

LA GESTIÓN DE LOS ERRORES MÉDICOS



FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS

Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas
LA GESTIÓN DE LOS ERRORES MÉDICOS - N.º 7 - (2002)

Edita: Fundació Víctor Grífols i Lucas
c/. Jesús i Maria, 6 - 08022 Barcelona

Imprime: Gráficas Gispert, S.A. - La Bisbal
Depósito Legal: GI-904-1999

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	
Jordi Camí	7
<i>ERRORES MÉDICOS: LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y SUS PARADOJAS.</i>	11
Jaume Aubia	
<i>LA GESTIÓN DE LOS ERRORES MÉDICOS</i>	31
Ricardo de Lorenzo	
<i>DISCUSIÓN Y COMENTARIOS</i>	71
<i>PARTICIPANTES EN EL SEMINARIO</i>	115

PRESENTACIÓN

Los errores sanitarios existen y seguirán ocurriendo, en consecuencia debemos analizar permanentemente sus causas, optimizar su gestión así como evitar en la medida de lo posible su aparición. Aunque éstas sean unas proposiciones lógicas, su debate en nuestro medio es tan vigente como oportuno, al existir resistencias en cuanto a su pleno reconocimiento se refiere. Por este motivo es de celebrar que la Fundació Víctor Grífols i Lucas, por iniciativa expresa de su presidenta, tomara la iniciativa de organizar un encuentro monográfico al respecto, cuyos contenidos se presentan en esta monografía.

Para comenzar carecemos de una definición precisa de lo que incluye el concepto de “error sanitario”. En sentido amplio incluye desde negligencias individuales hasta incidentes consecuencia de los riesgos inherentes al consumo de un determinado medicamento o al ejercicio estandarizado de la práctica clínica, para poner sólo algunos ejemplos. Por lo tanto un primer reto sería progresar en su precisión conceptual, ya que la trascendencia, gestión y prevención de los errores no tiene una única receta. Lo que sí parece cierto es que, más allá de la negligencia individual -como caso específico y relativamente fácil de acotar-, la verdadera dimensión de los errores sanitarios ocurre en un sistema sanitario que no es infalible, un sistema donde la actividad clínica que comporta mayores riesgos precisamente se practica en el marco de organizaciones muy complejas.

Por otra parte, observamos como la reacción social ante los errores sanitarios parece tender al reduccionismo, cuando no a la culpabilización personal. Junto a ello asistimos a una progresiva judicialización de las causas, fenómeno que ocurre en paralelo a una desordenada y contraproducente mercantilización de las demandas por daños y perjuicios. Dentro de este panorama aparecen reacciones preocupantes y de difícil solución. Nos referimos a la progresiva abstención, cuando no retirada, de las entidades aseguradoras dedicadas a cubrir los riesgos de los profesionales y de las organizaciones sanitarias, así como a la también progresiva consolidación de la denominada “medicina defensiva”, una práctica clínica caracterizada por su menor calidad y mayor coste.

Ante los errores sanitarios no cabe otra actitud que no sea la de concienciar al sistema en el sentido que los errores pueden y deben ser evitados de forma sistemática, a sabiendas que determinadas prácticas clínicas no garantizan un riesgo nulo. El reto consiste en gestionar formalmente la prevención de errores sanitarios en un entorno caracterizado por sus continuos progresos e incertidumbres y en el que se atiende, por encima de todo, a pacientes y familiares que tienen distintas sensibilidades. Existen datos fehacientes que nos demuestran la bondad de determinados progresos tecnológicos que hoy se aplican en el ámbito clínico. En efecto, no sólo se han reducido muchos riesgos sino que actualmente se evitan accidentes que hace pocos años eran mucho más frecuentes. En cierto sentido, sobre todo en la aplicación de tecnologías avanzadas, la probabilidad de que ocurran errores ha disminuido, ya que los estándares exigidos en la introducción de nuevas tecnologías (o medicamentos, en particular) son progresivamente más exigentes. Pero tales progresos ocurren en unas circunstancias en las que la sociedad ha cambiado en cuanto a cómo percibe estos problemas y en relación con sus legítimas exigencias. Es probable que la medicina moderna tenga menos riesgos, pero lo que sí es cierto es que la sociedad percibe o acepta los riesgos de forma distinta según su gravedad y, en cualquier caso, su tolerancia a los errores ha disminuido.

