

EVITARÍA PROCESOS JUDICIALES LARGOS Y COSTOSOS

## La mediación, alternativa para evitar la “pena de banquillo”

Los abogados son escépticos con la voluntad de las compañías aseguradoras

**Ricardo Martínez Platel / Imagen: Pablo Eguizábal y Diego S. Villasante. Madrid**

El ámbito sanitario está cada vez más judicializado. El número de reclamaciones aumenta paulatinamente, a pesar de que no son muchas las sentencias que condenan a los médicos. Sin embargo, los litigios son largos, costosos y obligan a los facultativos a padecer la denominada “pena de banquillo”. La mediación aparece como una alternativa real a los métodos tradicionales y constituye una oportunidad para solucionar los casos de una forma extrajudicial. La mediación está constituida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. Los expertos son escépticos con la nueva norma ya que sin la voluntad de las compañías aseguradoras creen que su desarrollo será complicado.



Antonio Albanés, presidente de la Comisión de Reclamaciones y Atención al Asegurado de la Mutualidad de la Abogacía; Ricardo de Lorenzo, socio-director del bufete De Lorenzo Abogados; y Luis Martí, presidente de la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados.

**Luis Martí, presidente de la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados:** Dada mi experiencia, he vivido un mundo procesal con la conciliación obligatoria y eso desapareció del mapa jurídico español sin haber tenido buenos resultados. No se podía poner un pleito si no se había ido a la conciliación previa. Los grandes maestros del Derecho discutían si era un requisito procesal. Eso es lo que está vivo ahora, porque hay sectores que constituyen una enorme masa de beneficiarios o perceptores de servicios y una auténtica industria de prestadores. El sector sanitario está incluido entre ellos. Con todos estos condicionantes hay que valorar si encaja la conciliación como una solución. Los abogados tenemos obligación deontológica de promover la concordia, pero es el cliente el que propone definitivamente si quiere la conciliación. Mi llamada en el ámbito

sanitario es a los grandes operadores, que son los que tienen que provocar la cultura de la conciliación, aunque eso todavía no lo veo.

**Antonio Albanés, presidente de la Comisión de Reclamaciones y Atención al Asegurado de la Mutualidad de la Abogacía:** Estos experimentos ya se han hecho en el pasado. He vivido formas de intentar instaurar la conciliación, la mediación y el arbitraje siempre como intento de soslayar el proceso judicial con todos sus inconvenientes. Que pueda tener recorrido en el ámbito sanitario va a depender en gran medida del compromiso de los poderes públicos y de las instituciones. No nos engañemos, esto no funciona porque salga en una ley. Después de la norma hay que seguir promoviendo la instauración de estos sistemas y procurar que se conviertan en una realidad.

**Ricardo de Lorenzo, socio-director del bufete De Lorenzo Abogados:** El recorrido va a depender de las partes implicadas. En 1999 se promovió la modificación del Estatuto Regulador del Arbitraje en sede del Colegio de Abogados de Madrid introduciendo algo muy novedoso, como fue el tribunal de mediación, conciliación y arbitraje para temas específicamente sanitarios. Fue un proyecto que se hizo con una gran ilusión, con todo el apoyo de la Comunidad de Madrid, con una composición muy equilibrada de expertos en Derecho Sanitario, representantes de organizaciones de consumidores y pacientes y con presencia de las compañías aseguradoras. Iniciada la andadura nos encontramos con la sorpresa de que en el primer caso que tuvimos todos estuvimos de acuerdo, excepto la compañía, que era la que tenía que pagar. Por lo tanto, la voluntad dependerá de las partes implicadas. Sería importante que las pólizas tuvieran una cláusula que permitieran poder acudir a sistemas como la mediación. Con la Ley de Mediación se excluye lo que es el sector público y por lo tanto quitamos el planteamiento que se dio en su día cuando ante un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta no puede conciliar. En el sector privado dependerá de que las compañías aseguradoras asuman o tengan la voluntad de cooperar con el sector sanitario y con las asociaciones de pacientes para desjudicializar un ámbito que tiene un enorme volumen de reclamaciones que provocan un gran atasco que existe en el sector judicial.

