

# Por Ley

ECOS Y COMENTARIOS



## Las responsabilidades de los directivos de la salud

Por Ricardo De Lorenzo, socio-director de De Lorenzo Abogados

El tratamiento jurídico de la responsabilidad, en el escenario del Derecho Sanitario, es una de las cuestiones más complejas y poliédricas que se pueden abordar. El directivo de la salud ejerce su actividad en nombre y representación de la organización en la que se integra y, por tanto, su responsabilidad es la exigible a aquella en la **prestación de la asistencia**, sin perjuicio de la responsabilidad personal del directivo ante la organización de la que depende. Pero al final el directivo de los servicios sanitarios tiene un triple espacio de responsabilidad. En primer lugar ante la organización de la que depende, en segundo término ante los profesionales a quienes dirige y coordina y por último ante los usuarios y pacientes, destinatarios de la asistencia sanitaria

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal, la persona jurídica es también penalmente responsable de determinados delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, en nombre o por cuenta de la misma, así como por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y en nombre y por cuenta de la persona jurídica, por quienes estando sometidos a la autoridad de personas físicas con poder de dirección, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En la actualidad, se encuentra en fase de tramitación parlamentaria un proyecto de reforma del citado código que, entre otras modificaciones, exime, por primera vez, de **responsabilidad a las empresas** que hayan adoptado modelos de organización y control idóneos para prevenir dichos delitos.

Esta regulación pone de manifiesto la necesidad de asegurar en las organizaciones y en el funcionamiento del servicio sanitario la existencia de sistemas de identificación y gestión de riesgos y de control interno adecuados con el objeto de lograr, no solo el cumplimiento de la regulación, sino de aportar transparencia sobre las operaciones realizadas, facilitar a los grupos de interés información fiable y dotar a las organizaciones de mecanismos de respuesta ante la existencia de irregularidades.

Y por ello uno de los mayores objetos de inquietud para los operadores del Derecho es el complejo tema de la "culpa in vigilando" en el funcionamiento del servicio sanitario. El Código Civil, en el cuarto párrafo del artículo 1903 alude a la responsabilidad civil de los empresarios y precisa que:.. "Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones".

Esta imputación de responsabilidad organizacional, basada en la responsabilidad por hechos ajenos recogida en el artículo 1903 del Código Civil, puede traer su origen, en el concreto terreno sanitario, en: Un daño producido por una atención sanitaria, deficiente o inadecuada, dispensada por un profesional, individualmente considerado, eludiendo directrices y objetivos de la organización, que se demostraron correctos, pero sobre los que hubo falta de vigilancia y control del responsable de estos cometidos.

O en un daño ocasionado por ese profesional, que actuó apartándose de directrices y objetivos que fueron estimados como adecuados, eludiendo aquellos controles que fueron adecuados en el marco de una labor de vigilancia calificada de correcta.

El primer caso puede referirse a una práctica incorrecta, bajo falta de vigilancia en la asistencia prestada, siendo esa falta de cuidado la causa de la lesión que hace responsable, frente al lesionado, a la Administración demandada como titular del servicio público sanitario a quien corresponde la asistencia sanitaria del paciente, en el caso de la Medicina pública, o a la persona jurídica titular del servicio en el espacio contractual privado. En el segundo supuesto la responsabilidad queda en el causante del daño, que eludió una vigilancia correcta, en el seno de una conducta culpable.

Se crea, en este tipo de responsabilidades, cuando concurren, una derivación más allá del autor propio del evento dañoso, creando un litisconsorcio pasivo necesario entre la persona causante del daño y aquella otra que asume una directa obligación de vigilar que el causante del daño, debía tener una conducta correcta en su actuación, siendo la inexistencia de ese control la razón directa o indirecta del daño ocasionado al perjudicado.

En estos casos, en el ámbito asistencial, aparece en primer plano el **directivo sanitario como responsable de la falta de vigilancia sobre el dispositivo asistencial** que, con un fallo demostrable, lesionó a un paciente (público o privado). Es posible imaginar el enorme abanico de posibilidades que caben en los supuestos de "culpa in vigilando", respecto de cualquier tipo de centro y por la multitud de motivos que pueden originar la responsabilidad derivada del daño sanitario. Podemos, no obstante, hacer alguna precisión al respecto y exponer los requisitos necesarios para que concurra esta responsabilidad.