La complejidad existente ante los errores sanitarios queda fielmente expresada en el contenido de esta monografía, donde los lectores disponen de un buen análisis de la situación, aunque no obtendrán un recetario definitivo para su adecuada gestión y prevención. Se trata de un primer paso, que comienza con dos lúcidas ponencias de gran contenido analítico, y complementarias en cierto sentido. Estos dos análisis vienen luego enriquecidos por las diferentes aportaciones de los invitados al debate, prestigiosos profesionales que aportan sus perspectivas y que, en conjunto, construyen un primer esbozo de la ingente tarea pendiente que tiene el sistema sanitario ante el problema de sus errores.

Anticipando algunas conclusiones, los lectores confirmarán la tan prioritaria como necesaria importancia de mejorar la comunicación entre sanitarios, enfermos y familiares, los beneficios de la profundización en el consentimiento informado, cuando no la bondad de los mecanismos internos de acreditación y de normalización (también denominada protocolización) de los

procesos de trabajo, siempre que se apliquen de forma inteligente. Queda encima del tapete el reto que tienen las complejas organizaciones sanitarias en materia de autorregulación, aunque sea para cimentar una definitiva erradicación de la perniciosa cultura de la ocultación, a la que fácilmente se cae en ambientes excesivamente corporativistas (en el sentido peyorativo de la palabra). El éxito que puedan tener nuestras organizaciones sanitarias ante la prevención de riesgos y errores dependerá del grado de cohesión, relaciones transversales, y predisposición a ejercicios de calidad. En cualquiera de los casos, los distintos niveles de nuestro sistema sanitario deben asumir que hoy tienen una nueva responsabilidad, la de establecer medidas concretas dirigidas a prevenir los errores sanitarios y capaces de renovar la cultura del riesgo en este entorno. Demos por bienvenida esta monografía que, cuando menos, contiene algunos elementos de gestión fácilmente aplicables y que, sin duda, emplaza a los distintos protagonistas para que se atrevan a afrontar otra asignatura pendiente de nuestro sistema.

Dr. JORDI CAMÍ
Director del Institut Municipal
d'Investigació Mèdica y Patrono de
la Fundació Víctor Grífols i Lucas

ERRORES MÉDICOS: LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y SUS PARADOJAS

Dr. Jaume Aubia

Introducción

La preocupación social por la existencia de los errores médicos está creciendo en todo el mundo, y esta preocupación genera la necesidad de mejorar la eficacia, la seguridad y la protección de los pacientes atendidos en nuestros sistemas de salud. El sistema actual de protección de los errores médicos atiende a dos objetivos: por un lado el castigo como sistema de prevención de errores futuros, y por el otro la compensación económica de los afectados. Los dos objetivos parecen razonables e incluso son aceptados como imprescindibles, necesarios. Los médicos los hemos aceptado y compartido, porque todos creemos que es preciso el máximo compromiso tanto para evitar los errores como para evitar que los que los sufren queden desamparados. Ahora bien, bajo estos grandes principios y bajo el amparo de los valores que los sustentan, es preciso empezar a expresar la preocupación que los sistemas actualmente en uso aunque teóricamente persiguen estos objetivos en la práctica no sirven para cumplirlos. Incluso generan contradicciones y consecuencias perversas que, involuntariamente, quizá los impiden.

Por ello creo, junto con otros muchos, que es necesaria una profunda revisión teórica de las bases de los actuales sistemas de gestión de los riesgos y errores en medicina. El sistema actual de “gestión del error” que se basa en aquellos dos elementos: el resarcimiento económico a partir de las pólizas de RC de los daños causados a los pacientes en el curso de la atención médica y sanitaria, y el sistema de castigo para el profesional individual al que se pueda probar negligencia o impericia, no ha dado resultado.

