

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

PROCEDENCIA : COMISION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR
(LA COMISIÓN)
DENUNCIANTE : JUAN VENANCIO AYALA AREVALO (EL SEÑOR
AYALA)
DENUNCIADOS : CLINICA LOS ANDES S.A.C. (CLINICA LOS
ANDES)
MATERIA : PROTECCION AL CONSUMIDOR
IDONEIDAD DEL BIEN O SERVICIO
MULTA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MEDIDAS CORRECTIVAS
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA SALUD
HUMANA

SUMILLA: *en el procedimiento sobre infracciones a la Ley de Protección al Consumidor seguido por el señor Juan Venancio Ayala Arévalo contra la Clínica Los Andes S.A.C., esta Sala ha resuelto confirmar la Resolución Nº 1254-2004/CPC emitida por la Comisión de Protección al Consumidor en los extremos apelados por los que:*

- (i) *Declaró fundada la denuncia contra la Clínica Los Andes S.A.C. por infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor .*

Se ha demostrado que los médicos de la Clínica Los Andes S.A.C. que trataron al denunciante actuaron con negligencia al intervenirlo de una hernioplastía sin su autorización. Igualmente ha existido falta de diligencia de los médicos de la Clínica Los Andes S.A.C. al no informar al denunciante sobre la posibilidad de practicarle una orquiectomía o solicitar su autorización expresa para ello, pese a que se trataba de un riesgo previsible que era de conocimiento de la denunciada. Por el contrario, inicialmente se le solicitó autorización para una nueva hernioplastía y recién se recabó la autorización para la orquiectomía de la esposa del señor Juan Venancio Ayala Arévalo, cuando éste se encontraba bajo los efectos de la anestesia.

- (ii) *Sancionar a la Clínica Los Andes S.A.C. con una multa de 10 UIT y ordenarle en calidad de medida correctiva que en un plazo no mayor de cinco días hábiles cumpla con devolver al denunciante el copago por las dos operaciones quirúrgicas realizadas, precisándose que corresponderá a la Comisión de Protección al Consumidor verificar el cumplimiento de la medida correctiva en*

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

la medida que el señor Juan Venancio Ayala Arévalo presente la documentación sustentatoria de los pagos realizados.

- (iii) Ordenar a la Clínica Los Andes S.A.C. el pago de las costas y costos del procedimiento.**
- (iv) Remitir copia de lo actuado en el expediente al Colegio Médico del Perú.**

SANCIÓN: 10 UIT

Lima, 13 de julio de 2005

I ANTECEDENTES

El 15 de agosto de 2003, el señor Ayala denunció a Clínica Los Andes por presuntas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor.

El señor Ayala manifestó que fue internado en la Clínica Los Andes para una intervención quirúrgica a la próstata, sin embargo, durante la operación se le detectó una hernia que los médicos trataron sin su autorización y sin contar con todos los elementos requeridos para ello, como es una malla quirúrgica.

El denunciante refirió que después de la operación, no notaba el testículo derecho en su lugar, y si bien los médicos le indicaron que esa situación se iba a regularizar con el tiempo, no presentó mejoras. Dos meses después, ante sus continuas quejas, los médicos ordenaron una segunda intervención, sin costo alguno, para regularizar el defecto, sin embargo, en esa oportunidad no sólo le cobraron por la operación sino que, lejos de corregirse el defecto, sufrió la extirpación del testículo derecho.

El denunciante solicitó que se sancione a la Clínica Los Andes por la negligencia y mal servicio prestado, y que se le indemnice por los daños y perjuicios ocasionados. Asimismo, el señor Ayala solicitó el pago de las costas y costos del procedimiento.

El 28 de agosto de 2003, la Clínica Los Andes presentó sus descargos indicando que cumplió con solicitar la autorización del paciente para la prostatectomía, sin embargo, dado que durante el acto operatorio se verificó la existencia de una hernia inguinal derecha, los médicos, en aplicación de los principios de beneficencia¹, economía y oportunidad de evitar un doble riesgo y gasto adicional para el señor Ayala, decidieron practicarle la herniografía inguinal derecha. La denunciada precisó que no se colocó la

¹ Búsqueda del bien para el paciente.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

malla protésica quirúrgica, en tanto su uso no está indicado cuando la intervención se realiza simultáneamente con cirugía abierta de próstata por el riesgo de contaminación subsecuente de un cuerpo extraño.

La Clínica Los Andes señaló que cuando el señor Ayala refirió molestias, se le practicaron los procedimientos necesarios para esclarecer su origen y se llevó a cabo una nueva intervención con su consentimiento. No obstante, siendo necesario proceder a la orquiectomía derecha, se solicitó el consentimiento de su cónyuge, conforme a las disposiciones legales vigentes.

Finalmente, la denunciada señaló que la complicación y posterior pérdida testicular era un evento posible e inevitable por la naturaleza de la hernioplastía inguinal y las características peculiares de cada persona, por lo que se trataba de un típico hecho fortuito, no existiendo mala práctica, impericia o negligencia de su parte.

El 13 de febrero de 2004, el Banco Continental, empresa emisora del Seguro Médico Familiar del señor Ayala, presentó el informe médico elaborado por la doctora Claudia Paredes Palma, en su calidad de auditora médica, respecto al caso del denunciante.

El 20 de febrero de 2004, la Comisión recibió un Informe Pericial emitido por el doctor Ramón Bueno Tizón Deza respecto al caso del señor Ayala.

