precozmente^{1,2}.

(...)

Las complicaciones derivadas del tratamiento de los cálculos urinarios mediante LEOC pueden clasificarse en: complicaciones ocasionadas por la acción del cálculo o sus fragmentos y complicaciones ocasionadas por la acción de las ondas de choque. En muchas ocasiones la complicación es una consecuencia de la interacción de ambos mecanismos de acción.

(...)

La rotura del uréter en pacientes tratados con LEOC es una complicación de presentación muy infrecuente. Dicha lesión puede ser una consecuencia de la acción directa de las ondas de choque sobre la pared ureteral o bien de la acción indirecta de los fragmentos litíasicos, según discuten Alkibay T et al., en un caso de rotura piélica⁸».¹³

(Resaltado y subrayado agregado)

34. Con lo cual, dicho instrumento pone de manifiesto -en contrario sentido a lo asumido por la interesada- que la ruptura ureteral sí se constituía como un riesgo vinculado a una operación tal como la litotricia.
35. Ahora, obra a fojas 353 a 354 del expediente, copia simple de la hoja de Consentimiento Informado, relativa a la litotricia del 26 de marzo de 2014, suscrito por la señora Gonzales, en la que se consignó expresamente lo siguiente:

«CLÍNICA SAN GABRIEL

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LITROTRICIA [LITOTRICIA] (...)

(...)

A pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como los debidos a la situación vital del paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, etc.) y los específicos del procedimiento:

a. Imposibilidad de fragmentar el cálculo.

b. Reacciones alérgicas a la medicación intravenosa, que puede incluso producir shock anafiláctico.

c. Náuseas y vómitos intensos.

d. Sangrado por orina (macrohematuria) transitorio, que desaparece de forma progresiva.

e. Cólico nefrítico como consecuencia de la obstrucción de la vía urinaria por fragmentos del cálculo.

f. Obstrucción urinaria uretral por fragmentos.

g. Presencia de infección urinaria que puede pasar a la sangre.

h. Alteración de la función renal, con disminución e incluso pérdida de la misma.

i. Posibilidad de un acto quirúrgico de urgencia.

En caso de precisar un catéter (doble J o similar) para impedir la obstrucción de riñón, este suele recibir ser bien tolerado aunque produzca, a veces,

¹³ Rodríguez Alonso, A., Suárez Pascual, G., González Blanco, A., Bonelli Martín, C., Lorenzo Franco, J., Cuerpo Pérez, M.Á., Used Aznar, Ma. M., Álvarez Fernández, J.C. y Nieto García, J. (2004). Rotura Yatrógena de Ureter Secundaria a Litotricia Extracorpórea por Ondas de Choque. *Actas Urológicas Españolas*, 28 (7). Recuperado desde: http://Scielo.lsciii.Es/Scielo.Php?Script=Sci_Arttext&Pid=S0210-48062004000700007.

molestias por dolor, sangrado, infección urinaria y, rara vez, infección generalizada, **ruptura uretral** u otras de más difícil predicción. (...)».

(Resaltado y subrayado agregado)

36. En ese sentido, considerando que la ruptura ureteral fue debidamente informado a la paciente -con anterioridad a su realización- como un riesgo o complicación que se podía presentar producto de dicha intervención, información incorporada en la aludida hoja de Consentimiento Informado, cabe colegir que la denunciada no incurrió en la conducta infractora atribuida en su contra.
37. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, al haber quedado acreditado que la intervención quirúrgica denominada litotricia del 26 de marzo de 2014 podía generar una ruptura ureteral, tratándose de un riesgo propio de dicha operación.

(ii.2) Sobre la nefrectomía causada por la litotricia

38. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que no se demostró la pérdida del riñón derecho ni que ello hubiese sido un riesgo de la intervención quirúrgica denominada litotricia del 26 de marzo de 2014.
39. Sobre el particular, tal como se adujo anteriormente, al margen de la referencia bibliográfica médica invocada por la primera instancia, este Colegiado considera oportuno citar literatura especializada que describe a la nefrectomía, en los términos siguientes:

«(...)

*Nefrectomía radical (completa). Durante una nefrectomía radical, **el cirujano urólogo extrae todo el riñón y, a menudo, algunas estructuras adicionales, como parte del tubo que conecta el riñón a la vejiga (uréter) u otras estructuras cercanas, como la glándula suprarrenal o los ganglios linfáticos.***

(...)

En la mayoría de los casos, se hace una nefrectomía para tratar el cáncer de riñón o para extraer un tumor no canceroso (benigno). En algunos casos, se hace una nefrectomía para tratar un riñón enfermo o gravemente dañado».¹⁴

(Resaltado y subrayado agregado)

¹⁴ En: <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/nephrectomy/about/pac-20385165>.

«¿POR QUÉ ESTA OPERACIÓN?

