



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



INFORME N° 90-2013/DPC-INDECOPI

A : **Hebert Tassano Velaochaga**
Presidente del Consejo Directivo

DE : **Anahí Chávez Ruesta**
Directora
Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

Erickson Molina Pradel
Secretario Técnico
Comisión de Protección al Consumidor N° 1

REFERENCIA : Oficio N° 0212-2013-2014-CODECO/CR
14-10-2013

FECHA : 30 de octubre de 2013

I. ANTECEDENTES

- Mediante el Oficio de la referencia, la Presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos solicitó a la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI que emitiera opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2713/2013-CR, “Ley que crea el fondo de riesgo del ejercicio profesional de la medicina.”
- En ese sentido, la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI solicitó a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor y a la Comisión de Protección del Consumidor N° 1, emitir un informe al respecto.

II. ANÁLISIS

- El Proyecto de Ley propone incorporar el literal j) al artículo 15° de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, con la finalidad de que toda persona usuaria de los servicios de salud acceda a una indemnización por el daño causado en los casos de error, negligencia, impericia u omisión, que causen lesiones, invalidez temporal o permanente, o muerte. Para tal fin, propone que los profesionales y técnicos médicos realicen aportes al Fondo de Riesgo del Ejercicio Profesional de Responsabilidad Médica que para tal efecto constituirían los Colegios Profesionales¹.

¹ Proyecto de Ley N° 2713/2013-CR, Ley que crea el Fondo de Riesgo del Ejercicio Profesional de la Medicina
Artículo 1°.- Modificatoria de la Ley General de Salud
Incorpórese como inciso j) del artículo 15° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, el siguiente texto:

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

- Recibir una indemnización por el daño causado, en los casos de error, negligencia, impericia u omisión, que causen lesiones, invalidez temporal o permanente, o muerte.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

4. De la fórmula normativa propuesta se puede concluir que la finalidad de la incorporación del literal j) es indemnizar a los pacientes víctimas de lesiones, invalidez o muerte a causa de error, negligencia o impericia cometida por algún profesional o técnico médico².
5. Al respecto es preciso señalar que nuestro ordenamiento jurídico ya regula la indemnización a favor de las víctimas de negligencia, imprudencia o impericia en el ejercicio de las actividades médicas. De manera general, el artículo 1762° del Código Civil, señala que los prestadores de servicios técnicos de especial dificultad son responsables de los daños o perjuicios en caso de dolo o culpa inexcusable³.

Asimismo, el artículo 36° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud señala que los profesionales, técnicos o auxiliares que lleven a cabo actividades profesionales propias de la medicina, odontología, obstetricia, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, son responsables de los daños y perjuicios que ocasionen al paciente en el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades⁴.

6. En ese sentido, de acuerdo a lo expresado en los párrafos precedentes no sería necesaria la incorporación del literal j) para que las víctimas de negligencia médica accedan a una indemnización por daños y perjuicios, toda vez que el marco normativo vigente ya otorga dicho derecho y la modificación planteada no otorga una mayor protección respecto a la actualmente existente.

Para ello, los profesionales y técnicos médicos se encuentran obligados a realizar aportes al Fondo de Riesgo del Ejercicio Profesional de Responsabilidad Médica que para tal efecto constituyan los Colegios Profesionales, contando con la debida supervisión de la SBS."

² En la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 2713/2013-CR se señala que dicha propuesta normativa se sustenta en el "incremento de las víctimas de imprudencias o negligencias médicas tanto de clínicas y establecimientos particulares, como de los hospitales y centros de salud estatales."; no obstante, no hace referencia a ninguna evidencia que sustente dicha afirmación. Así lo ha advertido la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI en el informe N° 125-2013/GEE del 22 de octubre de 2013:

"7. En la Exposición de Motivos de la propuesta se indica que se ha 'experimentado un incremento de las víctimas de imprudencia o negligencias médicas', en general, produciendo lesiones graves, estados de coma irreversibles e incluso la muerte. La afectación, además, puede generar un mayor impacto negativo en la medida que los afectados sean personas de escasos recursos, ya que estos no pueden hacer frente a los gastos de rehabilitación que correspondan para reestablecer su condición física.

