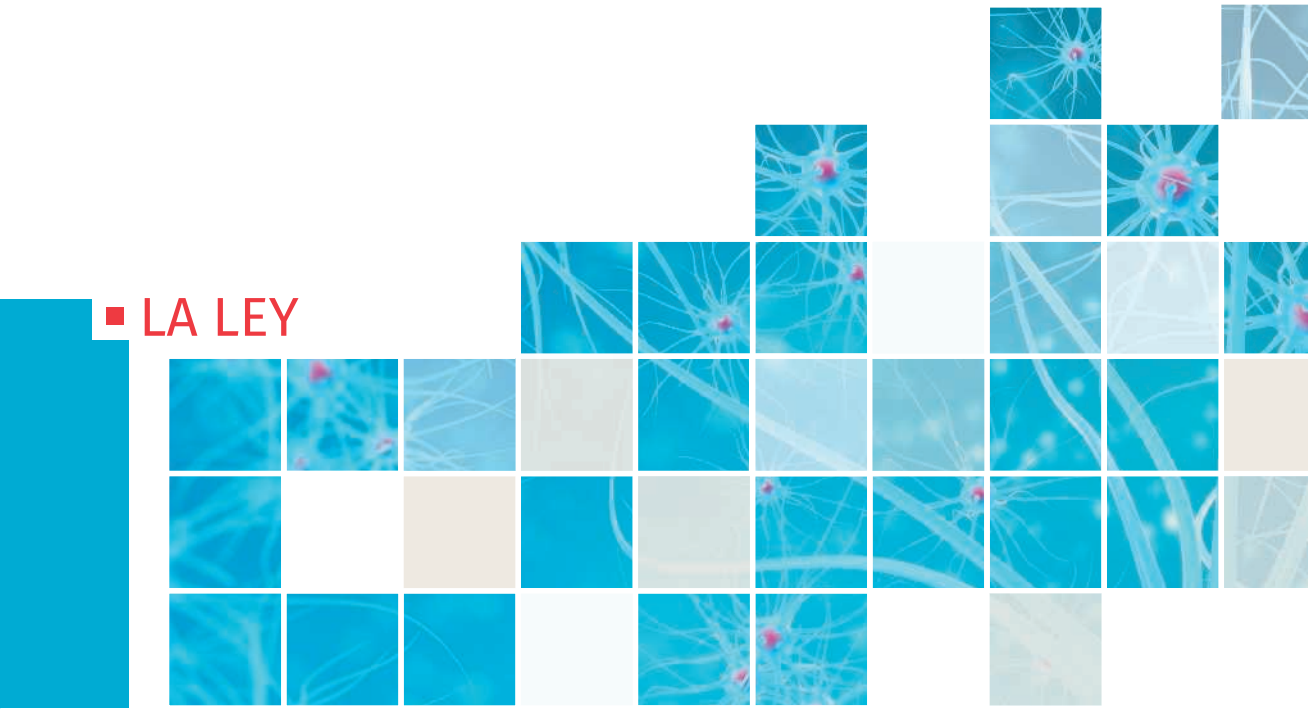
TEMAS

Hacia un baremo del daño sanitario

Y cómo valorarlo mientras tanto

Eugenio Moure González



LA LEY

Wolters Kluwer

TEMAS

LA LEY

Hacia un baremo del daño sanitario

Y cómo valorarlo mientras tanto

Eugenio Moure González

Wolters Kluwer

© **Eugenio Moure González**, 2018
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
http://www.wolterskluwer.es

Primera edición: mayo 2018

Depósito Legal: M-16396-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9020-719-2
ISBN versión electrónica: 978-84-9020-720-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.
El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.
Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Bien es cierto que ese diferente tratamiento se justifica en relación a la indemnización del lucro cesante, no respecto de los daños físicos y morales, los cuales se indemnizarían de acuerdo al sistema tasado del baremo, pero, claro está, bajo la justificación del resto de notas características de la responsabilidad viaria: responsabilidad cuasi-objetiva, alta siniestralidad, naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, el aseguramiento obligatorio del riesgo, la creación de fondos de garantía y la tendencia a la unidad normativa de los distintos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Esas notas no están presentes en la responsabilidad sanitaria: ni el régimen de responsabilidad es el mismo (sino tres, en puridad: responsabilidad por culpa de los profesionales, responsabilidad cuasiobjetiva por producto defectuoso y responsabilidad objetiva derivada de la prestación de servicios sanitarios), ni la siniestralidad alcanza el mismo nivel (aunque tampoco haya estadísticas oficiales), ni los daños con homogéneos (la casuística del daño sanitario es más amplia que el caso prototípico del accidentado de tráfico politraumatizado), ni el aseguramiento siempre es obligatorio (sólo en el sector sanitario privado, pero sin una regulación específica), ni existen fondos de garantía (aunque debiera haberlos), ni tampoco concurre una unidad normativa (ninguna Directiva comunitaria trata esta cuestión, salvo en la responsabilidad por productos y servicios defectuosos).