Los exámenes que le han sido practicados a pedido de su médico han evidenciado un tumor a nivel del riñón, lo que podría significar un proceso maligno. **La operación quirúrgica que se le propone consiste en retirar todo el riñón, retirando así el tumor presente en este órgano.** Su cirujano le explicará porqué la conservación de parte del riñón no es posible. La naturaleza benigna o maligna de este tumor no se conoce en definitiva sino después de un análisis microscópico de los tejidos. Esta operación es necesaria, porque en ausencia de tratamiento este tumor le expone al riesgo de problemas clínicos (dolores, hemorragias, fiebre...). Si este tumor es maligno, sólo un tratamiento quirúrgico permite evitar que la enfermedad se propague». ¹⁵

(Resaltado y subrayado agregado)

40. En ese sentido, las lecturas de los enlaces bajo comentario ponen de relieve que la nefrectomía se constituye -a diferencia de lo sostenido por la interesada- como un tratamiento médico adoptado por los especialistas, en atención a las lesiones que presentara el riñón, siendo que no se trataba de una complicación o riesgo, esto es, una sintomatología derivada de una mala praxis médica.
41. En la misma línea, se debe agregar un extracto de referencia bibliográfica sobre la materia, en la que se precisa lo siguiente:

«(...)

Las indicaciones de la nefrectomía polar en la litiasis se derivan fundamentalmente de las lesiones de pielonefritis localizadas, que determinan los cálculos caliciales, en la mayoría de las veces de los cálices inferiores.

Se constatan en estos casos dilataciones caliciales y pielonefritis que llegan en algunos casos a la supuración, contrastando con el resto del parénquima renal habitualmente en condiciones anatómicas y funcionales satisfactorias. Consideramos que estos casos representan la indicación formal de la nefrectomía polar. Por el contrario, si el cirujano se limita a la extracción simple del cálculo por pielotomía o por nefrostomía, se dejan en el riñón las condiciones ideales (ectasia e infección) para la recidiva de su litiasis. Hemos practicado también la nefrectomía polar en aquellos casos en los que, aun sin un proceso de pielonefritis seria, se trataba de cálculos múltiples o de tipo coraliforme, limitados al sector polar del riñón, en los cuales resulta muy difícil, por no decir imposible, extraer todos los cálculos, exponiéndose por tanto a una pseudorecidiva». ¹⁶

(Resaltado y subrayado agregado)

¹⁵ En: https://www.urologosdechile.cl/urolchi/wp-content/uploads/2018/05/26-nefrect_ampliada.pdf.

¹⁶ Ercole, R., Provenzal, O y Rubino, H. La Nefrectomía Parcial en el Tratamiento de la Litiasis Renal. *Revista Argentina de Urología y Nefrología*, 23 (3). Recuperado desde: <https://www.revistasau.org/index.php/revista/article/viewFile/1710/1660>.

«(...)

En primer lugar tenemos el concepto de "**pielonefritis crónica**", en tanto se entienda tal, como aquel proceso consistente en cambios macroscópicos y ultraestructurales en el parénquima renal, sin características específicas, y que conduce a su atrofia progresiva de forma irregular y segmentaria (9, 10). La alteración morfológica es progresiva, afectando inicialmente a intersticio y túbulos, (pudiendo estos llegar a ser sustituidos por fibras colágenas), y más adelante a los glomérulos, con cambios consistentes en fibrosis periférica y de la vasculatura, pudiendo llegar a una gran dificultad para la localización de las estructuras originales. **El adelgazamiento del parénquima secundario a la retracción del mismo y a la pérdida de masa funcionante**; así como las irregularidades y depresiones superficiales en el contorno renal serán los hallazgos más significativos desde un punto de vista macroscópico (11, 12). Como ya hemos señalado, casi un 90% de los análisis histológicos determinaron en nuestra serie cambios compatibles con atrofia pielonefítica crónica. Esa hipofuncionalidad parenquimatosa queda reflejada desde un punto de vista cualitativo en dos de los métodos de imagen utilizados en la aproximación diagnóstica de los pacientes (...)

(...)

CONCLUSIONES

En nuestro Grupo, la indicación de cirugía exerética conservadora es establecida en relación directa con las características morfofuncionales del riñón afecto. **El hallazgo de un escaso parénquima renal funcionante en asociación con litiasis localizada en su grupo calicial correspondiente nos conduce a obviar una "preservación nefronal" que como hemos visto no presenta repercusiones posteriores significativas en la función renal global. Los fragmentos residuales irresolubles tras múltiples sesiones de litotricia, o bien aquellas litiasis que se relacionen con un mecanismo de daño crónico parenquimatoso reafirman (dadas las complicaciones ulteriores a que pudieran dar lugar) la necesidad de una solución definitiva al problema. Es en este contexto en el que cobra mayor validez lo expresado en el párrafo anterior. Creemos, por lo tanto, en la validez de la nefrectomía parcial dentro de las opciones terapéuticas de la patología litiásica, debiendo conservar su lugar cuando las indicaciones así la requieran**».¹⁷

(Resaltado y subrayado agregado)

42. Siendo así, la literatura descrita da cuenta que en supuestos de pielonefritis, y considerando las particulares circunstancias del órgano, el médico a cargo podrá disponer de un tratamiento tal como la nefrectomía.
43. Sobre el particular, la Clínica sostuvo en su defensa que, después que a la paciente se le diagnosticó de *litiasis ureteral proximal ipsilateral*, sometiéndola