8. Respecto a la motivación descrita en el párrafo anterior, el legislador no muestra evidencia de dichas afirmaciones. Por ejemplo, no se evidencia la evolución de malas prácticas médicas debidamente corroboradas por las autoridades del sector, el grado de afectación de los usuarios entre otros. Esta Gerencia, sugiere que para una mejor valoración de la propuesta, el legislador incluya información en su motivación, como la sugerida."

³ Código Civil.-

Artículo 1762°.- Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños o perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

⁴ Ley N° 26842, Ley General de Salud.-

Artículo 36°.- Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

7. De otra parte, es necesario resaltar que de la lectura de la exposición de motivos que acompaña la propuesta normativa, se evidencia que su finalidad no es únicamente que las víctimas del ejercicio negligente de los servicios médicos accedan a una indemnización, sino que estas logren una compensación inmediata y automática sin necesidad de acreditar previamente la existencia de negligencia⁵, siendo que dicha compensación deberá ser efectuada con cargo al Fondo de Riesgo del Ejercicio Profesional de Responsabilidad Médica; no obstante, dicha finalidad no se encuentra reflejada en el texto del proyecto normativo.
8. Conforme a ello, la aprobación del Proyecto de Ley en los términos en los que se encuentra redactado no guarda relación con los fines mencionados en la exposición de motivos, toda vez que para acceder a la indemnización sería necesario que previamente —en el marco de proceso judicial o un procedimiento administrativo— se determine la existencia de error, negligencia, impericia u omisión; por tanto, no se lograría obtener el resarcimiento económico de forma inmediata.
9. A mayor abundamiento, cabe precisar que la diferencia entre los fondos contra accidentes de tránsito (AFOCAT) —mencionados como ejemplo en la exposición de motivos— y la propuesta presentada es que la primera se basa en un principio de responsabilidad objetiva, donde se procede a indemnizar sin necesidad de evaluar el accionar de los sujetos responsables (es decir, se podría indemnizar incluso a un peatón en estado de ebriedad que cruzó debajo de un puente); mientras que la propuesta normativa planteada parte de un supuesto de responsabilidad subjetiva, donde es necesario evaluar la actuación del agente responsable a fin de determinar si existió error, negligencia, impericia u omisión por parte del profesional médico. Así, en este último caso, por ejemplo, no se indemnizaría si la víctima fallece a causa de alguna enfermedad.
10. Adicionalmente, el Proyecto de Ley bajo análisis que propone la creación del Fondo de Riesgo del Ejercicio Profesional de Responsabilidad Médica, señala que ello permitiría otorgar una adecuada indemnización a las víctimas del error, negligencia, impericia u omisión del profesional médico, de modo que estas puedan costear los altos precios de la rehabilitación y tratamiento⁶.



⁵ La exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 2713/2013-CR señala lo siguiente:

"Al respecto, debe aclararse, que a semejanza de lo ocurrido con los Fondos constituidos por las Asociaciones de Transportistas (AFOCATs), o en el SOAT, por ejemplo, en esos casos, la finalidad del fondo se encuentra destinada a la atención integral de la víctima y/o de sus familiares, lo que no mella o distorsiona las acciones civiles, administrativas y penales que se puedan entablar, puesto que lo justifica estos fondos es la urgencia y automática atención que deben recibir, sin tener que imponerle cargas de prueba de responsabilidad a las víctimas o someterlas a engorrosos trámites o procedimientos.

Esto se corrobora cuando se observa los casos de demandas por responsabilidad civil o las denuncias penales realizadas ante el Poder Judicial, donde luego de muchos años de procedimientos engorrosos y duros para las víctimas, los resultados son dramáticos: impunidad, complicidad de las autoridades, incumplimiento de las sentencias, montos ínfimos, etc."