Sistemas de protección y condena

A menudo la indemnización y la condena van unidas porque el sistema que se prevé para resolver estos problemas es la vía judicial. Para aquellas situaciones en que no se busca indemnización existe otra vía disciplinaria pura: la vía deontológica y colegial que puede depurar responsabilidades de mala praxis profesional, pero que no prevé compensaciones económicas por este motivo. Esta segunda vía presenta grandes diferencias entre países, y según los niveles de compromiso social de las organizaciones médicas corporativas. Existen países como los anglosajones: EE.UU., Canadá, Inglaterra y Australia, donde estos mecanismos colegiales tienen un gran poder y lo ejercen mayoritariamente a partir de la capacidad de inspección de las praxis individuales y de los hospitales, así como a partir de la capacidad de excluir del registro profesional (Cole-

gio) a los profesionales por motivos incluidos en conceptos de praxis inadecuada, u otros que atienden a las costumbres y precedentes más que, como sucede en los países europeos continentales con sistemas jurídico-legales basados en derecho romano y napoleónico, a hechos y casuística expresamente recogida en normas legales de derecho positivo.

Las praxis profesionales son muy difíciles de clasificar, catalogar y regular con normas de derecho positivo y, por consiguiente, los sistemas jurídicos europeo-continentales, se adaptan mal a ellos. Para garantizar unos niveles adecuados de seguridad y calidad de los servicios profesionales y resolver la cuestión de cómo operativizar el necesario control de la actividad, no se ha hallado otro camino que la exigencia colectiva de la autorregulación profesional. Cuando esta autorregulación falla el sistema de confianza social se resiente de ello. Si el fracaso es total y las corporaciones profesionales no ejercen las competencias disciplinarias, entonces con toda justificación la sociedad –o el Estado– intenta recuperar estas competencias y ejercerlas directamente sin el concurso de los profesionales. El mundo occidental está asistiendo a un proceso de este tipo. La confianza social en las corporaciones profesionales es baja, y la respuesta de la sociedad ha reactivado otras vías para resolver los problemas de control de las praxis. En las sociedades anglosajonas esta reacción se manifiesta sobre todo por medio de un crecimiento explosivo de la litigiosidad a partir de principios de los años setenta. Denuncias por vías judiciales que buscan resolver aquellos dos objetivos: obtener compensación económica por el daño sufrido y “evitar que vuelva a suceder”.

Sistema de compensación

Permítanme decir que la importancia de la compensación económica, en un país como EE.UU., donde el sistema de protección social es, a efectos prácticos, exclusivamente privado o casi, es razonable y conceptualmente muy robusto. Tan sólido que ha tenido un crecimiento económico espectacular y, hoy, el seguro económico necesario para afrontar estos procesos está en el propio centro de las preocupaciones y atenciones de los médicos americanos. Hasta un tercio o el 40 % de los ingresos de un especialista famoso en una ciudad americana se dedican a cubrir su póliza. Y el crecimiento sigue acelerándose. En Florida, un ginecólogo pagaba unos 200.000 dólares a finales del 2001. Quizá el sistema será insostenible pero es de una coherencia y vitalidad impareables, incontestable.

Es tan potente el sistema que, como la Coca-Cola o el *fast-food*, lo hemos adoptado sin prácticamente ninguna crítica. Pero ¿qué sucede cuando el sistema sanitario que adopta el “modelo americano” de litigiosidad y compensación económica no se parece en nada al sistema americano? Veámoslo. Primero, nuestro sistema de seguro público, con una atención sanitaria universal y una protección de seguridad social ya cubre económicamente a todos los que en el sistema americano necesitan compensación individual: los costes de reparar médicamente el daño (nuevas intervenciones, rehabilitación, etc.) y de tener protección social si el daño es irreparable.