¹⁷ Cruz, N., García, E., Sáenz, J., Sáenz, J., Pozo, B. y Lovaco, F. Nefrectomía Parcial en la Patología Litiásica. (2000). *Archivo Español de Urología*. 53 (9). Recuperado desde: <http://aeurologia.com/pdfs/articulos/1191752923300-eng.pdf>.

a una *Litotripia Intracorporea*, del 30 de junio al 4 de julio de 2014, la paciente fue hospitalizada por un diagnóstico de pielonefritis aguda con urocultivo positivo a *Citriobacter Freundil*, recibiendo antibiótico parental y programándose un recambio de sonda nefrostómica. Asimismo, se dispuso: (i) un radio-renograma (a fin de evaluar la función renal); así como, (ii) un UROTEM (para evaluar la anatomía renal), lo cual permitiría tomar una decisión definitiva.

44. Además, el centro de salud manifestó que, el 5 de agosto de 2014, se realizó una junta médica, en la que se determinó que -debido a los factores de morbilidad y las complicaciones posibles- la mejor opción de tratamiento era la nefrectomía derecha, para la que se solicitaría la autorización de la paciente y los estudios preoperatorios, siendo que esta informó que tomaría la decisión en cuestión, durante el transcurso de dicha semana.
45. Ahora, obran en el expediente las hojas de la historia clínica de la paciente, en las que se consignó la información siguiente:
- A foja 270 del expediente: Copia simple de la historia clínica del 24 de marzo de 2014, en la que se precisó que el diagnóstico de la paciente era cólico renal derecho;
 - a foja 271 del expediente: Copia simple de la historia clínica del 26 de marzo de 2014, en la que se precisó que el diagnóstico de la paciente era litiasis, disponiendo como procedimiento la litotricia;
 - a foja 435 del expediente: Copia simple del resultado del laboratorio, producto de la muestra tomada a la paciente del 26 de abril de 2014, en la que se consignó como identificación debido al urocultivo la presencia de *Citriobacter Freundil*;
 - a foja 441 del expediente: Copia simple del resultado del laboratorio, producto de la muestra tomada a la paciente del 20 de mayo de 2014, en la que se consignó como identificación debido al urocultivo la presencia de *Staphylococcus epidermidis*;
 - a foja 82 del expediente: Copia simple del resultado del laboratorio, producto de la muestra tomada a la paciente del 26 de junio de 2014, en la que se consignó como identificación debido al urocultivo la presencia de *Candida Albicans*;
 - a foja 416 del expediente: Copia simple de la historia clínica del 30 de junio de 2014, en la que se precisó que el diagnóstico de la paciente era PNA¹⁸, disponiendo un urocultivo;

¹⁸ Abreviatura que alude a Pielonefritis aguda no complicada, según se evidenciaba en el link siguiente: <https://empendium.com/manualmibe/chapter/B34.II.14.8.3>.

- a foja 776 del expediente: Copia simple de la historia clínica del 12 de julio de 2014, en la que se precisó que el diagnóstico de la paciente era PNA; y,
 - a foja 416 del expediente: Copia simple del examen anatómico-patológico del 17 de setiembre de 2014, en el que se diagnosticó a la paciente pielonefritis crónica con atrofia en parches del parénquima
46. Con lo cual, dado que la denunciada no ha desconocido haber determinado la realización de un tratamiento tal como la nefrectomía, la Sala considera que ello guardaba correspondencia con el hecho de la evolución de la pielonefritis diagnosticada a la paciente, hecho no observado por esta, -afección que no se ha demostrado que haya sido causada por la litotricia y respecto de la cual se indicó (en un primer momento) que era aguda- evolucionando a una de naturaleza crónica, según se evidenció en las hojas de la historia clínica de la señora Gonzales, y con la literatura anteriormente citada, que según se detalló describía como pertinente tal procedimiento ante la intensificación de tal patología.
47. Por tanto, el hecho que en la Clínica El Golf se le haya practicado a la usuaria dicha operación no determinaba de manera alguna que la denunciada hubiera incurrido en una mala praxis médica, cuando le practicó la litotricia, ya que no existía medio de prueba alguno para amparar ello, siendo que -como se demostró previamente- la propuesta de un tratamiento como el invocado (esto es, la nefrectomía) era el procedimiento idóneo ante la detección de una sintomatología como la pielonefritis que evolucionó hasta hacerse crónica en la salud de la señora Gonzales.
48. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, al haber quedado acreditado que la nefrectomía no se configuraba como un riesgo de la litotricia, sino como un procedimiento médico adoptado, en atención a la pielonefritis sufrida por la paciente.
- (ii.3) Sobre la realización de la laparotomía exploratoria realizada a la paciente y el consentimiento informado sobre la misma
49. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción del artículo 19° del Código, tras considerar que la “laparotomía exploratoria” realizada a la paciente contó con el consentimiento informado, suscrito por parte de la madre de esta.

