

**INDEMNIZACIONES POR DAÑO SANITARIO****Situación actual en España**

Juan Siso Martín

Subdirector General del Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid

E.Mail: [juan.siso@salud.madrid.org](mailto:juan.siso@salud.madrid.org) - Teléfono: + 34 91 360 57 34

+ 34 625 555 266

**Introducción**

En cualquier sociedad evolucionada tienen la máxima importancia tres pilares sobre los que aquella se sustenta: La Educación, la Justicia y la Sanidad. Es inevitable, e incuestionable la producción de fallos en cualquiera de los tres sectores mencionados. La diferencia reside en que la evidencia de los errores aparece de distinta forma en cada uno de ellos.. En la Educación se muestra a largo plazo, a medio plazo alcanza su evidencia en la Justicia, pero en la Sanidad emergen de inmediato.

La exigencia de responsabilidad en el ejercicio de la Medicina por sus profesionales,( en el sentido amplio de función asistencial y referida por ello no sólo a médicos, sino también a la enfermería y a cuantos prestan servicios en ese complejo entorno) es una constante histórica. El motivo no es otro que la grave trascendencia de su quehacer, al actuar sobre nuestros bienes más preciados: la salud y la vida. Este asunto es uno de los más relevantes en el campo del Derecho Sanitario en razón a la frecuencia de sus actuaciones (millones de actos clínicos diarios) y a la creciente repercusión económica que ocasionan las indemnizaciones.

Otra peculiaridad importante, en materia de responsabilidad sanitaria, es la constante presencia del riesgo en la actividad que sirve de causa a la misma. En cualquier otra actividad pública la presencia del riesgo es ocasional (descarrilamiento de un tren o hundimiento de un edificio e incluso un posible exceso en la actuación de las fuerzas de orden o seguridad) mientras que en la práctica asistencial acompaña a cada decisión y a cada acto, con la connotación antes expresada de que, además, recae sobre nuestros bienes más queridos.

### **Unas precisiones necesarias**

El público, atónito ante los avances de la ciencia, observa cómo en una UCI se pueden hacer regates a la muerte o de qué manera se salvan vidas a punto de extinguirse mediante la técnica de los trasplantes. Estamos manipulando los confines de la vida y de la muerte a través de la ingeniería genética y de la supervivencia artificial y a todos nos induce (todo esto) a pensar en la muerte como un fracaso de la ciencia, a través de la mano del médico, su valedor. Una intervención fallida sugiere una mala praxis y un enfermo crítico que fallece parece revelar una desatención. Se cree en la obligación a ultranza de la Medicina de prolongar la vida ¡como si la vida pudiera prolongarse indefinidamente! Se entiende esta ciencia como omnipotente y obligada a la consecución del resultado deseado, sin dejar lugar al fracaso terapéutico e incluso a un azar adverso.

Se parte de la falsa ecuación: Actuación Médica = Curación, a la que se añade: No curación = Indemnización. Esta interpretación del ejercicio de la Medicina como obligación de resultados ha penetrado nuestra cultura y conduce a una lamentable visión culpabilista del ejercicio de la práctica asistencial que como reacción produce conductas abstencionistas de los profesionales (ante situaciones problemáticas) o Medicina defensiva (en supuestos de riesgo desconocido, por ejemplo).

El profesional sanitario ha venido amparándose, tradicionalmente, en el hecho de que la Medicina no es una ciencia exacta y en que no puede ser sancionado por un fallo cometido persiguiendo el interés del paciente.

Esta es, en efecto, la clave. Tener el bien del paciente como guía, añadiendo, además, en la actuación la diligencia debida. De esta forma una correcta aplicación de la responsabilidad sanitaria habrá de castigar una desatención o una negligencia respecto de un paciente, pero no impondrá castigo (o indemnizará) cuando el daño (sin incurrir el profesional en las conductas anteriores) se derive de la fatalidad o de un resultado no esperado a la luz del estado actual de la ciencia médica, así como cuando el paciente esté obligado a soportar el daño. Este planteamiento general admite escasas excepciones.