Segundo, en nuestro sistema el seguro de la Responsabilidad Civil del Sistema Sanitario Público se hace cargo de los presupuestos (presupuesto general del Estado, presupuesto de la comunidad autónoma cuando el nuevo sistema de financiación esté en marcha) que se destinan a sanidad. En consecuencia, todo el dinero que se dedica a atender las compensaciones económicas (y los que sirven para hacer “funcionar” los mecanismos judiciales de defensa, peritaje, etc. que no son pequeños) se detraen de la atención sanitaria. Es dinero que podría servir para otras cosas, que pagamos “todos” en forma de impuestos y que en cierto modo son redundantes: la sociedad ya ha decidido “cubrir” unas necesidades de atención sanitaria y de protección social, pero si estas necesidades han nacido, se han generado en relación (fijense que no digo a causa de) con la prestación de una atención sanitaria previa, las pagamos/cubrimos “mejor” que si el problema ha nacido en otro contexto. Si un agricultor –autónomo– queda con parálisis en una mano por un accidente en el campo, el derecho a recibir prestaciones es muy inferior al que tendría si cuando fuera jubilado aquella misma parálisis la hubiera causado un retraso (por ejemplo) del sistema sanitario en atenderle de una compresión posquirúrgica.

Parece bastante paradójico. Creo que deberíamos o podríamos tener un sistema mejor, más racional y más justo, que ni olvidara ni desprotegiera a los afectados, y no significara que lo que para ellos es una “doble cobertura” para el sistema sanitario signifique que son los “enfermos los que lo pagan”, ni siquiera “todos” (la población general) sino los enfermos.

Soy consciente de que cuando el que dice esto es un médico, como yo, es inevitable que se piense que estoy utilizando argumentos falaces, que ocultan las intenciones últimas y que lo que buscan es evitar que los médicos nos hagamos responsables de lo que hacemos. Que quizás lo hagamos para ahorrarnos los costes económicos de la póliza y que en el fondo pretendemos quizá la

impunidad. Falso. He empezado diciendo que los médicos, el colectivo, la corporación, compartimos con el conjunto de la sociedad el sentimiento de la necesidad de que los afectados no queden desamparados. Diré más, somos los más motivados para que esto sea así: estamos en la primera línea, son “nuestros” enfermos, somos nosotros los que los atendemos, y queremos resolver su problema de salud y nos sentimos responsables de ellos, quizá a veces hasta con sentimientos de culpabilidad “excesiva” más allá de lo que es racionalmente exigible. El Colegio de Barcelona fue el primero, en el año 1974, que, en este país, estableció una póliza para poder pagar indemnizaciones cuando prácticamente no había condenas, y cuando la sanidad pública no disponía de ninguna cobertura de este riesgo. Es cierto que en el año 1974 (y también en el 1984 cuando construimos el sistema de RC que hoy funciona en Cataluña) ni las coberturas sanitarias ni las coberturas sociales eran las que tenemos hoy y que, por consiguiente, la justificación social y la necesidad de tener un sistema económico que permitiera pagarlas (aunque en aquel momento fuera a cargo exclusivo de las aportaciones de los médicos) era más importante que hoy. No queremos ni buscamos la impunidad, muy al contrario. Pero el sistema actual no va en la dirección razonable. Y esto contando con que no hemos llegado ni de lejos a la situación de la mayoría de países europeos, donde el “modelo americano” se ha impuesto con más rapidez, donde los crecimientos de las pólizas son espectaculares y donde –también hay que decirlo– la socialización del sistema sanitario, y el porcentaje de asalarización de los médicos es también menor que el nuestro y, por consiguiente, donde las tensiones entre los recursos económicos dedicados a cubrir los errores y los recursos para cubrir las necesidades de asistencia tienen otras magnitudes y otras geometrías.

Error médico y castigo

El segundo bloque de consideraciones lo dedicaré a analizar la bondad y eficacia del argumento que, de forma implícita, aceptamos todos: cada error se debe castigar porque solo así se evita que vuelva a haber otro parecido. Se equipara error a falta, a transgresión de la norma y/o al delito. No pretendo decir que no sepamos diferenciar o que no diferenciamos entre estas figuras desde el punto de vista jurídico o moral. Todos sabemos que no es lo mismo, y no hablaré de las categorías jurídicas/conceptuales de accidente, error, imprudencia, negligencia, etc. Pero, en realidad, más allá de las categorías legales todos pensamos que aunque haya diferencias entre ellas, todas merecen castigo. Los propios procedimientos deontológicos son un castigo moral, incluso su sola