50. En el presente caso, la señora Gonzales denunció que el personal médico de la Clínica le practicó una laparotomía exploratoria, respecto de la cual no brindó su consentimiento, por encontrarse inconsciente.
51. Atendiendo a ello, la Sala debe señalar a la usuaria, que si bien los establecimientos de salud se encuentran obligados a informar a sus usuarios sobre los aspectos relevantes y sustanciales del diagnóstico así como del tratamiento, lo que incluye los riesgos y complicaciones respectivos, no es exigible que el personal médico, en principio, deba informar al paciente sobre cada acto del tratamiento médico que se le va a brindar, pues ello en la práctica podría implicar dificultad o demora en la prestación del servicio, lo cual no es esperado por el consumidor y, por tanto, podría llevar a este a denunciar tal hecho como una presunta falta de idoneidad en el servicio.
52. En opinión de la Sala, si bien existe una obligación general y especial de los establecimientos de salud de informar a sus pacientes sobre el tratamiento o la atención médica que se les brinda, independientemente del producto o servicio a tomar, no resulta razonable, como regla general, que se esté informando sobre todos los actos del procedimiento así como de todos los medicamentos empleados, pues ello implicaría que los establecimientos estuviesen solicitando de manera constante el consentimiento informado al paciente, lo cual desnaturaliza la dinámica rápida y eficaz que requiere un servicio médico idóneo.
53. En ese sentido, de cara al presente caso, con relación a la laparotomía exploratoria realizada a la paciente, la Sala considera -como primer punto- que, si bien dicha situación se originó en el marco de la complicación incurrida como parte de la litotricia intracorpórea, la necesidad de practicar una operación adicional a ello -en calidad de urgente- fue debidamente comunicado a través de lo incorporado en la hoja de Consentimiento Informado, relativa al 26 de marzo de 2014, obrante a fojas 353 a 354 del expediente, cuando se señaló que *«A pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como los debidos a la situación vital del paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, etc.) y los específicos del procedimiento: (...) i. Posibilidad de un acto quirúrgico de urgencia»*, documento suscrito por la señora Gonzales.
54. Además, corresponde señalar en segundo lugar que, considerando que la paciente se encontraba en un estado de inconsciencia, producto de la aplicación de la anestesia, y siendo que se había consensuado en que -de ser necesario- se practicaría un acto quirúrgico de urgencia, el mismo fue debidamente explicado y aprobado por la proveedora a la madre de la señora Gonzales, la cual suscribió ello, a través de la hoja del Consentimiento Informado del 26 de marzo de 2014, obrante a fojas 731 a 732.

55. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción del artículo 19° del Código, al haber quedado acreditado que la laparotomía exploratoria realizada a la paciente contó con el consentimiento informado, suscrito por parte de la madre de esta, en atención a las particularidades de la situación.

(ii.4) Sobre el cambio de la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014

56. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que el cambio de la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014 se produjo producto de las complicaciones surgidas en la intervención realizada en dicha fecha.

57. Al respecto, resulta importante indicar en el marco de la atribución de la responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 104° del Código, que corresponde al consumidor acreditar la existencia de los defectos denunciados respecto al producto o servicio adquirido.

58. Efectivamente, el artículo 171° del TUO de Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁹ establece que corresponde a los administrados aportar pruebas que sustenten la veracidad de sus afirmaciones. Del mismo modo, el artículo 196° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece que corresponde la carga de probar a quien afirma un alegato²⁰; es decir, es el consumidor quien tiene la carga de acreditar la existencia del defecto invocado en el bien o servicio y, una vez demostrado ello, el proveedor tendrá la obligación procesal de sustentar que no es responsable por la falta de idoneidad imputada.

59. De otro lado, es necesario tener en cuenta que el artículo 246° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General recoge el principio de presunción de licitud²¹, que obliga a la Administración a realizar las acciones necesarias para verificar la efectiva comisión de los cargos imputados. Así,

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 171°.- Carga de la prueba.**

(...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

²⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.** - 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.

²¹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** - La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. **Presunción de licitud.** - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

ante la falta de medios probatorios que sustenten los actos administrativos que imponen sanciones a los particulares corresponderá emitir un fallo absolutorio.

60. Al respecto, tal como se advertía en la hoja de Consentimiento Informado, relativa al 26 de marzo de 2014, obrante a fojas 353 a 354 del expediente, en dicho instrumento se consignó lo siguiente:

«INFORMACIÓN GENERAL

Esta técnica consiste en la fragmentación de cálculos urinarios mediante ondas de choque (energía vibropercutora generada en el litotriptor) (...). Algunos pacientes pueden requerir más de una sesión de tratamiento dependiendo fundamentalmente del tamaño y la dureza del cálculo y, en otras ocasiones, puede decidirse dejar un catéter (Externo o interno).

(...)

2. Doy consentimiento para que se me realice la litotricia intracorpórea, y se me proporcione los procedimientos de monitoreo invasivo intraoperatorio necesarios (colocación de sondas, catéteres, canalización de línea arterial). Invasivos (...).».

61. Con lo cual, el aludido documento pone de manifiesto que la interesada - además de conocer que podía requerir la colocación de una sonda- dio su consentimiento para que ello se produjera, en el marco de la intervención de litotricia.
62. Por lo que, tal como se evidenció en el informe de la intervención quirúrgica del 26 de marzo de 2014, obrante a fojas 664 y 665 del expediente, en dicho medio de prueba se consignaron las acciones adoptadas en tal operación, entre las que se incluía la colocación de sondas Foley o sondas vesicales (cuya abreviatura es conocida como SF), siendo que no mediaba instrumento alguno actuado a la presente controversia que diera cuenta que estas no eran idóneas.
63. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, al no haber quedado acreditado que la proveedora dejó de adoptar precauciones al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014.