Mediante Resolución N° 280-2004-CPC emitida el 3 de marzo de 2004, la Comisión declaró fundada la denuncia contra la Clínica Los Andes por infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, sancionándolo con una multa de 25 UIT, por haber quedado acreditado que las operaciones que realizó al denunciante le produjeron la extirpación del testículo derecho, realizándose ambas sin informar adecuadamente al señor Ayala de sus implicancias.

El 23 de marzo de 2004 la Clínica Los Andes interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 280-2004-CPC, lo cual motivó que el Expediente N° 892-2003/CPC fuera elevado a esta Sala.

Mediante Resolución N° 0300-2004/TDC-INDECOPI emitida el 14 de julio de 2004, la Sala declaró nula en todos sus extremos la Resolución N° 280-2004/CPC al haberse verificado que la Comisión vulneró el derecho de defensa de la Clínica Los Andes al resolver la denuncia del señor Ayala, sin otorgar a la denunciada el plazo de cinco (5) días hábiles para que cuestione y formule sus descargos al informe médico emitido por el doctor Bueno Tizón. Por tal motivo se resolvió devolver el expediente a la Comisión para que subsane el vicio detectado y emita un nuevo pronunciamiento.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

Devuelto el expediente a la Comisión, el 24 de noviembre de 2004 se emitió la Resolución N° 1254-2004/CPC por medio de la cual se resolvió lo siguiente:

- (v) declarar improcedente el pedido de la Clínica Los Andes para la realización de un nuevo peritaje, toda vez que los medios de prueba que obran en el expediente resultan suficientes para determinar la idoneidad del servicio prestado por la denunciada;
- (vi) declarar fundada la denuncia contra la Clínica Los Andes por infracción al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor por haber quedado acreditado que ésta no informó adecuadamente al señor Ayala acerca de las operaciones que se le realizaron, ni de las complicaciones que se podían presentar, ocasionándole la extirpación del testículo derecho;
- (vii) sancionar a la Clínica Los Andes con una multa de 10 UIT y ordenarle en calidad de medida correctiva que en un plazo no mayor de cinco días hábiles cumpla con devolver al denunciante el copago por las dos operaciones quirúrgicas realizadas, así como las costas y costos del procedimiento;
- (viii) declarar improcedente la solicitud del señor Ayala para que se le otorgue una indemnización; y,
- (ix) remitir copia de lo actuado en el expediente al Colegio Médico del Perú.

El 5 de enero de 2005, la Clínica Los Andes apeló la Resolución N° 1254-2004/CPC reiterando lo manifestado en sus descargos y añadiendo lo siguiente:

- (i) La Comisión había violado el derecho de la Clínica Los Andes a un debido procedimiento al designar un perito especialista en Cirugía Plástica Reparadora, cuando el caso del señor Ayala requiere la opinión especializada de un Cirujano General o de un Urólogo. Agregó que no se había seguido un procedimiento transparente en la designación del Dr. Bueno Tizón y que se había denegado su solicitud de citarlo junto con las partes a una audiencia para que explique las conclusiones de su Informe Médico.
- (ii) La denuncia del señor Ayala se refiere a la extirpación de su testículo derecho motivada por no haber empleado una malla quirúrgica al practicarle la hernioplastía, sin embargo, en la resolución apelada no se hace ninguna mención a la malla sino que

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

se les atribuye responsabilidad por emplear una mala técnica al realizar la hernioplastia, aspecto que no pudo ser refutado por la recurrente al no formar parte de la acusación original.

- (iii) Contrariamente a lo manifestado por el Dr. Bueno Tizón, la literatura médica especializada que adjuntaba a la apelación demostraba que no existía inconveniente en realizar la intervención de la hernia conjuntamente con la operación de próstata. Por el contrario, la realización de ambas intervenciones era conveniente pues la literatura médica daba cuenta de la estrecha relación existente entre los problemas de hernia inguinal y los de próstata, sobre todo en casos como el del señor Ayala, en el cual la hernia fue un hallazgo quirúrgico.
- (iv) De acuerdo a lo manifestado por el Cirujano General, Dr. Jules A. Guillén Santa Cruz, ex Director del Hospital Casimiro Ulloa y de Emergencia de la Clínica San Borja, en una operación de hernia no se manipula el cordón espermático, por lo que no es posible que se haya producido una *“reparación muy estrecha que ha estrangulado al cordón espermático y le ha restado vascularización al testículo”*, conforme refiere el Dr. Bueno Tizón en su informe médico y en todo caso, si ello fuera cierto, la necrosis testicular se habría producido en menos de 24 horas.
- (v) La literatura médica demuestra que la pérdida del testículo del señor Ayala es una circunstancia que puede darse en algunos pacientes como consecuencia de una hernioplastia, sin responsabilidad alguna por parte del cirujano.
- (vi) El señor Ayala tenía pleno conocimiento que la segunda intervención quirúrgica que se le practicó sería una *“cirugía correctiva testicular”* y no una operación de hernia inguinal, llegando incluso a autorizar *“los riesgos y consecuencias que de éstas pudieran producirse y de las cuales tengo pleno conocimiento”* así como *“la disposición de los tejidos y órganos que pudieran ser extirpados como resultado de la operación”*. Agregó que la Comisión le había restado valor probatorio a dicha autorización porque en ésta, por error, se había consignado como fecha de expedición el *“23/01/03”* y no el *“22/01/03”*.
- (vii) El informe emitido por la doctora Claudia Paredes Palma – auditora médica del Banco Continental – no podía ser considerado como una opinión objetiva e imparcial puesto que había sido elaborado por el ex empleador del denunciante. En todo caso afirmó que el informe incurría en contradicciones e inexactitudes puesto que era falso que el señor Ayala no haya estado informado o no haya autorizado las

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

operaciones a las que fue sometido, como tampoco era cierto que el señor Ayala hubiera referido molestias desde el primer día postoperatorio. Asimismo, señaló que la Dra. Paredes nunca tuvo a la vista la historia clínica del señor Ayala.