mención lo es. Defender lo contrario, la despenalización, puede parecer otro acto de cinismo, de bajeza moral y si lo hace un médico de egoísmo gremial condenable. ¿Como alguien podría defender que, cuando haya existido un error, cuya consecuencia haya sido un efecto tan grave como un daño a la salud o incluso la muerte de un ser humano, este error no merece ningún castigo y su perpetrador sigue tan tranquilo? - “Que le castiguen, y así no volverá a hacerlo. Que sirva de ejemplo para los demás, y así todos estaremos más seguros.” En vía judicial el daño genera un derecho, en vía deontológica justifica una corrección disciplinaria, los afectados y las familias lo exigen, y la solidaridad de la comunidad lo hace aceptable y justo. Pero la cuestión que hoy pretendo plantear es si este abordaje es eficaz y útil. Si existe otro abordaje más útil.

Seguridad y riesgo

Los sistemas sanitarios no son tan seguros como deberían. Esto no niega que la seguridad total y el riesgo cero no solo no existen sino que la consideración utópica de la sociedad en su posibilidad puede representar, (quizá ya lo representa actualmente) un factor frenador para conseguir mejoras y avances científicos relevantes. Pero hoy no es fácil de justificar el porque no está mejorando el nivel de seguridad en la prestación de los servicios asistenciales.

El que los sistemas sanitarios no son seguros y que la seguridad no mejora son dos fenómenos que deberíamos analizar por separado. ¿Se puede asegurar que los sistemas sanitarios no son seguros? Dejemos a un lado que los conceptos de seguridad y riesgo son conceptos sociológicos y, por consiguiente, relativos. Cada sociedad acepta un nivel de riesgo o de inseguridad diferente de acuerdo con unas expectativas sociales determinadas en parte por la experiencia efectiva de los daños reales y en parte por construcciones sociales no siempre objetivas. Y, por lo tanto, si esta pregunta la hacemos a una abuela que ha vivido experiencias de guerra, de alta mortalidad infantil, situaciones de descobertura de la atención médica por enfermedades graves en familiares responderá a esta pregunta de forma muy diferente a como lo hará su nieta: una joven, sana, urbana y consumidora “naif” de periódicos y programas de televisión. Pero, en definitiva, todos tenemos que ser conscientes de que más allá de las percepciones existe una falta de seguridad real, aunque esta falta de seguridad esté poco estudiada científicamente, poco evaluada e incluso haya permanecido demasiado olvidada por los médicos y por el conjunto de los sistemas sanitarios.

Error y fracaso

La simple constatación de que estos fenómenos hayan sido tan poco estudiados y que existan tan pocas publicaciones ya debería ser motivo de reflexión. Actualmente, se dice que los médicos publicamos 17 millones de artículos cada año en todo el mundo, con un crecimiento continuado desde hace años. Los primeros artículos sobre este tema son sólo de hace menos de veinte años e incluso ahora no son ni muy numerosos ni muy frecuentes (populares). Pero los datos existen y son suficientes para asegurar que el problema de la inseguridad existe y que es muy importante. Como siempre, recurriremos a la literatura científica americana. El estudio casi fundacional es el *Harvard Medical Practice Study-I*¹ con datos de las admisiones hospitalarias de 1984 en Nueva York que descubre que del 3,7 % de las personas admitidas en el hospital sufrieron algún efecto adverso o lesión causada por la atención médica y que un 58 % de éstos se debían a algún “error”. En un estudio paralelo en los hospitales de Colorado y Utah realizado diez años más tarde, las cifras son de un 2,9 % de efectos adversos y 53 % por error². Los dos estudios contienen defectos y contradicciones metodológicas en lo que se define como un efecto adverso o error y si este error era o no “prevenible” o “previsible”. La consistencia de los datos quizá no sea muy sólida, pero no es el momento ahora de analizarlo. Nadie puede negar que estas cifras podrían ser verdad y que muestran un problema que es preciso enfocar. ¡Un gran problema que es preciso enfocar! La comunidad científica y la Administración americana han empezado a hacerlo. Pongamos estas cifras en el contexto que permite ilustrar su importancia. Si se comprobaran como ciertas, cuando se extrapolan, se podrían atribuir a esta causa más muertes que a los accidentes de circulación, más muertes que al cáncer de mama y ya no digamos que al sida. Incluso en las cifras americanas serían un poco más altas que la cifra total de muertos en accidente laboral.