(ii.5) Sobre el cambio de las sondas nefrostómicas del 7 de agosto de 2014

64. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, tras considerar que el cambio de las sondas nefrostómicas del 7 de agosto de 2014 se llevaron a cabo en la sala de operaciones y con anestesia local.

65. Sobre el particular, obra a fojas 417 a 428 del expediente, copia simple de los documentos que se citan a continuación:
- Consentimiento Informado para anestesia local, suscrito por la usuaria el 7 de agosto de 2014, relativo al recambio de nefrostomía, en el cual manifiesta su conformidad con la técnica anestésica relativa a ello;
 - Ficha de recuperación postanestésica de la evaluación de enfermería del 7 de agosto de 2014, a las 03:30 p. m., en la que se describe el procedimiento empleado para el cambio de la sonda;
 - Ficha de recuperación postanestésica de la evaluación médica del 7 de agosto de 2014, a las 03:30 p. m., en la que se describe el procedimiento empleado para el cambio de la sonda, calificando al paciente como estable;
 - Informe de la intervención quirúrgica del 7 de agosto de 2014, de las 03:00 a las 03:15 p. m., en la que se detalla las acciones adoptadas sin consignarse complicaciones;
 - Ficha de recuperación postanestésica de la evaluación de enfermería del 7 de agosto de 2014, a las 20:40 p. m., en la que se describe el procedimiento empleado para el cambio de la sonda; y,
 - Ficha de recuperación postanestésica de la evaluación médica del 7 de agosto de 2014, a las 20:40 p. m., en la que se describe el procedimiento empleado para el cambio de la sonda, calificando al paciente como estable.
66. Así, la revisión conjunta de los aludidos instrumentos pone de manifiesto que la proveedora realizó el cambio de las sondas conveniente y empleando los medios pertinentes para ello (tales como la intervención quirúrgica y la anestesia local), sin que la denunciante haya aportado medio de prueba alguno que permitiera rebatir la información anteriormente descrita.
67. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 19° y 25° del Código, al haber quedado acreditado que la proveedora cambió las sondas nefrostómicas del 7 de agosto de 2014 tomando las precauciones pertinentes para ello.
- (iii) Sobre el deber de información
68. 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.

69. En ese sentido, el artículo 1.1°, literal b), del Código²² establece el derecho de los consumidores a acceder a información oportuna, veraz y accesible que le permita una adecuada elección de consumo, así como un uso idóneo del producto o servicio. Por su lado, el artículo 2.1° del Código dispone la obligación de los proveedores de brindar dicha información²³.
70. Esta obligación implica que los proveedores deben poner a disposición de los consumidores toda la información que sea relevante y adecuada respecto a los términos y condiciones de los bienes y servicios ofrecidos para realizar una decisión de consumo y uso debidamente informada sobre los mismos.
71. En esa línea, en lo que refiere a los agentes y establecimientos de salud, el artículo 67°.4. contempla lo siguiente:

«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:

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».

²² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.- Derecho 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.

²³ **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 (...).

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

(...).

(iii.1) Sobre la información brindada en el consentimiento informado, respecto a que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”

72. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) del Código, tras considerar que la proveedora informó a la paciente que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”, mediante el consentimiento informado.

73. Ahora bien, es pertinente mencionar que la señora Gonzales fue enfática en señalar que el nosocomio no había cumplido con informarle la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”.

74. Sobre el particular, conviene citar lo establecido en la Ley 26842, Ley General de Salud, en cuyo artículo 15° se establece lo siguiente:

«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; (...)

(Resaltado y subrayado agregado)

75. Por su parte, la Norma Técnica N° 22-MINSA /DGSP-V.02, Norma Técnica de la Historia Clínica de los Establecimientos del Sector Salud del 2005, en lo relativo al Formato de Consentimiento Informado, lo define en su artículo V.4, en los términos que se cita a continuación

«V. DEFINICIONES

(...)

4. Consentimiento Informado:

*Es la conformidad expresa del paciente o de su representante legal cuando el paciente está imposibilitado, con respecto a una atención médica, quirúrgica o algún otro procedimiento, en forma libre, voluntaria y consciente, **después que el médico u otro profesional de salud competente le ha informado de la naturaleza de la atención, incluyendo los riesgos reales y potenciales, efectos colaterales y efectos adversos, así como los beneficios, lo cual debe ser registrado y firmado en un documento, por***

el paciente o su representante legal y el profesional responsable. Se exceptúa de consentimiento informado en caso de situación de emergencia, según Ley General de salud, artículos 4º y 40º».

