

El daño sanitario, su percepción por los pacientes y la problemática de su valoración

Ricardo De Lorenzo Y Montero. Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Doctor en Derecho. Presidente en De Lorenzo Abogados

El Médico Interactivo | 1 - agosto - 2019 2:58 pm



El medio natural, el campo de acción del Derecho Sanitario es la relación asistencial entre los pacientes y los profesionales sanitarios, unas veces con satisfacción por parte de los primeros y otras con percepción negativa del desarrollo prestacional que reciben de los segundos.

La enfermedad, conviene precisar, es un proceso biológico tan antiguo como el propio ser humano, al tratarse de una característica vital inseparable del mismo. Un organismo vivo es un conjunto inestable en un mundo a su vez cambiante, y la salud y la enfermedad no son sino aspectos inseparables de la inestabilidad general. Solo profundizando en esta idea podemos entender debidamente el carácter relativo, cambiante y contingente del elemento (y valor) salud en nuestra existencia. Cuando

un ciudadano, aquejado de un problema de salud, precisa de una solución o remedio, en este terreno, se dirige precisamente a los responsables de su dispensación. Puede suceder que a esta petición le siga la respuesta que aquel estima adecuada, en cuyo caso con el ciclo solicitud y respuesta queda concluido este asunto; pero ocasionalmente sucede que la expectativa sanitaria del ciudadano no se ve cumplida, como he anticipado unas líneas atrás. La razón reside unas veces en la imposibilidad material (de índole clínica o jurídica) de atender esa petición y algunas otras en disfunciones de los organismos responsables de la asistencia, de sus ejecutores materiales o del sistema en general. Este es el marco conceptual en el que se insertan las quejas de los ciudadanos hacia quienes tienen la obligación legal de atenderles en su aspecto vital máspreciado: su salud.

Ha habido, debo destacar, un cambio en el modo de mostrar el usuario o paciente sus quejas, traído de la mano de “la nueva cultura”. Quiero llamar la atención sobre un fenómeno sociológico actual. Normalmente quien formula una queja o reclamación es quien se ha sentido perjudicado por una acción u omisión del sistema sanitario, pero es un hecho frecuente que el reclamante sea una persona distinta del paciente, de menor edad y vinculada parentalmente a aquel, frecuentemente, un hijo suyo. Un paciente añoso ha vivido toda la evolución del sistema sanitario y valora de forma positiva el hecho de disponer de un sistema con orientaciones de universalidad y gratuidad, comprendiendo, normalmente, sus dificultades de gestión. Otra persona más joven ha nacido y crecido en esta situación e incorpora a la misma sus valores actuales: relaciones personales horizontales en lo comunicativo, rapidez en lo prestacional (comida rápida, fotos en una hora, Internet de alta velocidad... son elementos cotidianos que abonan esta percepción) así como una incuestionable familiaridad con el uso de la tecnología.

Todo esto le convierte en una persona menos paciente y mucho más exigente con el sistema sanitario. Es un hecho contrastado el que a las visitas médicas acompañan al paciente alguno de sus hijos, frecuentemente, y son estos últimos quienes formulan las quejas en caso de disconformidad. Los hijos se han convertido en agentes de salud de sus mayores y quiero mostrar un ejemplo significativo de ello, aparte de la propia constancia sociológica que acabo de mencionar. Vienen experimentando un crecimiento sostenido las consultas en Internet sobre la osteoporosis. Parece difícil pensar que son los propios pacientes quienes

demandan esta información, habida cuenta la edad media de los mismos y su consiguiente falta de familiaridad en el uso de la herramienta informática.

El cambio de modelo, la asunción del actual paradigma relacional de médicos y pacientes, viene a partir de la consolidación del modelo horizontal de la práctica clínica, sobre el sustrato de los derechos fundamentales de los pacientes, introducidos en las últimas décadas. Una nueva percepción, interpretación y aplicación del Derecho Sanitario para ambas partes mencionadas. El paso decidido e irreversible del ayer a la nueva cultura de nuestro momento presente ha sido la interpretación del daño sanitario en el paciente perjudicado. Hemos pasado del uso de la resignación a la cultura de la reclamación. De aquel ¡Estaría de Dios!, al actual ¡No hay derecho! Y, consiguientemente, a buscar un responsable y una compensación por el daño recibido del medio sanitario.

Esta compensación se asienta en un complejo entramado de asuntos: aseguramiento, valoración, enjuiciamiento, indemnización, etc. Voy a ocupar mis próximas líneas al complejo asunto de la valoración y sus actuales matices.