- (viii) La medida correctiva dictada por la Comisión es improcedente porque no tiene por finalidad corregir los efectos que una infracción hubiese causado al señor Ayala, ya que éste no efectuó el copago por las intervenciones quirúrgicas que se le realizaron.
- (ix) La sanción impuesta resulta excesiva, porque en casos en los que se han verificado infracciones más graves que aquellas que se le imputan, se han impuesto multas sustancialmente inferiores.

La Clínica Los Andes también solicitó a la Sala que solicite la opinión especializada de la Sociedad Peruana de Urología y de la Sociedad Peruana de Cirugía, como también que se cite al Dr. Bueno Tizón para que explique las conclusiones de su Informe Médico y responda a los cuestionamientos formulados por la recurrente.

El 13 de julio de 2005 se llevó a cabo una audiencia de informe oral convocada por la Sala con la asistencia de ambas partes.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Determinar lo siguiente:

- (i) si corresponde conceder el pedido de la Clínica Los Andes para solicitar la opinión de la Sociedad Peruana de Urología y de la Sociedad Peruana de Cirugía sobre los hechos materia del procedimiento, así como citar al Dr. Bueno Tizón;
- (ii) si al emitir la Resolución N° 1254-2004/CPC la Comisión incurrió en vicios que determinan la nulidad de la misma;
- (iii) si la Clínica Los Andes resulta responsable por prestar un servicio falto de idoneidad al señor Ayala al practicarle intervenciones quirúrgicas que habrían derivado en la extirpación de su testículo derecho;
- (iv) si, de ser el caso, corresponde confirmar la sanción impuesta por la Comisión a la denunciada;
- (v) si corresponde confirmar la medida correctiva ordenada por la Comisión;

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

- (vi) si corresponde ordenar a la Clínica Los Andes el pago de las costas y costos del procedimiento; y,
- (vii) si corresponde poner en conocimiento del Colegio Médico del Perú lo actuado en el presente procedimiento.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Las solicitudes de la Clínica Los Andes

En su apelación la Clínica Los Andes solicitó a la Sala que para mejor resolver requiera la opinión de la Sociedad Peruana de Urología y de la Sociedad Peruana de Cirugía sobre el caso del señor Ayala, como también que se cite al Dr. Bueno Tizón a una audiencia ante las partes para que sustente las afirmaciones de su Informe Médico.

Al respecto, corresponde denegar los pedidos de la recurrente, toda vez que en el expediente obran medios probatorios suficientes para determinar si la Clínica Los Andes infringió o no las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor.

Cabe añadir que de ninguna manera esta decisión recorta el derecho de defensa de la Clínica Los Andes o su derecho de ofrecer pruebas en el procedimiento, puesto que tal como se le informara en las cédulas de notificación correspondientes a los proveídos números 2 y 4, ésta tenía a salvo el derecho de presentar los medios probatorios que estimara necesarios para sustentar sus afirmaciones.

III.2 La presunta nulidad de la Resolución N° 1254-2004/CPC

III.2.1 La designación del Dr. Bueno Tizón

A lo largo del procedimiento, la Clínica Los Andes ha cuestionado la decisión de la Comisión de solicitar la opinión del Dr. Bueno Tizón para que emita un informe sobre el caso del señor Ayala. Según manifiesta la recurrente, únicamente un especialista en Urología o en Cirugía General podrían emitir una opinión válida sobre los hechos mientras que el Dr. Bueno Tizón es especialista en Cirugía Plástica Reparadora.

Tal como lo señalara la Comisión en la resolución apelada, el artículo 176° de la Ley del Procedimiento Administrativo General² impide a la

² **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 176°.- Peritaje**
176.1 Los administrados pueden proponer la designación de peritos a su costa, debiendo en el mismo momento indicar los aspectos técnicos sobre los que estos deben pronunciarse.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

administración la contratación de peritos por su cuenta, brindándole la posibilidad de solicitar informes técnicos a los miembros de su personal. En ese sentido, la designación del Dr. Bueno Tizón no ha sido realizada en forma arbitraria, sino en ejercicio de las atribuciones que el citado artículo otorga a la Comisión siendo el Dr. Bueno Tizón uno de los miembros de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

Corresponde precisar que, tratándose de un profesional en medicina con experiencia en prácticas quirúrgicas, el Dr. Bueno Tizón es un profesional capacitado para - sobre la base de la información presentada por las partes en el procedimiento - emitir una opinión válida en el caso del señor Ayala. En todo caso, a lo largo del procedimiento la Clínica Los Andes ha tenido la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción y aportar los medios probatorios, incluyendo informes médicos y periciales que puedan desvirtuar las conclusiones a las que arribó el Dr. Bueno Tizón con las que no se encontraba de acuerdo.