(Resaltado y subrayado agregado)

76. En la misma línea, dicho cuerpo normativo agregó que el formato de Consentimiento Informado exige que no solo se incluya el nombre del procedimiento a realizar a un paciente, sino también una descripción del mismo en términos sencillos:

«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:

- Nombre del establecimiento de salud
- Fecha
- Nombres y apellidos del paciente
- N° de Historia Clínica
- **Nombre de la intervención quirúrgica o procedimiento especial a efectuar**
- **Descripción del mismo en términos sencillos**
- **Riesgos personalizados, reales y potenciales del procedimiento y/o de la intervención quirúrgica.**
- Nombres y apellidos del profesional responsable de la intervención o procedimiento
- Conformidad firmada en forma libre y voluntaria por el paciente o su representante legal según sea el caso, consignando nombres, apellidos y N° de DNI. En caso de analfabetos se coloca su huella digital
- Nombres y apellidos firma, sello y número de colegiatura del profesional responsable de la atención
- Consignar un espacio para caso de revocatoria del consentimiento informado, donde se exprese esta voluntad con nombres, apellidos, firma y huella digital del paciente, o representante legal de ser el caso».

(Resaltado y subrayado agregado)

77. Considerando lo expuesto, se puede concluir que el establecimiento de salud se encuentra obligado a poner a disposición del paciente (o de sus representantes legales, de ser el caso), información completa y comprensible sobre el proceso médico que se está llevando a cabo en su persona, la misma que -al ser plasmada en el formato denominado Consentimiento Informado- involucra que en este se incorpore el nombre de dicho tratamiento o de la intervención a realizar, así como la correspondiente descripción -en términos sencillos- de tal circunstancia.
78. En el presente caso, y respecto a la atribución de responsabilidad planteada en contra del nosocomio sobre estos puntos, el centro de salud adujo haber cumplido con poner a disposición de la paciente la información invocada por la interesada en su denuncia, lo cual quedaba demostrado -a su criterio- mediante la revisión del documento denominado *Consentimiento Informado*, que la señora Gonzales leyó y suscribió en señal de conformidad.
79. Así, de la revisión de la historia clínica de la señora Gonzales, tal como se mencionó previamente, se advierte la hoja de Consentimiento Informado, relativa al 26 de marzo de 2014, obrante a fojas 353 a 354 del expediente, en las que se plasmó lo siguiente:

«CLÍNICA SAN GABRIEL
CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LITOTRICIA [LITOTRICIA]
INTRACORPOREA

(...)

A pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como los debidos a la situación vital del paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, etc.) y los específicos del procedimiento:

- a. Imposibilidad de fragmentar el cálculo.*
- b. Reacciones alérgicas a la medicación intravenosa, que puede incluso producir shock anafiláctico.*
- c. Náuseas y vómitos intensos.*
- d. Sangrado por orina (macrohematuria) transitorio, que desaparece de forma progresiva.*
- e. Cólico nefrítico como consecuencia de la obstrucción de la vía urinaria por fragmentos del cálculo.*
- f. Obstrucción urinaria uretral por fragmentos.*
- g. Presencia de infección urinaria que puede pasar a la sangre.*
- h. Alteración de la función renal, con disminución e incluso pérdida de la misma.*
- i. Posibilidad de un acto quirúrgico de urgencia.*

En caso de precisar un catéter (doble J o similar) para impedir la obstrucción de riñón, este suele recibir ser bien tolerado aunque produzca, a veces, molestias por dolor, sangrado, infección urinaria y, rara vez, infección generalizada, **ruptura uretral** u otras de más difícil predicción. (...)».

(Resaltado y subrayado agregado)

80. Así, la Sala verifica -del contenido del detallado consentimiento informado- que la proveedora únicamente comunicó a la paciente que, cuando se precisara la incorporación de un catéter, a fin de impedir la obstrucción del riñón, se podía ocasionar una ruptura uretral (esto es, una lesión en la uretra).
81. En ese sentido, dado que en el presente caso, se produjo una **ruptura uretral -esto es, una lesión en uno de los uréteres, órgano diferente a la uretra-, como consecuencia de la litotricia (y sin que ello tuviera como hecho causante la incorporación de un catéter)**, lo suscitado en la salud de la paciente -contrariamente a lo sostenido por la primera instancia y la parte denunciada- no formaba parte de la información brindada a la cliente, a través del mencionado consentimiento, puesto que tal situación no fue prevista como uno de los riesgos propios de la litotricia, es decir, no se informó que por dicha intervención se podía generar la ruptura ureteral.
82. Con lo cual, no se verifica que el centro de salud haya trasladado a la usuaria la información médica, en los términos previstos por la normativa sectorial sobre la materia, razón por la cual este Colegiado considera que la denunciada no cumplió con demostrar que brindó información a la cliente en el consentimiento informado, respecto a que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”.
83. En consecuencia, este Colegiado considera que revocar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) del Código, respecto al hecho referido a que la proveedora informó a la paciente, mediante el consentimiento informado, que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”; y, en consecuencia, declarar fundada la misma, al no haber quedado acreditado que el centro de salud cumplió con trasladar a la usuaria dicha información.
- (iii.2) Sobre la información brindada en el consentimiento informado, respecto a que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una nefrectomía radical
84. La Comisión declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) del Código, tras considerar que

no se demostró que la nefrectomía radical constituyera un riesgo propio de tal intervención que ameritara ser informado.