Este asunto ha venido ocupando la atención de relevantes sectores en la Medicina, la Judicatura, la Abogacía, el Aseguramiento y los operadores del Derecho Sanitario en su conjunto. Se trata del controvertido baremo de daños sanitarios, con sus visiones diferenciadas y una azarosa existencia, de la que voy a darles alguna referencia.

No podemos abordar el análisis del baremo de daños sanitarios sin hacer referencia al baremo de tráfico, del que aquel trae su antecedente y sentido. Entró en vigor la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (tras aquel precedente de la Ley 30/1995), de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y tras más de 20 años del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes el baremo de daño sanitario se reduce a una Disposición Adicional Tercera en la antes mencionada Ley 35/2015 (Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria).

El sentido y utilidad de este instrumento de valoración es introducir un conjunto de tablas que cuantifican y modulan todos los conceptos indemnizables, en base a una serie de elementos objetivos, base de las valoraciones a beneficio del perjudicado

o sus derechohabientes. Conviene destacar que la aplicación de este baremo “generalista” al daño sanitario solo tiene un valor orientador y que produce efectos económicos cuyo impacto es difícil de evaluar, sobre todo teniendo en cuenta que hay más de un centenar de secuelas específicas de la actividad sanitaria no baremadas. ¿Cómo valorar a través del baremo de tráfico un daño producido por un falso negativo en un feto con taras genéticas, por ejemplo? Los siniestros por mala praxis médica tienen, por otra parte, una evolución de largo plazo, por lo que se ha generado un alto nivel de incertidumbre en las compañías aseguradoras que cubren este tipo de riesgo, situación que está provocando el endurecimiento del mercado asegurador en la responsabilidad civil sanitaria. Hemos visto como entidades aseguradoras que tradicionalmente han estado apostando por el sector sanitario han ido abandonando la defensa de los profesionales de la salud, ante esta situación de incertidumbre mencionada.

Probablemente esta inseguridad y estas consecuencias económicas podrían haberse evitado si la ley sobre indemnizaciones por accidentes de circulación hubiese incluido un baremo complementario, (que, por cierto ya estaba elaborado), y, como tuvo oportunidad de exponer en el XX Congreso Nacional de Derecho Sanitario el prestigioso jurista y magistrado José Carlos López Martínez, hubiera aportado más ventajas que inconvenientes, al no comportar ninguna injerencia en la potestad jurisdiccional, y ser compatible con el principio de indemnidad. Este baremo complementario, al que alude la Disposición Adicional Tercera de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, viene siendo un objeto de deseo entre los operadores del Derecho en estas materias y asunto de inquietud y trabajo para el Consejo Asesor de Sanidad desde hace varios años, cuando la ministra Salgado lo abordó ya en 2004 a través de un pretendido acuerdo con el Ministerio de Justicia, las compañías de seguros y los profesionales sanitarios.

Interesa destacar que la propuesta de un baremo de daño sanitario no se establece “exactamente” para unificar las indemnizaciones que deben darse en caso de negligencias médicas, sino que trata de solventar la falta de una tabla que evalúe el daño producido por una práctica médica, ya que para esta circunstancia actualmente se aplica la baremación de daño producido por accidentes de tráfico, herramienta posibilitada por la redacción actual de la Ley 40/2015, reguladora del

sector público, que recoge que para la valoración de los daños físicos se podrán tomar como referencia los baremos de los seguros obligatorios, con las relativizaciones que supone este hecho.

Lo que importa, en realidad, es el daño producido, no si es por una técnica mal utilizada o si ha habido una actuación poco cuidadosa. Se trata de cifrar la indemnización, la motivación es otra cosa. Lo importante es que se ha producido una lesión o daño a una persona que iba buscando salud y se ha encontrado con un problema sobrevenido.

El logro del Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario ya fue objeto de un concienzudo trabajo efectuado por el Consejo Asesor de Sanidad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad que aprobó, el 28 de junio de 2013, un informe denominado “Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario” donde, reconociendo la utilidad y el valor orientativo del baremo de accidentes de tráfico, lo estima insuficiente para el ámbito sanitario, argumentando como supondría, objetivamente, una reducción del número de procedimientos judiciales y de peticiones de indemnización desproporcionadas, una regularización de la cuantía de las primas pagadas a las aseguradoras (por mejor previsión de costes para estas compañías y sus asegurados), así como un mayor número de acuerdos extrajudiciales y de terminación convencional de los procedimientos civiles vía Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación. Mayor rapidez y precisión en la determinación de las indemnizaciones y la conclusión de los correspondientes procedimientos. Redundaría, en definitiva, en mucha mayor seguridad jurídica para las partes, y una mejor defensa de los legítimos derechos de los pacientes eventualmente perjudicados. “El baremo específico no es una panacea, pero sí un instrumento útil que en la práctica puede tener resultados positivos”, en palabras del magistrado José Carlos López.