Sería predicable un baremo de daño sanitario vinculante, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, para los supuestos de responsabilidad objetiva (artículo 148 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios), sin perjuicio de dar coherencia al seguro obligatorio de responsabilidad de los profesionales y empresas sanitarias, mediante una regulación específica, ausente, como luego explicaremos, en nuestro ordenamiento jurídico.

5.3. El futuro baremo de daño sanitario o la caja de los truenos

Al hilo del planteamiento de la necesidad de un baremo de daño sanitario DIARIO MÉDICO publicó el 3 de abril de 2017 el resultado de una encuesta a 313 profesiones del Derecho y de la Sanidad; el 95,2% respondió que sí consideraba necesaria una baremación concreta en sanidad, en tanto que solamente el 4.79% consideró que no era necesaria, puesto que es suficiente con uno general[(174)].

(174) http://www.diariomedico.com/opinion-participacion/encuestas/cree-necesario-un--baremo-de-danos-sanitarios (consulta: 22-12-2017).

Visto el contenido de las opiniones de los diversos actores encuestados (médicos, aseguradoras, jueces, peritos y abogados de profesionales y de perjudicados) se percibe por lado, como si el baremo fuera una especie de mantra, la panacea para acabar con la litigiosidad en este ámbito, y por otro lado un temor reverencial a que traiga el nuevo baremo una contracción de las indemnizaciones. E incluso, analizando las opiniones en el mismo sentido, se perciben discrepancias sobre las características que ha de tener o las alternativas al mismo.

Sucede que el baremo no puede ser una isla refugio en medio del océano de la responsabilidad sanitaria, pues no tiene la capacidad por si sólo para conciliar los intereses tan polarizados de todos los actores en este sector, o para aunar voluntades a fin de avanzar hacia un objetivo más ambicioso que sería definir normativamente un nuevo panorama de la responsabilidad sanitaria. La piedra angular de ese cambio sustancial no puede ser el baremo, sino el seguro obligatorio de responsabilidad sanitaria, dentro del cual se contemplen los criterios de imputación, la graduación de la culpa, la modulación de la indemnización, los supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva y, cómo no, también un baremo específico, adaptación del baremo de tráfico que ya disponemos. Lo que a continuación pasamos a argumentar.

5.4. El seguro de responsabilidad sanitaria como presupuesto de un baremo específico de daños sanitarios

5.4.1. El aseguramiento de la responsabilidad sanitaria y la acción directa

Bien sea porque la modificación operada en la actividad profesional del médico genera recelos frente a unos pacientes más conscientes de sus derechos y mejor informados, o bien porque la existencia de errores iatrogénicos ya no se atribuye a la fatalidad sino que se personalizan en personas o instituciones que en ocasiones han de responder por el daño causado, lo cierto es que el aseguramiento de la responsabilidad sanitaria ha experimentado en los últimos años un espectacular crecimiento en pólizas a la par que una contracción de la concurrencia de aseguradoras a esa demanda de seguros de responsabilidad civil[175], fenómeno atribuido a dos factores: el progresivo incremento de la siniestralidad y la inexistencia de criterios predeterminados de valoración del daño. Lo cierto es que la expansión descontrolada de las denuncias y demandas por responsabilidad médica está afectando al sector sanitario de una forma desmedida, y en su consecuencia también al asegu-

(175) http://www.diariomedico.com/2017/02/13/area-profesional/normativa/los-seguros-de-responsabilidad-civil-publica-pierden-atractivo (consulta: 29-3-2018).

rador. En Estados Unidos ya se estimaba hace unos años el coste de los errores médicos en 200.000 millones de dólares anuales, situación que acarrea el imparable aumento de las primas al albur de ese fenómeno que se ha venido en llamar «la nueva industria del Juicio por mala *praxis*» [176], llegando incluso a que exista una insuficiente oferta de profesionales en determinadas especialidades médicas más expuestas a las reclamaciones (como por ejemplo, la obstetricia). Esa situación ya en su día fue criticada por RUIZ VADILLO para quien «el camino de la sociedad, iniciado especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, de buscar a toda costa responsabilidad en los médicos no era una buena solución a los problemas que sin duda existen y que pueden tener otras vías de integración, que no lo es el intento generalizado de proyectar estas reclamaciones hacia la jurisdicción penal» [177].