Los números del “problema” fuera del ámbito hospitalario todavía son más difíciles de recoger y sumados convierten el problema en un problema sanitario de magnitudes preocupantes. Personalmente pienso que estos números están exagerando el problema, que bajo los conceptos “efecto adverso” y “error” se han recogido muchos episodios que sólo “a posteriori” y una vez conocido el resultado se podían haber reconocido; son inducciones en las que caben consideraciones subjetivas de los revisores de la Historia Clínica, etc. Estos trabajos han tenido críticas muy sólidas^{3,4}, pero nadie puede negar la magnitud del problema. Y nadie puede negar tampoco la insuficiente consideración que se le

dedica desde el punto de vista científico, organizativo y de motivación para estudiarlo más. Sobre todo si lo comparamos con los esfuerzos dedicados y los conocimientos adquiridos en los problemas de salud con menores prevalencias. La explicación que tiene esta inhibición universal es que existe un verdadero tabú, una resistencia cultural que frena y ha frenado un abordaje racional y normalizado del problema. La propia existencia de la polémica sobre las cifras, la inexistencia de una visión de consenso sobre las cifras ya lo hace, a mi parecer, muy significativo. Sin considerar que estas cifras hablan sólo de los efectos adversos y errores que constan o se deducen de los datos registrados en la Historia Clínica, y que no es necesario decir que no son todos los errores, ni mucho menos. Pero tampoco que nadie crea que son sólo errores del médico. Cuando se recogen estas cifras se observan errores mucho más prevalentes que los clásicos de error diagnóstico o impericia, son errores de dispensación y de administración de medicamentos, errores de adherencia a los tratamientos prescritos, errores en los circuitos de distribución o de *feed-back* de las informaciones clínicas, errores por inadecuación de los medios, suicidios no prevenidos, etc.

Esta resistencia cultural a ver el problema y su dimensión es un problema colectivo del sistema sanitario, no sólo del médico. Es una negación practicada generalizadamente por el conjunto de los sistemas.

La segunda observación sobre las cifras es que no sólo son altas, y muestran un problema serio, sino que parecen no mejorar. En diez años no se ha observado ninguna mejora muy aparente. Esto sí es sorprendente. Sorprendente en el contexto de los avances científicos y tecnológicos de la medicina, que cada diez años ha producido avances muy significativos en términos de seguridad y eficacia en los diagnósticos y tratamientos de las enfermedades y ha creado una constelación de nuevos procedimientos, nuevas técnicas, nuevos medicamentos, tecnologías, etc. que han mejorado sin cesar los pronósticos, en términos de morbilidad y mortalidad de prácticamente todas las enfermedades, por graves que sean. Y, ¡oh, paradoja!, en una “patología” que no sólo es enormemente prevaleciente, sino que se desarrolla delante mismo de nuestras narices y en el propio corazón de las organizaciones que hacen posible aquellos avances como es la patología del “error”, no hemos logrado avances aparentes. ¿Por qué? Una respuesta obvia es la negación del problema. A nadie le gusta enfrentarse a sus propios errores. En nuestra vida diaria personal lo hacemos continuamente y en los ámbitos profesionales es un hecho universal que afecta obviamente a los médicos, como afecta a los periodistas (que nunca se equivo-

can, nunca se disculpan, y nunca rectifican) o a los jueces (que ni “se pueden” equivocarse, porque en todo caso ya les rectificará otro), a los profesores y maestros (¿de quién son los alumnos absentistas y los fracasos escolares?) a los ingenieros de caminos (que pueden dar la “culpa” a la meteorología cuando se les hunden los puentes) y en general a todos los colectivos. Pero, ni que así fuera, y aceptamos que sea un mecanismo psicológico de defensa básico y universal, no por ello es éticamente asumible que la medicina y los médicos no hayamos buscado la manera y no hayamos investigado los mecanismos para superar esta resistencia cultural.