Este planteamiento es sencillo en su formulación, pero no tanto en su aplicación práctica, pues ni siquiera hay acuerdo en la interpretación de la terminología. Se usa con demasiada frecuencia e imprecisión el vocablo *error médico*. Es más adecuado hablar de resultados adversos o de efectos no deseados, aportando, de esta forma, una visión no culpabilista de la Medicina. El calificativo *médico*, por otra parte, reduce su aplicación a un colectivo profesional concreto, cuando la acción u omisión dañosa puede provenir de otras personas o traer su origen en la organización o sus instalaciones.

En torno al daño sanitario existe una variada terminología:

- Error sanitario: Con la amplitud ya mencionada se cita, en el ámbito clínico, la diferenciación entre error diagnóstico y error terapéutico, cuando la distinción relevante, en el terreno de la responsabilidad, reside en la diferencia entre error voluntario o involuntario, o en otra terminología error vencible o invencible. Este último, por inevitable, no genera responsabilidad para el sujeto que incurrió en él, con independencia de que pueda dar lugar

a una indemnización por el daño ocasionado. Ambos elementos (responsabilidad e indemnización) no tiene por qué ir necesariamente unidos. Podemos imaginar un fallo en un aparato, por avería del mismo, que produce una falsa medición y produce una acción equivocada del profesional. Se trataría de un error involuntario, como también lo sería la confusión diagnóstica en un cuadro clínico grave enmascarado por otro más evidente y de menor gravedad.

- Impericia Se trata de la falta de conocimientos en determinada acción sanitaria o la aplicación incorrecta de aquellos. Se inserta en el concreto terreno de la Lex Artis. Hay que precisar que la continua evolución de una Medicina cada vez más tecnificada hace difícil al profesional mantenerse acorde con esta evolución.
  
- Imprudencia: La conducta del profesional (acción u omisión) en este caso no se ajusta a las reglas de cautela que debieron de ser empleadas. Admite dos grados: Imprudencia simple, que se da cuando se omitieron las precauciones ordinarias y se cometió un descuido en el que podía haber incurrido cualquier persona o imprudencia temeraria, que supone la omisión de las más elementales reglas de cuidado.
  
- Daño fortuito: Sobreviene cuando el perjuicio al ciudadano se produce sin acción culpable de nadie. Puede ser ocasionado dicho daño por caso fortuito o por fuerza mayor. Trae su origen, el primer caso, en la propia organización en donde se produce un resultado no querido y dañoso. La fuerza mayor, sin embargo, es de procedencia externa e imprevisible, o si es previsible es siempre inevitable, Ejemplo de caso fortuito sería la rotura de un bisturí en el curso de un proceso quirúrgico y ejemplo de fuerza mayor una inundación o un terremoto.

### **El fundamento de la indemnización**

Es preciso distinguir entre el fundamento fáctico y el jurídico. El primero se configura, sin más, en el daño sufrido por el perjudicado, mientras que la base jurídica puede ir referida a cualquiera de estos dos criterios:

- Culpa del causante. En este caso es necesaria la prueba de tal circunstancia y la indemnización viene basada en la concurrencia de la culpa.
- La causalidad. Aquí solamente ha de probarse la existencia del daño y su origen en una acción u omisión del medio sanitario en el que se situó al perjudicado.

Quede planteado así, en esta sencilla forma, el fundamento de la indemnización, sin entrar en el complejo mundo de las teorías de la imputación: el riesgo, la socialización del daño, los efectos del progreso, el daño desproporcionado etc., desarrollo que excedería a la naturaleza y extensión de esta intervención.

Una vez expuesto esto vamos a ver, en el sistema español, de que formas puede reclamarse la indemnización.

### **Vías para obtener la indemnización**

Se trata de los casos de exigencia de responsabilidad a los entes sanitarios públicos, sin necesidad de acudir a los tribunales.

Párrafo 19

Párrafo 20. adaptar.

Párrafo 21.

No existe en España un sistema como ONIAM. Desarrollar.