85. Considerando que -como se demostró en el análisis relativo al deber de idoneidad- le nefrectomía no se constituía como un riesgo o complicación derivado de un procedimiento como la litotricia, sino como un tratamiento médico ante la afección específicamente diagnosticada a la paciente, no cabía que el centro de salud hubiera informado de ello a esta o que hubiera incorporado su posible ocurrencia dentro del detalle de los riesgos propios de la operación realizada a la usuaria el 26 de marzo de 2014.
86. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra la Clínica, por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) del Código, al haber quedado acreditado que no se demostró que la nefrectomía radical constituyera un riesgo propio de la litotricia que ameritara ser informado, ya que se trataba de un procedimiento médico propuesto en determinadas circunstancias.
- (iv) De la denegatoria de las medidas correctivas pretendidas por la usuaria
87. La Comisión denegó las medidas correctivas solicitadas por la interesada relativas a la inhabilitación y clausura, porque no ameritaban su disposición en el presente supuesto, en atención a la determinación de las infracciones declaradas como fundadas y no ordenó el pago de los gastos en los que incurrió para mitigar las conductas detectadas, pues tenían un carácter indemnizatorio que no podía ser determinado por la Autoridad Administrativa.
88. La interesada cuestionó la denegatoria de las medidas correctivas, esto es, que no se le haya brindado lo requerido. Sin embargo, este Colegiado coincide con el razonamiento seguido por la primera instancia, pues la inhabilitación y clausura invocadas no guardaban correspondencia con los hechos verificados por la Comisión, consistentes en la emisión de un resultado que no contenía información correcta y con la realización de un cambio de sonda sin consentimiento.
89. Finalmente, con relación al reembolso de los gastos que involucraron la mitigación de las conductas detalladas previamente, corresponde indicar que el artículo 115° del Código establece expresamente lo siguiente:

«Artículo 115.- Medidas correctivas reparatorias

115.1 Las medidas correctivas reparatorias 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:

(...)

h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.».

90. Como se advierte, el Código expresamente faculta a la autoridad administrativa a ordenar el reembolso de los gastos efectivamente incurridos por el consumidor, a efectos de resarcir las consecuencias negativas derivadas de una infracción.
91. No obstante, también es importante precisar que el artículo 115°.7 del Código establece que las medidas correctivas reparadoras son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. Siendo que este artículo establece que debe descontarse de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa²⁴.
92. Por lo expuesto, lo señalado sobre el artículo 115°.7 del Código permite advertir que la finalidad de su regulación es evitar que un usuario obtenga un enriquecimiento ilícito al recibir de manera paralela la medida correctiva que ordene el Indecopi ante la comisión de una infracción administrativa y -a su vez- una compensación u indemnización por los daños causados.
93. Por consiguiente, considerando que las medidas dispuestas por la primera instancia -que no fueron cuestionadas por la administrada y se detallaban en antecedentes- pretendían corregir el defecto detectado, no cabía que se dispusiera la entrega de un reembolso dinerario, en los términos exigidos por la interesada, pues calificaba como un pedido de naturaleza indemnizatoria, respecto del cual la Autoridad Administrativa no tenía la facultad de disponer, concordándose con lo establecido por la primera instancia.

(v) Sobre la graduación de la sanción

94. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión debe atender al beneficio ilícito esperado con la

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 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 infractora 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.

realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, la reincidencia o el incumplimiento reiterado y otros criterios que considere adecuado adoptar²⁵.

25

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.
 - 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."

(Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1308, publicado el 30 de diciembre de 2016 por el Diario Oficial "El Peruano")

95. Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. En ese sentido, la finalidad de las mismas es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. Por ello, a efectos de graduar la sanción a imponer, el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS, norma publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de marzo de 2017 (en adelante, TUO de Ley del Procedimiento Administrativo General) contempla los principios de razonabilidad²⁶ y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. En virtud del primero, la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el infractor, ello con la finalidad de desincentivar la realización de las conductas infractoras. Por su parte, el principio de proporcionalidad, busca que los medios empleados por el juzgador sean los más idóneos a efectos de desincentivar la conducta en tutela de determinado interés público, pero que a su vez signifique la menor afectación posible de los derechos de los imputados.
96. En el presente procedimiento, se ha determinado la responsabilidad de la Clínica, por no informar que la litotricia podía causar una ruptura ureteral. Por tal motivo, corresponde a esta Sala efectuar una graduación de la sanción a imponerse a dicha entidad por dicho extremo.
97. Al respecto, esta Sala considera que los siguientes criterios deben ser analizados a fin de graduar la sanción:
- (i) El beneficio ilícito: Consistente en el ahorro que incurrió la proveedora al no contar con mecanismos adecuados para evitar que se produzcan este tipo de infracciones, implementado procedimiento que permitan que su

²⁶ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA 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 deben 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.

(...)

