

La mediación en el espacio sanitario



Socio-director en De Lorenzo Abogados

Miércoles, 11 de mayo de 2016, a las 19:30

La mediación, no solo la intrajudicial sino la que se desarrolla en otros ámbitos, representa hoy un “fenómeno imparable” al que cada vez resultan más sensibles los jueces. Así lo puso de manifiesto el director general de la Escuela de Mediación de la Asociación Española de Mediación (Asemed), Jesús Lorenzo Aguilar, presidente del Comité Organizador del II Simposio de Mediación celebrado esta semana pasada en Salamanca con la asistencia de congresistas procedentes de España e Iberoamérica.

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica, para que sea efectiva, el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos, a la vía judicial, de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

La mediación se muestra como un mecanismo de resolución de conflictos conocido y utilizado desde antiguo, pero es ahora cuando la sociedad y los poderes públicos la van descubriendo como una poderosa herramienta para evitar el recurso a la demanda judicial, ya que ésta es más costosa, larga y en la mayoría de las ocasiones insatisfactoria, cuando menos para una de las partes.

La mediación es una fórmula de autorregulación en la que son las partes las que encuentran la solución a su conflicto con la ayuda del mediador; por tanto, no es un tercero quien les impone la forma de solucionar sus controversias. A diferencia de otras alternativas de resolución de conflictos, como arbitraje o conciliación, el mediador no juzga, no decide, no propone soluciones. Simplemente ayuda a las partes, promoviendo su acercamiento, a alcanzar por sí mismas un acuerdo con el que queden razonablemente satisfechas. La mediación no implica renunciar a la vía judicial. Sólo la paraliza temporalmente mientras dura el proceso de mediación.

Las directrices de la Unión Europea no son ajenas a estas nuevas corrientes y ya en una decisión marco, de 15 de marzo de 2001, planteaba la necesidad de incorporar la mediación penal para adultos a las legislaciones nacionales. Esta mediación se regula bajo los principios de la Justicia restaurativa cuyo objetivo es que el infractor se responsabilice de lo que ha hecho, sea consciente de las consecuencias y exista un encuentro en el que pueda pedir perdón a la víctima, llegando a un acuerdo para reparar el daño. Además, la víctima encuentra un lugar de escucha y de expresión en el aspecto emocional ante el daño ocasionado, y todo ello permite orientar el conflicto hacia la reeducación y la reinserción.

Hay un terreno, sin embargo, en el que este recurso entra con más dificultad y es el espacio sanitario, en definitiva el mundo de los errores clínicos, a pesar de que las situaciones que motivan la mediación en este terreno se producen en un contexto de sufrimiento por la enfermedad y que conviene “pacificar” cuanto antes, todo ello en aras a la recuperación de la situación de salud.

Habitualmente, cuando pensamos en el ámbito sanitario, nos fijamos en estos “errores clínicos” o en las “negligencias”, cuando deberíamos fijarnos también en otros muchos aspectos como las agresiones al personal sanitario, desacuerdos y demoras en la asistencia, supresión de citas previas, actos quirúrgicos o actitudes negativas del personal sanitario, que son ejemplos de situaciones que plantean conflictos y que con frecuencia se resuelven por vía judicial y que bien podrían solventarse, como alternativa, a través del instrumento jurídico de la mediación sanitaria.

La incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha proporcionado a España un mecanismo de resolución de conflictos que, aunque de escasa tradición en nuestro país, y menos en el sector sanitario, se concibe como una alternativa real y eficaz a los métodos tradicionales de resolución de conflictos en el ámbito civil. Su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la

disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

Aunque la Directiva 2008/52/CE se limitaba a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, la regulación del Real Decreto-Ley 5/2012 conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretende tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002.

El modelo de mediación que contempla nuestra normativa se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene el Real Decreto se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública.

Pero este recurso jurídico y social no es tan fácil en el espacio sanitario. Ya en el año 1999, el Colegio de Abogados de Madrid, a iniciativa de su Decano, Luis Martí Mingarro, aprobó un nuevo Estatuto de funcionamiento y un nuevo Reglamento de la Corte de Arbitraje, **de los que fui redactor**, en los cuales se introdujo como novedad la creación, en el seno de la Corte, de una Sección especializada en materia de Responsabilidad Civil Sanitaria, como respuesta a la judicialización del ámbito sanitario.

Este Tribunal de Mediación, Conciliación y Arbitraje se componía de tres juristas de reconocido prestigio, conocimiento y experiencia en Derecho Sanitario, dos representantes de las organizaciones de consumidores y usuarios (uno de la Administración estatal y otro de la autonómica), y dos miembros nombrados por las compañías aseguradoras de la responsabilidad profesional sanitaria, constituyéndose como “última opción extrajudicial” a la que se podía acudir para resolver conflictos generados por daños sanitarios.