⁶ La exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 2713/2013-CR señala lo siguiente:

"A efectos de garantizar una oportuna y adecuada indemnización para los pacientes y/o sus deudos, resulta imprescindible establecer la obligación para los profesionales de salud, de contar con un fondo de riesgo médico"
(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

11. De la exposición de motivos podría entenderse que la indemnización busca cubrir el íntegro de los gastos generados durante la rehabilitación o el tratamiento seguido por las víctimas; sin embargo, no se toma en consideración que los recursos de los fondos de riesgos —a diferencia de los seguros— son limitados y por tanto, en determinadas situaciones, podría no brindarse una efectiva protección a los consumidores.
12. Del mismo modo, se omite indicar el número de víctimas de negligencia médica por año, no se hace una aproximación o proyección en base a las estadísticas recogidas, tampoco se indican las lesiones generadas, ni a cuánto ascendería el costo del tratamiento o rehabilitación. En ese sentido, no se puede conocer si el fondo de riesgos que se busca constituir permite indemnizar de manera “adecuada” a todos los pacientes afectados.
13. Adicionalmente, resulta pertinente que se tome en consideración que los precios o tarifas de los centros médicos varían dependiendo de si el costo de la atención es asumido con cargo a un seguro o fondo de riesgos; o, si es asumido por el propio paciente. Este análisis incidiría de manera directa en la determinación de la suficiencia de los recursos del fondo que se pretende crear para atender a todas las víctimas que se busca indemnizar, toda vez que podría derivar en el pronto agotamiento de dichos fondos.⁷
14. En atención a lo expuesto, quienes suscriben consideran que sería necesario que el Proyecto de Ley cuente con un adecuado análisis sobre los beneficios en materia de protección al usuario y los costos adicionales que su aprobación podría crear, sobre todo respecto a las restricciones de acceso al servicio médico por encarecimiento del mismo. Esto a fin de poder evaluar su pertinencia en función de los derechos de los consumidores.

III. CONCLUSIONES:

Sobre la base de las consideraciones expuestas, es posible formular las siguientes conclusiones:

- (i) Consideramos que el objetivo del Proyecto de Ley N° 2713/2013-CR —en los términos en los que se encuentra redactado— es logrado mediante la aplicación de las disposiciones contempladas en el marco normativo vigente; en tal sentido, no sería necesaria su aprobación.



“De esta manera, lo que se pretende es que las víctimas obtengan algún tipo de reparación o compensación inmediata y automática, que les permita costear los altos precios de la rehabilitación y tratamiento o amparar a los deudos para su propia subsistencia (...).”

⁷ Informe N°. 159-2012/DP. Balance del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito: Propuestas para una Atención Adecuada a las Víctimas. Adjuntía para el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas Serie Informes Defensoriales. Lima, diciembre del 2012. Página 97:

“Estas variaciones considerables en los costos entre los distintos tarifarios que pueden aplicar los establecimientos de salud, diferenciando entre pacientes cubiertos por el SOAT o no, así como las grandes distancias entre las tarifas demanda de los hospitales y las tarifas referenciales del Tarifario SOAT 2003, hacen suponer que la aplicación de tarifas mayores a las atenciones cubiertas por el SOAT podrían derivar en un pronto agotamiento de la cobertura establecida.”



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

- (ii) La exposición de motivos del Proyecto de Ley establece que su finalidad es que las víctimas del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades médicas, o sus familiares accedan a una indemnización inmediata y automática con cargo del fondo al que hace referencia el segundo párrafo del literal j) propuesto, sin necesidad de acreditar la existencia de negligencia; no obstante, de la fórmula normativa propuesta, se evidencia que para acceder a dicha indemnización sería necesario que previamente —en el marco de proceso judicial o un procedimiento administrativo— se determine la existencia de error, negligencia, impericia u omisión, con lo cual no se cumpliría con la inmediatez que se pretende.
- (iii) Respecto de la creación del Fondo de Riesgo del Ejercicio Profesional de Responsabilidad Médica, es necesario que el Proyecto de Ley evalúe que en determinadas situaciones no podría brindarse una efectiva protección a los consumidores, debido al límite de sus recursos. Asimismo, debe evaluar si la creación de dicho fondo incidiría en el incremento de costos de los servicios médicos y cómo redundaría en el acceso a estos.

Atentamente,

ANAHÍ CHÁVEZ RUESTA
Directora

Dirección de la Autoridad Nacional de
Protección del Consumidor

ERICKSON MOLINA PRADEL
Secretario Técnico
Comisión de Protección al
Consumidor N° 1

ACR/cmv
EMP/jmb