En consecuencia, corresponde desestimar la causal de nulidad invocada por la Clínica Los Andes.

III.2.2 La incongruencia de la Resolución Nº 1254-2004/CPC

La Clínica Los Andes ha deducido la nulidad de la resolución apelada por una supuesta incongruencia entre lo denunciado por el señor Ayala, y lo resuelto por la Comisión. La recurrente sostiene que el señor Ayala denunció que sufrió la extirpación de su testículo derecho debido a que los médicos que le practicaron la hernioplastia no emplearon una malla metálica, mientras que la Comisión declaró fundada la denuncia por considerar que la extirpación fue ocasionada por el estrangulamiento del testículo por el cordón espermático cuando se practicó la hernioplastia.

De la revisión del expediente se aprecia que existió congruencia entre lo denunciado por el señor Ayala y el pronunciamiento de la Comisión, como es la supuesta falta de idoneidad en el servicio prestado por la Clínica Los Andes, cuya negligencia médica habría ocasionado la extirpación del testículo derecho del denunciante. Así, en su denuncia el señor Ayala manifestó lo siguiente:

“Que, recurrí a dicha entidad para ser intervenido quirúrgicamente a la Próstata, conforme indica la Carta –

176.2 La administración se abstendrá de contratar peritos por su parte, debiendo solicitar informes técnicos de cualquier tipo a su personal o a las entidades técnicas aptas para dicho fin, preferentemente entre las facultades de las universidades públicas.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

Garantía que el Banco Continental otorga a sus ex –
servidores, indicando el monto y plazo de vigencia.

Que, durante la intervención me informan que me detectaron una Hernia, que la trataron sin tener la autorización y los elementos requeridos, como es la malla quirúrgica, porque no contaban con ella y si la tenían no la ponían porque el Seguro no cubría ese aditamento, según me manifestaron.

Que luego de la operación, les hice notar que no notaba el **Testículo derecho** en su lugar, manifestándome que eso se iba a regularizar con el tiempo. Después de dos meses, ante mis quejas continuas ordenaron una segunda intervención, a efectos de regularizar este defecto; según indicaron sería simple y sin costo alguno, fue una mentira porque me pasaron la Factura.

Que, en esta segunda intervención sufrí la **Extirpación del Testículo derecho**, por la mala intervención de la Hernia, que no indicaba la Carta de Garantía.

Por lo antes expuesto, solicito a la Comisión su participación a efecto de que analicen mi caso, y sancionen a dicha Clínica, por la negligencia y su mal servicio prestado al usuario, y se me indemnice por los daños y perjuicios ocasionados, tanto físicos como morales.” (subrayado añadido)

Como puede apreciarse, la denuncia del señor Ayala estaba referida a la **“negligencia y mal servicio”** prestado por la Clínica los Andes en su totalidad, el cual derivó en la extirpación de su testículo derecho. Así denunció que fue intervenido de hernia sin su autorización y que a partir de esa operación no notaba su testículo derecho. Asimismo ha referido que pese a sus continuas quejas no recibió un tratamiento oportuno hasta, finalmente, sufrir la extirpación de su testículo derecho. Cabe señalar que el hecho de que el señor Ayala haya mencionado lo que, a su entender, constituye un defecto en la intervención de la hernia no limita su denuncia a este aspecto y en todo caso corresponde a la autoridad administrativa, en aplicación del principio de veracidad, analizar la información que obra en el expediente y actuar los medios probatorios que estimen necesarios para determinar si, efectivamente, existió un defecto en el íntegro del servicio prestado por la Clínica Los Andes y la causa que lo motivó.

Debe tenerse en cuenta que el señor Ayala no ha denunciado un acto específico sino una secuencia de atenciones en la Clínica Los Andes que conformarían el servicio falto de idoneidad que se le prestó.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

Atendiendo a lo expuesto, correspondiendo desestimar el pedido de nulidad formulado por la Clínica Los Andes.

III.3 La idoneidad del servicio

El artículo 8º de la Ley de Protección al Consumidor³, establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado⁴. Ello, sin embargo, no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de servicios a los consumidores, sino simplemente el deber de prestarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente.

El precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala mediante la Resolución N° 085-96-TDC⁵ precisó que el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716 contiene la presunción de que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los productos o servicios que comercializa, los cuales deben resultar idóneos para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren en el mercado. Ello según lo que esperaría normalmente un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos o servicios fueron adquiridos o contratados.

³ **Ley de Protección al Consumidor, Artículo 8.-** Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

⁴ Ver Resolución N° 099-96-TDC, en el proceso seguido por una consumidora contra una aerolínea, por infracciones en la prestación del servicio de transporte público de pasajeros. En dicha oportunidad se sancionó a la empresa denunciada, al considerarse que era objetivamente responsable por la inejecución de parte de las obligaciones que como empresa de transporte aéreo le correspondían. Se consideró que, a pesar de la existencia de un caso fortuito, el mismo que impidió la realización oportuna de parte de las prestaciones materia del contrato, un consumidor razonable no se encontraba en posición de prever que, aún en dicha circunstancia, se vería privado de contar con su equipaje, máxime si tendría que retrasarse su vuelo hacia la ciudad de destino por un día entero.

⁵ La Resolución N° 085-96-TDC del 13 de noviembre de 1996, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre de 1996, confirmó la resolución por la cual la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

"a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponible a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo."