### **Cálculo de la indemnización**

Se pueden dar dos supuestos: Que el daño sea valorable mediante un Baremo o que, por el contrario, sea un caso de libre apreciación. En España en el ámbito judicial, normalmente, se hace libre apreciación, caso por caso, de la valoración del daño y con ello del cálculo de la indemnización. El terreno natural de la baremación es el mundo del seguro.

Cuando la valoración es libre (no sujeta a Baremo) tiene dos referentes; El daño emergente, o perjuicio económico causado por los gastos sobrevenidos con ocasión del daño y el lucro cesante, entendiendo como tal los ingresos dejados de percibir a causa del menoscabo que trae el daño. La suma de ambos (daño emergente y lucro cesante) determina la cuantía global de la indemnización. El Baremo pone su atención en el segundo elemento de los mencionados y por su importancia vamos a referirnos a él a continuación.

### **Los Baremos**

Con este instrumento se fija la indemnización tomando como referentes elementos objetivos del perjudicado: Daño sufrido, actividad que desempeña, cargas familiares... Aporta notables ventajas respecto de la valoración judicial, en donde existe mayor espacio de discrecionalidad. A los profesionales, eventuales dañadores, les aporta seguridad, pues saben la dimensión económica de la reclamación con la que se enfrentan y a las compañías aseguradoras les aporta, asimismo, seguridad al permitirles ajustar los cálculos actuariales. Esto redundará, evidentemente, en un abaratamiento de las primas, cuestión beneficiosa para los profesionales asegurados y de suma importancia en el momento actual en el que siendo obligatorio el aseguramiento no se les

acepta por ciertas aseguradoras, cuando se trata de actividades o profesionales de alto riesgo.

El Baremo utilizado en España como instrumento indemnizatorio es el relativo a la responsabilidad por el uso de vehículos a motor en el terreno de los accidentes de tráfico. Se acomoda bien al medio sanitario, por el carácter objetivo de la responsabilidad en ambos casos, cuando de Medicina pública se trata. Por otra parte coinciden, también, en la dificultad de probar la culpa en muchas ocasiones y la presencia constante del riesgo en el tráfico y en la Sanidad.

Hay carencias importantes, sin embargo, en la institución del Baremo, como el hecho de que no contemple el daño moral. Es un instrumento, no obstante, sobre el que trabajó la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. En 1999 se formó un equipo mixto de médicos y juristas presidido por Busnelli y Lucas, con el objeto de llevar a cabo la armonización europea en el terreno indemnizatorio. Este grupo, sin embargo, no pudo llegar al resultado pretendido por encontrara obstáculos como:

- Percepción diferente de los países sobre la necesidad de la armonización.
- Distintos criterios sobre el concepto de daño indemnizable.
- Discrepancias en la cuantía a indemnizar por un mismo daño.

Hay países en línea con el sistema de Baremo (Francia, Italia, Bélgica o España) mientras que otros se inclinan por el modelo judicial (Alemania, Austria o el Reino Unido).

### **Soluciones extrajudiciales a los conflictos**

Además del Baremo, instrumento ya expuesto, hay que citar los siguientes:

- Arbitraje: Supone el acatamiento de la decisión de un árbitro. Las partes le exponen sus cuestiones y él las valora y toma la decisión que proceda.
- Mediación. Consiste, también, en someterse a una decisión, pero en este caso se fija por acuerdo entre las partes del conflicto. El mediador, precisamente, tiene como función hacerles llegar a un acuerdo. De esta vía de solución hay precedente en España en el Colegio de Médicos de Vizcaya y en el Colegio de Abogados de Madrid.

En esta vía trabaja la Defensoría del Paciente de la Comunidad de Madrid, que ya ha obtenido la resolución de conflictos entre la Administración sanitaria y pacientes perjudicados por la acción de la misma. Esta Defensoría es la primera en España (año 2002) encontrándose actualmente en proceso de creación instituciones parecidas en otras Comunidades Autónomas del país.