Cuando decimos que el problema no mejora es preciso decirlo con un prudente relativismo. En primer lugar porque hay pocos datos y éstos, como he dicho, son poco consistentes y recientes, aunque los datos que hay son claros. Después porque esta afirmación parece antiintuitiva y no parece basada en el sentido común, porque al fin y al cabo nadie puede negar que los procedimientos diagnósticos, los tratamientos y las técnicas que los médicos aplican son cada vez más seguros, más controlados, más precisos y más eficaces. Nadie lo puede negar. La suma de las partes no puede ser contraria al conjunto del todo. No puede ser, parece, que si cada vez lo hacemos mejor, los resultados “globales” no mejoren. Paradoja aparente, porque no se afirma que los procedimientos no sean más seguros, sino que el conjunto de la atención no logra reducir los efectos adversos y los errores, que es un concepto diferente.

El ejemplo más claro y con más datos se da en la anestesia. En estudios del Reino Unido y Australia, se demuestra que la mortalidad de anestesia de hace veinte años, a principios de los ochenta, era de 1 muerto por cada 10.000 anestésias y en el 2000 había disminuido a 1 muerto por cada 300.000 anestésias⁵. Una mejora espectacular de reducción de 60 veces o de un 6.000 %. Este es precisamente un ejemplo efectivo del cual deberían extraerse quizá más conclusiones para enfocar la reforma de las bases conceptuales con las que enfrentamos el problema de los errores médicos. ¿Ha mejorado porque, o debido a que, los anestésistas recibieran más denuncias o pagaran menos indemnizaciones? Clara y rotundamente, no. Ha mejorado porque el problema estaba claramente identificado, y esto ha permitido enfocarlo en términos científicos y de sistema, con estudios sistemáticos de mejora de la seguridad de los anestésicos, de los instrumentos, de la sistemática monotorización, y por la convergencia de otros tipos de mejoras de las técnicas quirúrgicas, y de las de mantenimiento volémico y cardiocirculatorio. Ha mejorado porque el problema se ha podido identificar, evaluar y su ataque ha sido sistemático y cooperativo, y se han apli-

cado las metodologías y una actitud científica y profesional. Toda solución comienza por identificar y evaluar el problema sin huir de él, sin negarlo y sin convertirlo en tabú. La mortalidad anestésica en los ochenta no era un “error médico”, y nadie tenía que considerarse culpable porque hubiera aquella “alta mortalidad”. Al contrario, los anestésistas se sentían contentos y esperanzados cuando observaban todo lo que se había mejorado respecto a treinta años antes. En los cincuenta nadie podía asegurar ni que se sobreviviera a la anestesia. El magnífico avance de la seguridad anestésica no es obra de un individual sino un resultado colectivo, la consecuencia de cómo el optimismo científico y las metodologías sistemáticas nos han llevado donde estamos. Ahora parece que ya no nos encontramos en una zona clara sino en una más tenebrosa. El accidente anestésico ahora tiene una incidencia tan baja que, cuando sucede, se convierte en un “error”, un fracaso individual, a menudo una denuncia y un conflicto o castigo. Mala tierra para seguir sembrando las semillas del optimismo científico, el esfuerzo cooperativo y el aprendizaje. Mala perspectiva para la mejora.

¿Qué ha cambiado? Lo que ha cambiado, sobre todo, es la percepción social de la seguridad. Si el efecto adverso es tan poco frecuente, el resultado satisfactorio ha pasado a ser visto como un derecho, y el resultado insatisfactorio, como una negación del derecho y, por lo tanto, como una negligencia o error. El error médico es visto como error individual y como consecuencia de la falta de conocimientos individuales y poca formación, o desidia y poca atención del médico. Las encuestas son ilustrativas de esta actitud: la gran mayoría de la población todo lo que sabe de los errores médicos lo sabe porque ha oído contar anécdotas. Un 80 % conoce errores médicos: aproximadamente la mitad por casos de los periódicos, la radio y la televisión y la otra mitad por casos directos o de familiares y conocidos. Preguntados sobre cuál creen que es la causa, la gran mayoría ofrece respuestas de causas de tipo personal e individual del médico con más o menos énfasis en la culpa. En la mitad de los casos creen que es porque no se fijan y son negligentes y la otra mitad más bienpensante porque creen que los médicos tienen demasiado trabajo, están estresados u otros motivos parecidos. Aquí creo que existe un dato relevante: la percepción social es que el error es una responsabilidad, o tiene un origen, individual.