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

Se producirá un supuesto de falta de idoneidad cuando no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, pero a su vez lo que el consumidor espera dependerá de la calidad y cantidad de la información que ha recibido del proveedor, por lo que en el análisis de idoneidad corresponderá analizar si el consumidor recibió lo que esperaba sobre la base de lo que se le informó.

En el presente caso, el señor Ayala ha denunciado a la Clínica Los Andes por infracciones al deber de idoneidad en la prestación de servicios médicos puesto que fue ingresado a dicho centro de salud para una intervención quirúrgica a la próstata, sin embargo, durante la operación le detectaron una hernia que no sólo fue intervenida sin su autorización sino que, al haber sido mal tratada, ocasionó la extirpación de su testículo derecho.

Al respecto, en un procedimiento que versa sobre la supuesta prestación de un servicio falto de idoneidad, para que la responsabilidad se traslade al proveedor y surja para éste la obligación de responder frente al consumidor, es necesario que exista una relación de causalidad entre su conducta y la falta de idoneidad en el servicio. En efecto, la garantía implícita y objetiva no convierte al proveedor siempre en responsable, pues podría suceder que la falta de idoneidad en el bien o servicio materia de comercialización haya sido causada por un factor diferente, como puede ser el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las que, obviamente, el proveedor no puede ser considerado como responsable de lo ocurrido.

Así, corresponde al consumidor demostrar la existencia de un defecto en el servicio. Acreditado dicho defecto, corresponde al proveedor probar que el defecto no le es imputable, es decir, que no es un defecto incorporado al servicio como consecuencia de las actividades involucradas en poner el producto o el servicio al alcance del consumidor.

De acuerdo lo manifestado por la Clínica Los Andes, la cronología de las intervenciones y atenciones médicas al señor Ayala fue la siguiente:

- (i) El 6 de noviembre de 2002 el señor Ayala fue atendido por el doctor Enrique Braiman (urólogo) siendo diagnosticado de hipertrofia prostática y nódulo prostático.
- (ii) El 8 de noviembre de 2002 el denunciante fue intervenido por el doctor Braiman, con la participación del doctor Hugo Pozo Montoya (urólogo) y el doctor Miguel Flores Mena (cirujano general). Durante la operación se verificó la existencia de una hernia inguinal derecha, por lo que el doctor Flores evaluó la pertinencia de realizar - en el mismo

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

acto - una herniografía inguinal derecha aplicando la Técnica de McVay.

- (iii) El señor Ayala permaneció hospitalizado por 7 días, manifestando molestia escrotal al 5to. día postoperatorio.
- (iv) Posteriormente al alta, el denunciante refirió incremento de molestias escrotales y retracción testicular, por lo cual, el 12 de diciembre de 2002, fue sometido a una ecografía testicular que sugirió la posibilidad de recidiva⁶ herniaria, sin mostrar hasta ese momento ninguna evidencia de alteración testicular.
- (v) El 15 de diciembre de 2002 el señor Ayala fue evaluado por el doctor Braiman y el doctor Flores, sin encontrar ninguna evidencia clínica de hernia, pero sí se detectó engrosamiento del cordón testicular y retracción, por lo que se le indicó el uso de antiinflamatorios, calor local y observación.
- (vi) El 15 de enero de 2003, el denunciante solicitó ser evaluado por el doctor César Ramírez Romero (cirujano general), quien con el diagnóstico presunto de hernia inguinal derecha recidivada decide intervenirlo.
- (vii) El 22 de enero de 2003, el doctor Ramírez y el doctor Braiman intervinieron al paciente, siendo el diagnóstico postoperatorio el de artrofia testicular y hallazgos de fibrosis en la zona inguinal derecha, por lo que se solicitó el consentimiento de la esposa del denunciante para realizar una orquiectomía derecha.

Atendiendo a lo expuesto, para resolver el presente caso, resulta conveniente dividir el análisis de la idoneidad del servicio en dos fases:

III.3.1 La hernioplastia

De la información brindada por la propia recurrente puede apreciarse que el señor Ayala autorizó que los médicos de la Clínica Los Andes lo intervinieran de la próstata, siendo operado el 8 de noviembre de 2002, no obstante, en esa oportunidad también se le trató de una hernia inguinal detectada durante el acto operatorio.

En su apelación la Clínica Los Andes sostiene que se practicó la hernioplastia inguinal sin la autorización del señor Ayala porque sus médicos

⁶ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, recidiva 1. f. Med. Reparación de una enfermedad algún tiempo después de padecida.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

actuaron buscando el bien del paciente y con el fin de evitarle el gasto que podía suponer una nueva intervención. Así, ha manifestado que al no existir contraindicaciones para practicar una prostatectomía y una hernioplastía en el mismo acto operatorio, se aprovechó esa oportunidad para corregir la hernia inguinal detectada en el paciente, porque el señor Ayala bien podría haberle reclamado el no haber llevado a cabo alguna acción al respecto.

Independientemente de la posibilidad de realizar ambas operaciones conjuntamente, conviene hacer mención a las disposiciones de la Ley General de Salud respecto a la necesidad de contar con la autorización del paciente antes de proceder a una intervención quirúrgica. Al respecto, el artículo 4 de la referida Ley, dispone lo siguiente:

“Artículo 4.- 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 estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.

En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.” (resaltado añadido)

De la lectura del citado artículo se aprecia que para la realización de una intervención quirúrgica es necesaria la autorización del paciente y sólo si éste estuviese impedido de brindar su consentimiento, podría pedirse la autorización de la persona llamada legalmente a darlo. La norma también señala una cláusula de excepción que permite a los médicos prescindir de cualquier autorización en caso se trate de una intervención de emergencia.