### **Falta de mentalidad**

**Luis Martí:** Hace falta una cultura de la mediación porque estamos todavía en un difícil despegue. Aunque eso no es manejable desde los poderes públicos, que sí pueden fomentar a través de organizaciones la inyección de elementos de conciliación. El mercado en sí mismo es todo conciliación. El precio es la conciliación de la oferta y la demanda. Sin embargo, en este ámbito no hay muchos puntos de coincidencia porque son temas muy tensos. En la sanidad, cuando fracasa el sistema, deja muchas heridas. La búsqueda de esa reparación exige que todos pongan de su parte para evitar la tensión de un juicio. Es verdad que hay un problema de actitud colectiva. Los poderes públicos podrían aceptar que en algunas áreas de la sanidad pública hubiera estos mecanismos. Entiendo que en las responsabilidades patrimoniales por siniestros de extrema gravedad e implicación penal cercana se sea reticente, pero hay muchas áreas de actuación del SNS donde las disfunciones tendrían arreglos. De lo contrario, hay que recurrir a opciones elusivas. Los mecanismos internos no están bien visto por el que se siente víctima, puesto que falta el clima de confianza necesario. Los grandes proveedores de todas clase de servicios tienen una gran ocasión para poder decir que hay mecanismos de conciliación.

**Antonio Albanés:** El primer destinatario de la labor de dar publicidad a esta norma son los abogados. Cualquier persona que se vea involucrada en un tema relacionado con una praxis médica lo primero que hace es acudir a un abogado. Si el profesional sabe y está convencido de que existe un sistema alternativo que realmente da satisfacción al derecho de su cliente, en lugar de acudir a un costosísimo y largo pleito, lo va a poner en práctica. Pero para eso tiene que saber que existe, porque los abogados somos un poco reacios por principio a todo lo que no sean los tribunales de justicia. Así como con el arbitraje también hubo una predisposición contraria, ahora ven que es un procedimiento que está dando

buenos resultados. El sistema de mediación también podría ofrecerlos, más cuando no hay una vinculación. Se trata de que sean las propias partes las que lleguen a un acuerdo sin que haya un tercero que lo imponga, por lo que resulta clave la figura de un buen mediador. Es alguien que tiene que entrar en las entrañas del pleito y tiene que ver que armas y que pruebas tienen las partes para intentar que se produzca un acercamiento. Uno de los mejores aspectos de la ley es su carácter confidencial.

**Ricardo de Lorenzo:** El mejor defensor del paciente es el médico. El facultativo cuando se produce un efecto adverso jamás se desentiende. En esa situación, lo que hay que hacer es una viabilidad para que no se judicialice. Desde mi punto de vista, no ha existido para el sector sanitario una iniciativa mejor que la que se gestó en 1999. Ha habido otras desde los colegios profesionales, desde el Colegio de Médicos de Bilbao que dirigió Alfonso Atela, desde la sociedad civil, pero ninguno era tan completo como el de aquel año por su independencia y por el prestigio de una entidad como el Colegio de Abogados de Madrid. Yo soy escéptico que en el sector sanitario, si no existe una voluntad por parte de las compañías de aseguradoras de someterse a este sistema de mediación, pueda prosperar. Existe la posibilidad que desde los colegios profesionales se exija a las compañías la inclusión de una cláusula de sometimiento de conformidad con la ley para poder resolver estos temas. Ojalá que en el sector sanitario existiera la posibilidad de desjudicializar y poder llegar a un acuerdo para resolver los efectos adversos que se producen inevitablemente en el ámbito de la Medicina pudiendo evitar el peregrinaje judicial del paciente, la denominada "pena de banquillo" para los médicos y la utilización de la vía penal para poder llegar a un planteamiento indemnizatorio. El sector tiene que buscar la desjudicialización a través de los mecanismos alternativos. Y hay que retomar el tema del baremo específico para los daños sanitarios. Soy defensor de la especificidad del sector sanitario y por eso creo que tiene que haber unas soluciones concretas porque el médico siempre preferirá someterse a un planteamiento de mediación que tener que sufrir un procedimiento judicial traumático para él y para los pacientes. Se evitaría mucha tragedia, disgustos y gasto.

### ¿Cómo se podría llevar a la práctica?

**Antonio Albanés:** Comparto con Ricardo la decepción y su mal augurio. Creo que hay motivos para ello respecto al sector asegurador. Recién ubicada la norma que tendría que venir a suplir la ley de 1912 de ordenación del seguro privado, por primera vez apareció en el texto legal la posibilidad de que las controversias entre asegurados y aseguradores pudieran ventilarse a través de sistemas alternativos como la conciliación, mediación y arbitraje. Me encargaron hacer un intento para crear esas comisiones y lo hice con muchas ganas e ilusión. Pero ese sistema fracasó porque las compañías de seguros no están muy por la labor. A lo mejor los corredores de seguros que intervienen en las pólizas podrían hacer obligatoria la inclusión de esas comisiones para que sean aceptadas por las compañías. Todo es posible, solo es cuestión de precio. El que no esté dispuesto a aceptarlo que no concurse y que no vaya al mercado. Los procesos judiciales, de las características de las que se dan en el ámbito del derecho sanitario, son muy dolorosos para todas las partes. Los médicos sufren muchísimo. Yo no he tenido clientes que sufran más que ellos. Por su parte, el paciente lo que quiere es un resarcimiento, tampoco tiene interés en ir contra un facultativo. Lo que ocurre es que hay un sistema que nos lleva a esa controversia y eso lo que habría que evitar.