### **Intervención de las víctimas**

Es muy reducida en el ámbito judicial, pues se limita al planteamiento de la demanda y el seguimiento del proceso hasta la emisión de la sentencia. Sucede lo mismo en el sistema de Baremo y lo contrario en las figuras de la Mediación y el Arbitraje.

En España existe una curiosa institución en el campo de las reclamaciones administrativas del Sistema Sanitario Público y es la posibilidad de la llamada *terminación convencional* del procedimiento mediante la oferta del perjudicado de aceptar determinada cantidad para dar fin al asunto.

### **Las infecciones nosocomiales**

Se trata, como es sabido, de aquellas contraídas en el hospital (nosocomio) por la simple permanencia en dicho medio, incluso sin intervención directa de nadie.

La responsabilidad del ámbito sanitario, el criterio de imputación, en definitiva, es atribuido por distintos criterios: La doctrina del riesgo, la de los efectos del progreso o la del daño desmedido. Conforme a la primera de estas tesis quien genera el riesgo ha de hacerse cargo de los daños que ocasione. Aunque a esto hay quien opone ¿Pero a quién beneficia el riesgo? Según la segunda teoría el medio sanitario dañador ha de responder de los efectos de una Medicina cada vez más tecnificada y más eficaz, pero también más peligrosa.

La doctrina del daño desproporcionado hace responsable al medio sanitario del daño ocasionado por el contagio adquirido, sin lógica correspondencia entre el beneficio que se busca en la actuación sanitaria y el perjuicio que ocasionó,

Quiero dejar constancia aquí de una curiosa teoría y es la de la irresponsabilidad sanitaria en estos casos, bajo el siguiente planteamiento: Es un hecho científicamente contrastado que el porcentaje de infecciones nosocomiales tiene una tasa mínima que no es posible eliminar. Pues bien, si

en un centro sanitario que mantiene su actuación por debajo de esa tasa mínima sobreviene un contagio, debe de entenderse, según esta tesis, como un caso de fuerza mayor inevitable y por ello no generador de responsabilidad.

### **Gestión del riesgo. Una cuestión novedosa.**

Quiero concluir con una breve mención a este asunto actual y de notable interés.

La actividad sanitaria, he expuesto al comienzo, es un ejercicio de riesgo al que no son hechos ajenos la creciente utilización de útiles y elementos sanitarios y la progresiva peligrosidad de los mismos.

La gestión del riesgo consiste, precisamente, en crear una cultura que tiene como objetivo el evitar que se produzcan los efectos no deseados y las consecuencias adversas a los pacientes en el uso de la actividad asistencial.

La importancia de este sistema, mediante el funcionamiento de Comisiones u Observatorios (como el recientemente creado en Madrid) es tratar las causas del daño sanitario, en lugar de hacer frente a sus consecuencias, como sucede en el caso de los Baremos o los Seguros. Supone la identificación, evaluación y tratamiento de los riesgos con el objeto de evitar el daño o minimizar sus consecuencias. De este modo la acción comprende tres fases:

- Identificación de las fuentes generadoras del riesgo.
- Valoración de frecuencia, gravedad y coste de los daños.
- Desarrollo de medios para eliminar o prevenir y financiar los daños.

La visión positiva de este sistema, aparte de su potencialidad beneficiosa para los usuarios de la Sanidad, es el eliminar, respecto de los profesionales, una visión culpabilista de la Medicina.

---

En el escenario sanitario se desarrollan los acontecimientos más trascendentes de nuestra vida personal y social. Es imprescindible generar y emplear instrumentos que hagan posible un desarrollo pacífico y ordenado del mismo .La judicialización de la Medicina no es buena para nadie, pues sitúa al profesional en su trabajo mirando al juez, en lugar de a su paciente. Uno y otro se perjudican y el daño alcanza a toda la sociedad. Quede nuestra decidida apuesta por la superación de ese modelo.

---

Juan Siso Martín

Subdirector General del Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid

E.Mail: [juan.siso@salud.madrid.org](mailto:juan.siso@salud.madrid.org) - Teléfono: + 34 91 360 57 34  
+ 34 625 555 266