Atendiendo a lo expuesto, el único supuesto en el cual se puede intervenir quirúrgicamente a una persona sin su consentimiento o el de alguien legalmente llamado a darlo, es en un caso emergencia, es decir, un caso en el que la vida del paciente se encuentre en tal situación de peligro que se requiere una acción inmediata para poder salvarlo.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

En el presente caso, la Clínica Los Andes no ha acreditado que la hernia detectada en el paciente revestía características que ponían en extremo peligro su vida, resultando imprescindible intervenirlo. Por el contrario, la recurrente se ha limitado a manifestar que se practicó la hernioplastia al señor Ayala por tratarse de un hallazgo quirúrgico que debía ser tratado para evitar que él no tenga que incurrir en un nuevo gasto para tratar dicha dolencia. Es decir, que la Clínica Los Andes no ha justificado que actuara dando cumplimiento a las disposiciones de la Ley General de Salud.

Por el contrario, la intervención debió haberse realizado de manera posterior y con la autorización expresa del señor Ayala, una vez informado sobre las características de la operación, la necesidad de practicársela, así como los eventuales riesgos que ella implicaba, sobre todo si se tiene en cuenta, de acuerdo a lo señalado por la propia Clínica Los Andes, que una de las complicaciones postoperatorias que se pueden derivar de la hernioplastia es la atrofia del testículo. Es evidente que de haber sido informado sobre dicha posibilidad, junto con la demás información relativa a la intervención, la decisión del señor Ayala pudo haber sido no operarse.

III.3.2 La orquiectomía derecha

De la documentación que obra en el expediente y de la información presentada por las partes se aprecia que el señor Ayala manifestó molestias escrotales cuando todavía permanecía internado en la Clínica Los Andes a consecuencia de la primera intervención quirúrgica. Carece de relevancia si éstas se presentaron al primer o quinto día postoperatorio, puesto que su proximidad con la intervención quirúrgica a la que había sido sometido el denunciante constituye un indicio razonable de que las molestias guardaban relación con el acto operatorio.

La propia denunciada ha reconocido que durante los siguientes dos meses el señor Ayala se quejó del incremento de estas molestias como también de retracción testicular que no presentaba mejoras, lo que motivó que se le someta a una ecografía. De acuerdo con el informe emitido por la Clínica Los Andes⁷ la ecografía arrojó "*IMÁGENES COMPATIBLES CON HERNIA INGUINAL DERECHA*" que indicaban la posibilidad de una recidiva herniaria, por lo que se decidió intervenirlo nuevamente⁸.

Al respecto, la recurrente ha incurrido en contradicciones en su apelación frente a lo señalado en sus descargos, respecto a la naturaleza de la segunda intervención a la que fue sometido el denunciante, puesto que

⁷ Ver fojas 13 del expediente.

⁸ Conforme lo señala el Informe Médico emitido por el Dr. Enrique Braiman de la Clínica Los Andes el 28 de abril de 2003.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

alega que éste tenía conocimiento que iba a ser sometido a una cirugía correctiva testicular y no a una hernioplastía. No obstante, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente se aprecia que el 22 de enero de 2003 – fecha de la intervención – el señor Ayala autorizó que se le practicara una “Hernioplastía Inguinal Bilateral mas (sic) Malla Martex”⁹.

En el expediente obra copia de otra autorización para una “*CIRUGÍA CORRECTIVA TESTICULAR*” suscrita por el señor Ayala¹⁰, sin embargo ésta es de fecha posterior a la intervención – 23 de enero de 2003 – lo cual llevó a la Comisión a cuestionar la validez de la misma. Opinión que, a su vez, es compartida por esta Sala puesto que no resulta razonable requerir a un paciente al cual se le ha informado que se le iba a practicar una hernioplastía que suscriba un documento con una indicación distinta. En todo caso, es probable que el recurrente haya firmado la autorización, basado en la información que le proporcionaron los médicos que lo trataron, pues entendía que la segunda hernioplastía que le iban a practicar iba a corregir la retracción testicular que presentaba desde que fue intervenido en la primera oportunidad.

La segunda intervención se realizó el 22 de enero de 2003, detectándose durante el acto operatorio que las molestias del señor Ayala y la retracción testicular que padecía eran producidas por una atrofia testicular y fibrosis en la zona inguinal derecha que determinaron que se le practicara una orquiectomía derecha. En esa oportunidad, toda vez que el denunciante se encontraba impedido de autorizar la intervención por la anestesia, la denunciada solicitó la autorización de la esposa del señor Ayala, y aunque ambas partes reconocen que ésta prestó su consentimiento a la intervención, no ha quedado demostrada que ésta fuera adecuadamente informada sobre sus implicancias. Así, el señor Ayala sostiene que su esposa no tenía conocimiento de que estaba autorizando la extirpación de su testículo derecho.

Por otro lado, es pertinente señalar que la autorización suscrita por el señor Ayala para “*la disposición de los tejidos y órganos que pudieran ser extirpados como resultado de la operación*” no puede ser entendida como la autorización para la extirpación de un órgano determinado, cuando no se ha consignado expresamente. No obstante, en el expediente no obra ningún medio probatorio que acredite que con anterioridad a la segunda intervención quirúrgica se haya informado al señor Ayala sobre la posibilidad de que fuera necesario extirparle el testículo derecho y éste lo consintiera.