**Luis Martí:** Todo episodio de fracaso médico, sea o no imputable, es invasivo. El hospital, el médico y su equipo, todos quedan afectados por una situación no querida y que probablemente no ha podido ser evitada. Me gustaría subrayar la enorme calidad humana y profesional que hace falta para ser médico. Pero no hay que olvidar el impacto que sufre el paciente, haya o no imputabilidad, o se deba a un fracaso de la ciencia. En este caso habrá que valorar quién es el invasor. Para pacificar el conflicto lo primero que hay que buscar es la manera de que no vaya a más y eso no lo tenemos en España. Aquí, los conflictos tienen una enorme vocación por ir a más. Por producir poco a poco más

irritación, de una manera inexorable, para el paciente y su entorno y una situación áspera para el médico. El abogado de los pacientes se encuentra contra un muro de silencio. El mundo del Derecho no ha sido capaz de reducir esa tensión y ponerla encima de una mesa donde los aspectos que tengan solución sean explorados. A los pacientes, sus abogados les deben decir que para superar el conflicto hay alternativas. Es importante aplicar la perspectiva humana de la justicia. Lo que hay que tener es un campo para desarrollar la parte de buena fe que hay en todos y eso no está articulado en la última ley. Si no hay implicación, acabará como un requisito procesal.

**Ricardo de Lorenzo:** Desde un punto de vista realista, en el sector sanitario los corredores tienen un gran papel, pero hoy en día el médico no ha conseguido tener la libre elección de abogado. La Agrupación Mutual Aseguradora (AMA) es la única compañía que la tiene. Estamos en un largo camino por recorrer. Si no hay voluntad por parte de las compañías aseguradoras, ni un planteamiento por parte de las corporaciones profesionales de decir "hasta aquí hemos llegado", será complicado. Los colegios profesionales sanitarios deben tener un papel relevante, al igual que el propio médico, que se desentiende y no se preocupa de la póliza. Debe haber una exigencia para la desjudicialización del sector, ya que no favorece a nadie.



De izquierda a derecha: Luis Martí, Antonio Albanés, Ricardo Martínez, redactor de Sanitaria 2000, y Ricardo de Lorenzo.

### **Pena de banquillo**

**Ricardo de Lorenzo:** El volumen de reclamaciones es importante, pero no se corresponde con las sentencias condenatorias. El ejercicio de la Medicina en España es muy bueno y las reclamaciones suponen la diezmillonésima parte de los actos médicos que se producen y las resoluciones condenatorias de médicos son mínimas. Ahora bien, tanto en el sector público como en el privado, es más rápido para el paciente acudir a la vía penal donde lo va a tener todo y gratis. Es decir, va a tener al mejor abogado, que va a ser el fiscal, y la prueba que no le va a suponer ningún coste. Eso conlleva un peregrinaje por parte del facultativo en una jurisdicción en la que no tenía que estar. En definitiva, lo que existe es una reclamación pecuniaria que podría resolverse perfectamente en un proceso civil, pero es costoso y largo.

**Luis Martí:** Las estadísticas son muy manipulables, pero hay elementos muy fuertes que son inexorables. Los fracasos de episodios médicos son bajísimos en relación con el número de prestaciones. Y si además es muy bajo en el número de condenas de ámbito penal, supone que los asuntos que merecen reproche de este ámbito son pocos. En el resto lo que se tutela es alguna reparación, donde se puede discutir libremente si corresponde reparar. El que ha sufrido el episodio debe tener conciencia de que se está analizando. Ahora solo tiene esa visión si acude al ámbito penal, donde todo el mundo se pone "firme", porque es un reproche durísimo, con enorme trascendencia social. Además es muy injusto porque el Derecho Penal en democracia es de mínimos, el resultado condenatorio es una hipótesis muy lejana. Por lo tanto, al médico se le hace pasar por una hipótesis de reproche y lejana, y encima con un resultado casi siempre difícil de evaluar. La finalidad de la reparación queda aparcada durante todo el tiempo. Cuando se llega al proceso civil, ya se han visto en los pasillos para declarar peritos, familia, médicos y se han revivido todas las tensiones. Todos se culpan de todo. El Derecho no puede remediar esas situaciones, por eso hay que anticiparse. En su momento se supo ver el camino y esta ley puede ser el pórtico de entrada.