En cualquier caso, lo más característico de ese fenómeno de expansión del seguro de responsabilidad civil en el ámbito de la práctica sanitaria no reside tanto en la multiplicación de la pólizas contratadas, ya sean individuales o colectivas —estas últimas por la intervención, fundamentalmente, de los colegios profesionales y las sociedades científicas—, sino en la implicación de las Administraciones públicas asumiendo la condición de tomadoras del seguro con una doble intención: asegurar su responsabilidad patrimonial y la responsabilidad civil de sus empleados en el ejercicio de las actividades públicas como tales. El impulso a esta nueva práctica aseguradora, sin embargo, no surgió principalmente de una intención de la Administración por blindar su patrimonio frente a posibles reclamaciones, sino en ofrecer una garantía a los funcionarios y demás empleados a su servicio que les diese tranquilidad en su ejercicio profesional, evitando con ello las disfunciones de una práctica clínica a la defensiva. De hecho se puede decir que este seguro de responsabilidad nace de resultas de una reivindicación sindical, al tener su origen en un pacto suscrito en el año 1990 entre la Administración Sanitaria del Estado y las organizaciones sanitarias CC.OO. y CESIF. De ahí pasó a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991 [178] al contemplarse la posibilidad de concertación de este tipo de seguros, lo que finalmente tuvo su plasmación efectiva con la suscripción en fecha 8 de marzo de ese año de una póliza de seguro entre el antiguo INSALUD y la compañía aseguradora La Unión y el Fénix. En sucesivos años esa póliza

(176) La situación viene propiciada por estadísticas como las publicadas en Diario Médico, ejemplar de 10 de septiembre de 2004, según las cuales en Gran Bretaña se producen 850.000 errores médicos al año, lo que supone el 10% de las admisiones hospitalarias.

(177) RUIZ VADILLO, E. «La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina», *Revista Actualidad Penal*, nº 27, julio de 1994.

(178) Ley 31/1990, de 28 de diciembre.

se fue renovando, previo concurso público, con otras aseguradoras, y también, de forma paralela, los servicios autonómicos de salud han copiado el modelo suscribiendo sus propias pólizas de responsabilidad con el mismo objeto.

Ahora bien, aunque el tomador de la póliza sea la propia Administración no queda desvirtuado por ello el alcance de las previsiones normativas que rigen para la modalidad del seguro de responsabilidad civil, especialmente la particularidad procesal que supone la acción directa en favor del perjudicado. En este sentido debe subrayarse que no existe una dicotomía sustancial entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil extracontractual. Así la jurisprudencia se refiere frecuentemente a la primera como responsabilidad extracontractual de la Administración (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2003).

La responsabilidad patrimonial de la Administración presupone, como recuerda XIOL RÍOS[179], al igual que ocurre con la responsabilidad extracontractual en el ámbito privado, el carácter ilícito o antijurídico de la acción. La única particularidad es que el reconocimiento de este carácter no gravita sobre el *test* de culpabilidad, apto para calibrar la conducta del sujeto individual, pero inadecuado para valorar la conducta imputable a un órgano, sino en el deber jurídico del perjudicado de soportar el daño causado, pero que conduce a resultados muy similares, pues pone de manifiesto que el daño antijurídico es aquel que deriva de una actividad dolosa o negligente, o de un defecto de la organización en la prestación del servicio que no sea fácilmente imputable a un sujeto concreto, o a la consecución de un riesgo que debía ser evitado o asumido con carácter previo.

El seguro privado de los riesgos patrimoniales de la actividad administrativa no ha sido siempre considerado como compatible con la naturaleza de esta desde el punto de vista de la legalidad. Es conocida la antigua Resolución de 26 de junio de 1996 de la Dirección General de Seguros que desaconsejó la cobertura mediante un seguro privado de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Pero en la actualidad la legislación administrativa prevé la posibilidad de que las Administraciones públicas concierten seguros privados cuyas pólizas

(179) XIOL RÍOS, J. A. «El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados». Libro de ponencias del III Congreso de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaJuanAntonioXiolRios.html (consulta: 28-4-2018).

Hacia un baremo del daño sanitario no es únicamente un tratado sobre el requisito del daño en la responsabilidad sanitaria, dedicado, por lo tanto, a analizar —doctrinal y jurisprudencialmente— la forma de valorarlo para fijar la indemnización que corresponda en cada caso, sino que, además, es la primera obra que estudia la implantación de un baremo de estas características, contribuyendo a diseñar las líneas maestras que permitan, con la vista puesta en las creaciones normativas de nuestro entorno europeo, aspirar a una norma más ambiciosa que un simple y específico baremo.

Como afirma el Magistrado José Ramón CHAVES GARCÍA en el prólogo del libro, «creo que la comunidad científica debe prestar atención a esta magna obra de Eugenio Moure, que se alza en pilar central de la teoría del daño sanitario, a base de verter datos e ideas, y que encierra la curiosa virtud o paradoja de hacernos partícipes de lo lejos que estamos de un entendimiento real de lo que es un baremo del daño sanitario, pero haciéndonos avanzar con resolución en ese campo hacia mayores cotas de rigor técnico y de respuestas equitativas».

ISBN: 978-84-9020-719-2
9 788490 207192 3652K28372

AENOR ER Empresa Registrada UNE-EN ISO 9001 ER-0280/2005
IQNet
AENOR Gestión Ambiental UNE-EN ISO 14001 GA-2005/0100

Wolters Kluwer