1. Existencia del daño, acreditación y subsiguiente cuantificación.
2. Origen del mismo en acción u omisión de determinado actor.
3. Vínculo o relación de dependencia de este actor con la organización responsable.
4. Falta de prueba, por la organización, de la diligencia debida en el seguimiento del trabajo del profesional.

Quiero enfatizar sobre el peligro de la invocación de esta tesis respecto de la organización a quien se considera responsable, en razón a un triple ámbito de consideraciones.

En primer lugar el ingente abanico de posibilidades de daño y la consiguiente posibilidad de reclamación, por una simple falta de vigilancia en el trabajo de los profesionales e incluso en el edificio o instalaciones (la llamada responsabilidad estructural o de explotación). Desde otro punto de vista resulta especialmente preocupante el hecho de que no sea necesario identificar a la persona o personas físicas responsables del daño, trasladando la responsabilidad a la persona jurídica.

Por último el peligroso planteamiento de que la **carga de la prueba** corresponde a los responsables de la organización, en la que ocurrieron los hechos supuestamente dañosos, acerca de que, habiéndose producido el daño, existió, sin embargo, la diligencia debida, como excluyente de la responsabilidad. El último párrafo del art. 1903 del Código Civil, no deja duda cuando afirma que: "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

Quedan fuera, también, los casos típicos de daño por imprudencia profesional del trabajador dependiente. Para apreciar el grado de esa prueba que se le exige al superior hay que recordar lo que el art. 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil denomina "el estándar de conducta exigible en la supervisión", es decir, que no se trata de una persistente actitud de los supervisores o superiores que llevaría a hacer siempre responsables a estos de cualquier conducta, sino de la prueba del mínimo control preciso para no dar la impresión o imagen de una absoluta omisión de control de sus dependientes.

Trasladando estos planteamientos al terreno penal estamos en presencia de este tipo de responsabilidad en aquellos casos en los que los representantes legales o los directivos de determinada organización no han ejercido el control adecuado sobre los trabajadores sujetos a su criterio y autoridad, de forma que estos han podido realizar actividades presuntamente delictivas en el ejercicio de las actividades profesionales que constituyen su cometido ordinario. Se produce un déficit del control interno cuya consecuencia es un daño. Se exige la existencia de este control, pero no se dice cómo debe llevarse a cabo. En la exposición de motivos de la Ley de Reforma del Código Penal, se explicó que se evitaba, precisamente, el objetivarlo, dejando a criterio del juez la determinación de si ese control era adecuado para prevenir las acciones delictivas, o no. De este modo, el juez necesitará de la ayuda de un experto para poder llegar a determinar si los mecanismos de control establecidos en una empresa son adecuados o no lo son y si en el primer caso la responsabilidad queda en los causantes del daño que eludieron unos controles efectivos. Otra dificultad añadida en el tratamiento penal de la "culpa in vigilando" es que es preciso determinar cuál es la figura de la empresa a quien corresponde la vigilancia. En las organizaciones sanitarias ¿debemos mirar al director gerente, al director médico, al jefe del servicio...?

¿Veremos en nuestro medio profesional la necesidad de introducir la figura, ya extendida en el derecho anglosajón, del "keeping track" o encargado de llevar a cabo la labor de supervisión de los empleados?

Es imprescindible un análisis pormenorizado y concreto para cada situación, porque es preciso concretar el grado del riesgo de que ese evento dañoso se produzca y las medidas que han implantado los superiores para evitar que los dependientes causen daños a terceros.

Por último es necesario hacer también mención a otra categoría de responsabilidad muy próxima a la “culpa in vigilando” y que, de hecho, se invoca frecuentemente junto a ella. Se trata de la llamada “culpa in eligendo”, que consiste en el descuido o la falta de atención al escoger a personas responsables de la asistencia y que han producido un daño por una falta de preparación o atención formativa que debieron de ser detectadas al seleccionarlas para un puesto de trabajo. No es menor, en este género de responsabilidad, el campo de supuestos posible, ni la dificultad de la prueba, como es fácil imaginar. Es equivalente a la “culpa in educando” recogida respecto de la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos, en el artículo 1903 del Código Civil.