⁹ Ver fojas 35 del expediente.

¹⁰ Ver fojas 40 y 40 vuelta del expediente.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

En el Informe Médico emitido a solicitud de la Comisión, el Dr. Bueno Tizón concluyó que las molestias presentadas por el señor Ayala estaban estrechamente vinculadas a *“una reparación muy estrecha que ha estrangulado al cordón espermático y ha restado vascularización al testículo”*.

Es evidente que al haberse culminado con practicar una orquiectomía derecha la conclusión del Dr. Bueno Tizón se basó en *“el gran edema (y) las alteraciones necróticas”* de las que se da cuenta en el reporte de la Biopsia practicada al testículo y cordón espermático extraídos al señor Ayala¹¹. Cabe señalar que esta afirmación no ha sido desvirtuada por la Clínica Los Andes quien únicamente ha citado literatura médica pero no ha presentado ningún informe que indique que los estudios patológicos practicados al tejido extraído al denunciante indiquen que la necrosis pudo haber sido producida por otra causa.

Por otro lado, la afirmación de la denunciada de que la necrosis testicular, cuando se deriva de una lesión de los vasos, se presenta dentro de las 24 horas posteriores a la intervención, no será tomada en cuenta por esta Sala por estar contenida en un documento redactado a solicitud de la denunciada¹² y no haber sido corroborada por la literatura médica que obra en el expediente.

Finalmente, la Clínica Los Andes ha insistido a lo largo del procedimiento en que las molestias que presentó el señor Ayala y posterior atrofia testicular que ocasionó la orquiectomía es una complicación que ocasionalmente se puede presentar con posterioridad a una hernioplastía. Así, se aprecia del Informe Médico emitido por el doctor Miguel David Flores Mena – médico de la Clínica Los Andes – el 21 de enero de 2003¹³, así como de la literatura médica citada por la recurrente en su apelación.

No obstante, aún cuando se tenga por cierto que el padecimiento del señor Ayala no fue ocasionado por negligencia de los médicos de la Clínica Los Andes, la denunciada igualmente debe asumir responsabilidad por estas complicaciones y posterior orquiectomía derecha practicada al denunciante, en la medida que se derivan de un riesgo previsible para ella como proveedora de servicios médicos, con el agravante de que son consecuencia de una intervención que no contó con el consentimiento del denunciante y de que pese a las quejas del señor Ayala no fue atendido oportunamente, pues como ya se ha señalado, se quejó de molestias durante más de 2 meses

¹¹ Ver fojas 121 del expediente.

¹² Ver documento suscrito por el Dr. Jules A. Guillén Santa Cruz a fojas 203 del expediente.

¹³ Ver fojas 34 del expediente.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

antes de que fuera intervenido. Es probable que de haber sido intervenido con anterioridad se hubiera podido evitar la necrosis testicular y extirpación del testículo.

Los hechos expuestos ponen en evidencia la negligencia con la que actuaron los médicos de la Clínica Los Andes al intervenir al señor Ayala de una hernioplastia que no era necesaria sin su autorización y sin informarle de las complicaciones que se podían derivar de la intervención, como es la atrofia testicular. Así de haber quedado acreditado que el denunciante fue informado sobre esta posibilidad y aún así consintió la hernioplastia, probablemente no se hubiera verificado un servicio falto de idoneidad por el hecho de que, finalmente, el señor Ayala sufrió la extirpación de su testículo derecho.

Igualmente ha existido falta de diligencia de los médicos de la Clínica Los Andes al no informar al señor Ayala sobre la posibilidad de practicarle una orquiectomía o solicitar su autorización expresa para ello, pese a que se trataba de un riesgo previsible que era de conocimiento de la denunciada. Por el contrario, se recabó la autorización para una nueva hernioplastia y recién se recabó la autorización para la orquiectomía de la esposa del señor Ayala, cuando éste se encontraba bajo los efectos de la anestesia.

Por tanto, esta Sala coincide con la Comisión en que la Clínica Los Andes no brindó un servicio idóneo al denunciante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8ª de la Ley de Protección al Consumidor, debiendo confirmarse este extremo de la resolución apelada.

III.4 Las medidas correctivas solicitadas por el denunciante

El artículo 42º de la Ley de Protección al Consumidor establece la facultad que tiene la Comisión para ordenar a los proveedores - de oficio o a pedido de parte - la imposición de medidas correctivas a favor de los consumidores¹⁴. La finalidad de las medidas correctivas es revertir los efectos que la conducta infractora causó al consumidor.

¹⁴ **TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, Artículo 42º.**- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, deberá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

- a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
- e)b) Solicitar a la autoridad municipal correspondiente la clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;
- e)c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado;
- e)d) Reposición y reparación de productos;
- f)e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;
- g)f) Que el proveedor cumpla lo ofrecido en una relación de consumo, siempre que dicho ofrecimiento conste por escrito en forma expresa;

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

Atendiendo a que los defectos en los servicios prestados por la Clínica Los Andes al señor Ayala verificados en el presente procedimiento se derivan de dos intervenciones quirúrgica practicas al denunciante, esta Sala coincide con la Comisión en que la devolución de los montos pagados por el señor Ayala por concepto de copago por ambas intervenciones, constituye una medida correctiva idónea para, en la medida de los posible, revertir los efectos de la conducta infractora de la recurrente.