Su ámbito de actuación se desarrollaba en tres planos: la mediación, que suponía un intento de solucionar de manera amigable los conflictos; la conciliación, donde las partes se sometían al criterio de una tercera, no cerrándose necesariamente la vía judicial; y el arbitraje en sí mismo, que se configura como un proceso formal, rápido y eficiente, en el que las partes se obligan a acatar un laudo y renuncian a resolver sus diferencias en tribunales de forma posterior. A la iniciativa de Martí Mingarro se sumó la ilusión, en este mismo sentido, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, asociaciones de pacientes y juristas.

En la búsqueda de posibles soluciones al referido problema, fue cobrando igualmente especial relevancia junto con acciones fundamentales como la solicitud desde el Derecho Sanitario, del baremo para daños sanitarios, la idea de potenciar métodos de solución extrajudicial en las que participaron varios colegios de médicos muy activos, entre ellos el de Bilbao, quien a través del jurista Alfonso Atela abrió esta vía. Esta tendencia, con estos tímidos antecedentes en nuestro ámbito nacional, viene siendo cada día más respaldada a nivel internacional y concretamente desde las propias instancias comunitarias, donde la Comisión Europea en su Recomendación 98/257/CE impulsaba la resolución amistosa de los litigios en el ámbito de la sanidad y el consumo, definiendo un marco común de los principios rectores de los órganos extrajudiciales y facilitando la creación de una red europea para la resolución de las reclamaciones de los consumidores.

Existe, además, un Dictamen del Comité de las Regiones sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y una Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (1999/C198/11), aplicable por analogía a usuarios y pacientes.

La Comisión igualmente ha establecido los principios aplicables al funcionamiento de los órganos extrajudiciales de resolución de litigios en materia de consumo y en esencia son los siguientes: principio de independencia del órgano responsable de la solución del litigio; principio de transparencia del procedimiento; principio de eficacia; principio de legalidad; principio de libertad y principio de representación. En la Resolución del Consejo de la UE de 25 de Mayo de 2000 (2000/C155/01), se invita a los Estados miembros a que utilicen instrumentos jurídicos dirigidos a la solución extrajudicial de conflictos.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, desarrolla cuatro cuestiones esenciales de la repetida Ley 5/2012, de 6 de julio: La formación del mediador; su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia; el aseguramiento de su responsabilidad y la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Un aspecto muy importante es la obligación contemplada del aseguramiento de los mediadores que se articula a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente a fin de cubrir los daños y perjuicios derivados de su actuación: “Todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función.” La suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga.

De forma paralela, se introduce la obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación a que se refiere el artículo 14 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, y que podrá derivarse bien de la designación del mediador bien del incumplimiento de las obligaciones que les incumben.

Finalmente, se establece que la institución de mediación habrá de asumir solidariamente con el mediador la responsabilidad derivada de la actuación de éste para garantizar de forma efectiva la previsión establecida en la ley que otorga al perjudicado acción contra el mediador y la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

Pero volviendo al espacio sanitario, solo un proyecto iniciado en el año 2011, y por lo tanto ya con una experiencia de cinco años y unos resultados plausibles, es en mi criterio el único que puede servir de avanzada de la mediación en este ámbito; se trata del conocido en el sector asegurador como "modelo Abarca", que diseñado por **el médico y jurista Juan Abarca Cidón**, incorporó a su grupo de Hospitales, creando una estructura específica que asumió la función de catalizador del proceso de intermediación para aquellas reclamaciones de riesgo que ocurrían en los hospitales del grupo HM Hospitales.

En esta estructura, denominada Unidad Jurídica de Intermediación, están representados de forma indivisible la vertiente legal (abogados procesalistas expertos en Derecho Sanitario), y la vertiente asistencial (Dirección Médica), cuya intervención queda sujeta a la indicación expresa de la Dirección General y una vez indicada su participación, e informada de la misma a la compañía aseguradora, tiene capacidad para asumir la gestión de siniestros hasta un determinado importe. En aquellos siniestros en los cuales la cuantía indemnizatoria estuviera por encima de esa cifra la dirección y gestión del expediente recaería exclusivamente en la aseguradora.

De esta forma se trasciende la mera recepción pasiva de notificaciones judiciales (tanto de responsabilidad civil como penal), pasando a trabajar proactivamente detectando las reclamaciones de riesgo en las reclamaciones verbales/escritas a través de Atención al Paciente, y/o escritos presentados ante el Colegio de Médicos (Comisión Deontológica), convirtiendo este modelo en una alternativa eficaz a la vía judicial y una oportunidad para solucionar extrajudicialmente conflictos en el ámbito sanitario.

Es cierto que en esta experiencia puede echarse en falta la presencia de un tercero (elegido por las partes o impuesto por un juez) del que se asume neutralidad e imparcialidad, elemento que en este caso no ocurre ya que la gestión del proceso de resolución "amistosa" del conflicto recae sobre una estructura ligada a una de las partes (HM Hospitales), que es la unidad Jurídica de Intermediación, pero es un buen ejemplo de viabilidad de la mediación sanitaria, que en la experiencia de sus cinco años ha logrado reducir la incertidumbre, el riesgo y el coste económico de titulares de servicios sanitarios, aseguradoras y abogados defensores de las partes involucradas eliminando la judicialización del profesional y la medicina defensiva.

No obstante queda un camino por hacer.