Los acuerdos extrajudiciales en materia de responsabilidad profesional sanitaria son una práctica habitual, pero en la gran mayoría de los casos llegan tarde, una vez iniciado el procedimiento judicial, y de forma insatisfactoria: en especial para el reclamante, que siente que en ningún momento ha sido escuchado, que debe seguir un largo peregrinaje judicial, más gastos y tiempo, o para el profesional, que se lamenta de que no se haya evitado y sufrir la pena de banquillo.

La realidad y la práctica han demostrado que el éxito de un acuerdo extrajudicial en materia de responsabilidad profesional radica en dos puntos: el primero, en cómo se gestiona desde el inicio la reclamación, si es posible adelantándose a ella, y el segundo, y si cabe más importante aún que el punto anterior, en el diálogo con el reclamante, en humanizar el conflicto.

En España, en los últimos años, mucho se ha hablado y publicado sobre la mediación sanitaria como método alternativo de resolución de conflictos y se han realizado intentos de integrar la mediación en el ámbito sanitario a través de la articulación de distintas figuras de conciliación, a la que se le han atribuido labores similares a la mediación.

Pero la realidad ha puesto de manifiesto que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, las actuaciones de mediación se desarrollan de forma que las partes en conflicto alcancen un acuerdo por sí mismas, actuando el mediador como conductor de las conversaciones entre las partes, y en este sentido y en materia de responsabilidad civil patrimonial, siendo las partes en conflicto no sólo el servicio de salud y el reclamante, pero igualmente la compañía aseguradora que asegura la responsabilidad civil patrimonial de ese servicio de salud, hablar de mediación en sentido estricto, y hoy por hoy con la normativa con la que contamos, se antoja en ilusorio.

Y ante esta situación de insuficiencia de métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de responsabilidad civil patrimonial surge una necesidad de forma incuestionable, que exige la búsqueda de estos métodos alternativos, que ha conllevado a algunos servicios de salud a iniciar la exigencia de compromisos a las compañías aseguradoras en su modelo de aseguramiento de responsabilidad civil patrimonial, para que cuenten con los citados métodos alternativos, teniendo cabida la figura de un tercero con conocimientos específicos (medico-jurídicos) para que actúe no estrictamente de mediador entre las partes, pero sí de facilitador: un servicio de profesionales cualificados imparciales, que sean capaces de comunicarse con el reclamante, explicarle de forma más cercana la situación, y tratar de conseguir evitar la vía judicial facilitando acuerdos cuando proceda.

Pero para todo ello también se hace necesario la regulación del sistema de los daños y perjuicios causados por la atención sanitaria contemplada como mandato en la disposición adicional tercera de la Ley 35/2015 de Baremo.

Es cierto que el pasado 19 de marzo de 2018 el denominado Comité de Expertos en Baremación por Daños Sanitarios entregó un borrador de “Anteproyecto de Ley Reguladora del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas con ocasión de la Actividad Sanitaria”, en cuya exposición de motivos justificaba su necesidad para garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad en su reparación, lo que ofrecería innegables ventajas para profesionales, pacientes, administraciones y para las entidades gestoras de seguros de responsabilidad civil.

Este anteproyecto de ley constaba de 9 artículos dedicados al Objeto y ámbito de aplicación; Daños objeto de valoración; Perjudicados; Estado Previo; Indemnización por daños morales; Indemnización por pérdida de oportunidad; Daños derivados de la falta de información y consentimiento del paciente; Mora del asegurador; y por último otras formas de determinación y fijación de la indemnización, así como dos Disposiciones adicionales y una Transitoria única.

Recientemente, el Ministerio de Sanidad ha solicitado la participación de todas las comunidades autónomas en la elaboración de este baremo con el objetivo de “articular tal participación para continuar con el avance en este asunto”, reuniendo, para cerrar los trabajos, al comité de expertos y sugiriendo además desde la institución dirigida por María Luisa Carcedo “la creación de un comité institucional” para articular el futuro baremo de daños sanitarios.

Esperemos que este deseo, en su desarrollo, no complique (y aplace) más la tan deseada y dilatada aparición del baremo.