**Antonio Albanés:** Hay un problema de fondo que es difícil de resolver, si no es con la ayuda de los tribunales, porque mientras que la reparación del daño esté asociada inexorablemente a la existencia de una culpa, iremos mal. La persona que ha sufrido un daño y quiere tener esa reparación no tiene más remedios que iniciar o bien una acción penal o civil, de la que va a salir en muchas ocasiones escaldado. Tal y como está hoy la responsabilidad sanitaria, donde no existe inversión de la carga de la prueba, y donde a lo que más se ha llegado ha sido a la teoría del "daño desproporcionado", le va resultar difícil acreditar la culpa. No entiendo como todavía no se ha abierto camino la responsabilidad objetiva en esta materia. Hay que acreditar el daño y el nexo causal con una conducta, no la culpa. No tiene que catalogarse de culpable para que sea generadora de una indemnización.

**Luis Martí:** Yo no estoy de acuerdo en la formulación tan drástica. El Derecho no debe amparar responsabilidades no anudadas de alguna manera, más próxima o más lejana, a conductas.

**Ricardo de Lorenzo:** El sistema que tenemos es culpabilístico, que genera un sector sanitario muy específico. Sigo defendiendo esa especificidad del acto sanitario que requiere una serie no solo de normativa, sino de medios para resolver aspectos muy particulares del ámbito. Hoy no existen medios para poder llegar a una resolución extrajudicial o a una mediación. Hay que buscar y desarrollar esos medios alternativos. Hacen falta unos baremos específicamente sanitarios y no se puede seguir utilizando el baremo de accidentes de circulación. Debería ponderar el denominado "daño moral" que siempre se plantea y buscar los medios para desjudicializar un sector que, dado el nivel de Medicina que se realiza en España y el nivel científico de los profesionales, requieren que se puedan resolver desde el Derecho Sanitario todos estos procedimientos judiciales que no son buenos para nadie.

**Luis Martí:** Los procesos agravan el daño moral. Al día siguiente de un error o simplemente de un fracaso en la Medicina ocasional y no culpabilístico tiene mejor remedio que seis años después.

**Antonio Albanés:** No quisiera que quedara en el aire la idea que yo propugno que paguen justos por pecadores, de ninguna manera. Las conductas que realmente obedecen a una negligencia o imprudencia, que las hay porque somos humanos, no deben ser despenalizadas o que no sean objeto de un reproche civil. Lo que digo es que cuando no sea así, que no haya que acudir a artificios forzados como lo de la inversión de la carga de la prueba para algo tan evidente como que un señor ha entrado en un quirófano y ha salido mal. A lo mejor no ha habido algún tipo de conducta errónea, sino los riesgos

inherentes a la operación.

## **Conclusiones**

**Luis Martí:** A la necesidad de plantear alternativas para dar cuerpo a lo que se adivina a través de la Ley de Mediación, hay que añadir una llamada al mundo jurídico y a todos los que en él intervienen (jueces, fiscales, secretarios judiciales, abogados, asesorías jurídicas internas) para que se impliquen, porque no podemos esperar que caiga como el maná. La norma nos vuelve a dar la oportunidad de hincarle el diente a este tema. La sociedad civil tiene que dinamizarlo y el aparato de la justicia tener convicción. Todos debemos poner de nuestra parte.

**Antonio Albanés:** La institución de la mediación puede prosperar en la medida en que avance la capacidad de la sociedad civil y de los poderes públicos para impulsar el establecimiento de este sistema. Hay que evitar que se convierta en una fórmula más que carezca de interés. Para las controversias en el ámbito sanitario iniciado el proceso, ya se ha generado un daño. Hay que tomar medidas antes de que comience. La mediación es una forma de evitar. Los abogados deben ser lo que tengan que divulgar esta opción y para ello tienen que sentirse respaldados por las instituciones.

**Ricardo de Lorenzo:** Soy pesimista en cuanto a la utilidad y aplicación de esta nueva ley en cuanto a que en el sector sanitario excluye al sector público, que genera un importante número de reclamaciones y controversias, y sobre la voluntad de las compañías aseguradoras de poder ver en este planteamiento una salida a la desjudicialización que pretenderíamos. Creo que el profesional sanitario debería plantearse la utilización de esta normativa como pórtico de entrada a planteamientos ya existentes.