- personal cumpla con informar los riesgos, tales como la ruptura ureteral, como consecuencia de la intervención practicada en la paciente;
- (ii) El daño resultante de la infracción: Ocasionada a la persona que recibió la atención, puesto que involucraba que este desconociera lo relativo a los riesgos que se podían presentar en la salud de la paciente, como consecuencia del procedimiento realizado, denotándose un desequilibrio de la información en perjuicio de la usuaria; y,
- (iii) Los efectos negativos al mercado: Consistente en el daño a la credibilidad de los proveedores de servicios médicos y pérdida de confianza de parte de los consumidores, pues estos podrían considerar que los demás establecimientos de salud proceden de la misma manera, omitiendo brindar información sobre todos y cada uno de los riesgos de los procedimientos que desarrollan.
98. Atendiendo a lo previsto, la sanción a ser impuesta debe generar incentivos para corregir las acciones contrarias al ordenamiento de Protección al Consumidor. Por tal motivo, este Colegiado considera que una multa de 1 UIT guarda correspondencia, proporcionalidad y razonabilidad. Por lo tanto, corresponde imponer a la Clínica dicha sanción, por la conducta infractora detectada.
- (vi) Sobre el pago de las costas y los costos del procedimiento
99. El Decreto Legislativo 807 Facultades, Normas y Organización del Indecopi, señala en su artículo 7^o²⁷ que, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi.
100. En el presente caso, esta Sala ha declarado la responsabilidad administrativa de la Clínica, por la conducta infractora verificada.
101. Teniendo en cuenta lo anterior y, en la medida que la señora Gonzales contaba con interés en la conducta declarada fundada (lo cual recién pudo materializarse con ocasión de la interposición de su denuncia), esta Sala

²⁷

DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI Artículo 7°.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

considera que corresponde condenar a la Clínica al pago de las costas y los costos del procedimiento.

(vii) Sobre la inscripción de la denunciada en el Registro de Infracciones y Sanciones (RIS) del Indecopi

102. Según el artículo 119° del Código, los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados en el RIS por el lapso de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de dicha resolución²⁸.

103. En el presente caso, esta Sala ha declarado la responsabilidad administrativa de la Clínica, por la conducta infractora verificada.

104. Teniendo en consideración lo anterior, corresponde ordenar la inscripción de la proveedora en el RIS, por la conducta infractora antes referida.

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la Resolución 1197-2017/ILN-CPC del 29 de diciembre de 2017, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra el señor Luis Samuel Velasco Wilson, por presuntas infracciones a los artículos 2°.1., 19°, 25° y 67°.4. literal c) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, declarar improcedente la misma, al haber quedado acreditado que los servicios médicos materia de denuncia fueron prestados directamente por Clínica San Gabriel S.A.C., siendo que el profesional de la salud actuó en calidad de dependiente de dicho establecimiento.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 1197-2017/ILN-CPC, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 19° y 25° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que: (i) la intervención quirúrgica denominada litotricia del 26 de marzo de 2014 podía generar una ruptura ureteral, tratándose de un riesgo propio de dicha operación; y, (ii) la nefrectomía no se configuraba como un riesgo de la

²⁸

LEY 29571, MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1308 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2016. 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.

litotricia, sino como un procedimiento médico adoptado, en atención a la pielonefritis sufrida por la paciente.

TERCERO: Confirmar la Resolución 1197-2017/ILN-CPC, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción del artículo 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que la laparotomía exploratoria realizada a la paciente contó con el consentimiento informado, suscrito por parte de la madre de esta, en atención a las particularidades de la situación.

CUARTO: Confirmar la Resolución 1197-2017/ILN-CPC, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 19° y 25° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor: (i) al no haber quedado acreditado que la proveedora dejó de adoptar precauciones al colocar la sonda nefrostómica del 26 de marzo de 2014; y, (ii) al haber quedado acreditado que la proveedora cambió las sondas nefrostómicas del 7 de agosto de 2014 tomando las precauciones pertinentes para ello.

QUINTO: Confirmar la Resolución 1197-2017/ILN-CPC, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no haber quedado acreditado que la nefrectomía radical constituyera un riesgo propio de la litotricia que ameritara ser informado, ya que se trataba de un procedimiento médico propuesto en determinadas circunstancias.

SEXTO: Revocar la Resolución 1197-2017/ILN-CPC, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado contra Clínica San Gabriel S.A.C., por presunta infracción de los artículos 2°.1. y 67°.4. literal c) de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto al hecho referido a que la proveedora informó a la paciente, mediante el consentimiento informado, que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”; y, en consecuencia, declarar fundada la misma, al no haber quedado acreditado que el centro de salud cumplió con trasladar a la usuaria dicha información.

SÉTIMO: Sancionar a Clínica San Gabriel S.A.C. con una multa de 1 UIT, por no informar a la paciente, mediante el consentimiento informado, que la “litotricia intracorpórea” involucraba el riesgo de sufrir una “ruptura ureteral”.

OCTAVO: Requerir a Clínica San Gabriel S.A.C. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta a la proveedora en la presente resolución, bajo apercibimiento de

iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 203° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS²⁹, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

NOVENO: Condenar a Clínica San Gabriel S.A.C. al pago de las costas y los costos del procedimiento a favor de la señora Ana Sofía Gonzales Hurtado.

DÉCIMO: Disponer la inscripción de Clínica San Gabriel S.A.C. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente

²⁹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 203.- Ejecución forzosa**
Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:
(...)
4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.