Al respecto, corresponderá a la Comisión verificar el cumplimiento de la medida correctiva en la medida que el señor Ayala presente la documentación sustentatoria de los pagos realizados.

III.5 Graduación de la sanción

De acuerdo al artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor¹⁵, a efectos de determinar la sanción aplicable al infractor, se debe atender a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

- h)g) La devolución o extorno, por el proveedor, de las sumas de dinero pagadas por el consumidor cuando el producto entregado o servicio prestado no corresponda a lo que haya sido expresamente acordado por las partes;
- h)h) Que las entidades depositarias cumplan con efectuar el traslado y el pago de las cuentas por CTS del trabajador, conforme a lo establecido en la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios;
- h)i) Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado;
- h)j) Que el proveedor pague las coberturas ofrecidas en los seguros contratados por los consumidores, quedando sujeto el pago al cumplimiento de las condiciones establecidas en la correspondiente póliza de seguros;
- h)k) Cualquier otra medida correctiva que la Comisión considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo.

(Texto modificado por la Ley N° 27917)

¹⁵ **LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, Artículo 41°.-** Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley. *(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)*

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN Nº 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 852-2003/CPC

Al respecto, esta Sala comparte y hace suyos los criterios que tuvo en cuenta la Comisión para graduar la sanción de 10 UIT que impuso a la Clínica Los Andes.

Debe tenerse en cuenta que el presente caso involucra dos intervenciones quirúrgicas en las cuales se adoptaron acciones sin contar con el consentimiento expreso del denunciante, pese a que la Clínica Los Andes tuvo la posibilidad de solicitárselo. Asimismo, se ha demostrado la negligencia de los médicos de la Clínica Los Andes que trataron al señor Ayala quienes aún cuando debían tener conocimiento de que la artrofia testicular era una complicación previsible con posterioridad a una hernioplastia, no la trataron o intervinieron oportunamente, poniendo en un riesgo aún mayor la salud del señor Ayala.

Sin perjuicio del daño que conductas como las verificadas en el presente procedimiento generan en el marco de los servicios de salud, el efecto más grave de la conducta de la Clínica Los Andes ha repercutido en la salud del denunciante, puesto que ha sufrido la pérdida de su testículo derecho, con las consecuencias y limitaciones físicas y psicológicas que ello le representa, el comprensible daño a su autoestima y las repercusiones que ello ha tenido en su vida familiar, a las cuales ha hecho mención a lo largo del procedimiento.

Esta Sala también considera tener en cuenta como circunstancia agravante la falta de transparencia por parte de la Clínica Los Andes en el manejo de las intervenciones practicadas al señor Ayala, pues basta revisar la documentación que obra en el expediente para corroborar las irregularidades de las que da cuenta la Dra. Claudia Palma, encargada de emitir el informe de la auditoría médica llevada a cabo por el Seguro Médico Familiar del denunciante, tales como que, en ningún lugar se hace referencia la evolución pre y postoperatoria de la orquiectomía derecha que se le practicó, o las discrepancias en las denominaciones de las intervenciones que se le practicaron en la segunda oportunidad como son hernioplastia derecha / hernioplastia inguinal bilateral más malla martes / cirugía correctiva testicular.

Por lo expuesto, esta Sala considera que correspondería sancionar a la recurrente con una multa superior a las 10 UIT que le impuso la Comisión, sin embargo, ello no es posible por la prohibición de *reformatio in pejus* establecida en el artículo 273° de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁶. En consecuencia, corresponde confirmar la sanción impuesta por la Comisión a la Clínica Los Andes.

¹⁶ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 237°.- Resolución (...)

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

III.6 Pago de costas y costos

En la medida que en este caso se ha acreditado que la Clínica Los Andes infringió las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, la Sala considera que, de conformidad con lo establecido por el artículo 7° de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI¹⁷, debe confirmarse la resolución apelada en el extremo por el cual se ordenó a la denunciada que asumiera el pago de las costas y costos incurridos por el denunciante durante la tramitación de este procedimiento. La Comisión deberá fijar y liquidar el monto de las costas y costos a partir de la documentación a ser presentada por el denunciante para acreditar su cuantía.

III.7 Remisión al Colegio Médico del Perú

En tanto las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor verificadas en el presente procedimiento involucran la prestación de servicios médicos esta Sala considera que corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que dispuso poner en conocimiento del Colegio Médico del Perú lo actuado en el procedimiento, para su conocimiento y fines pertinentes.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: denegar el pedido formulado por la Clínica Los Andes S.A.C. para que se requiera la opinión de la Sociedad Peruana de Urología y de la Sociedad Peruana de Cirugía, como también que se cite al doctor Ramón Bueno Tizón Deza a una audiencia ante las partes.

SEGUNDO: declarar infundada la solicitud de nulidad de la Resolución N° 1254-24 2004/CPC emitida por la Comisión de Protección al Consumidor el 24 de noviembre de 2004.

TERCERO: confirmar en todos los extremos apelados la Resolución N° 1254-2004/CPC, precisándose que corresponderá a la Comisión de Protección al Consumidor verificar el cumplimiento de la medida correctiva

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

¹⁷ **LEY SOBRE 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.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala de Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN N° 0763-2005/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 852-2003/CPC

en la medida que el señor Juan Venancio Ayala Arévalo presente la documentación sustentatoria de los pagos realizados.

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

**JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Presidente**