Percepción social del error

¿Cómo se hace operativa la solución del problema que opone una percepción social del error de origen individual a la realidad que los procesos de

mejora son y han sido consecuencia sobre todo de los enfoques sistemáticos y colectivos sin dejar de aprovechar las intuiciones individuales?

Dentro de lo que entendemos por concepciones dominantes del concepto de error existe también otro concepto emergente en el lenguaje de la gestión, en la judicatura y en los media. Un erróneo concepto de error que dice que no hacer lo “óptimo” es equiparable al error por omisión. De entrada parece un concepto impecable, pero volvemos a olvidar que en medicina y en ciencia lo óptimo no es determinable de forma absoluta, ni sobre todos los individuos ni a lo largo del tiempo. Sobre los individuos porque el conocimiento generado en un ensayo clínico controlado y científicamente robusto excluye, deja de estudiar, una gran cantidad de individuos con patologías asociadas o características demográficas que en la clínica real existen e incluso a veces son muy prevalentes. El tratamiento hipotensor en ancianos con ictus, la insuficiencia cardíaca en diabéticos, etc. Así pues, las conclusiones “científicas” del ensayo clínico han de combinarse con otras prioridades que, al final, pueden hacer razonable tomar una decisión diferente a la “óptima”.

La consideración del factor tiempo es también muy importante, no sólo porque la diseminación del conocimiento científico a toda la comunidad médica no es simultánea ni automática y, por consiguiente, existe necesariamente un período de latencia entre conocimiento y praxis, sino aún más importante porque la “certeza” en ciencia es siempre revisable y, en consecuencia, temporal. ¿Cuántas veces ha sucedido que certezas que parecían bien establecidas han tenido que cambiarse radicalmente? El uso de los β -bloqueantes en la insuficiencia cardíaca era un “error” que en los exámenes de hace diez o quince años merecía una crítica severa y ahora, en cambio, se reconoce como un tratamiento que ha demostrado su eficacia en la disminución de la mortalidad y la morbilidad de esta enfermedad⁶ y, por lo tanto, es exigible. Pero no creo que sorprenda, o no debería sorprender, que hoy día sólo el 16% de una larga y bien estudiada serie inglesa lo recibiera⁷. Entonces tenemos que aceptar que al menos un 84% de los enfermos con una patología muy prevalente (3,2-7,9% de la población total) y fácil de diagnosticar recibe un tratamiento “erróneo”. Error universal, vaya. No obstante, en una concepción más razonable y sin connotaciones morales podría ser simplemente un dato que reflejara el crecimiento incesante y la rapidez de los cambios del conocimiento científico.

Desde un punto de vista conceptual creo que seguramente sería posible modelizar matemáticamente la imposibilidad de que, considerando la rapidez de generación de conocimientos, la inercia en su diseminación y la continua

amplificación del concepto de enfermedad o trastorno tratable/prevenible, un enfermo con multipatología (prácticamente todos) pueda recibir un tratamiento óptimo siempre. Desde un punto de vista más filosófico, “tratamiento óptimo” es casi el equivalente médico del concepto de “verdad” o “certeza” y es equiparable a un concepto de absoluto que es incompatible con la biología y la ciencia empírica. Incluso es sorprendente cómo se nos ha “colado” este concepto tan peligroso de que sólo lo absoluto –la certeza–, es aceptable, cuando a lo largo de toda la historia de la medicina y la ciencia nos hemos conformado con lograr “mejores evidencias” de efectividad y aplicabilidad del conocimiento científico, y siempre hemos dejado lo absoluto para los dogmas religiosos e ideológicos. ¿Es que, quizá, cuando, a caballo del siglo XX y XXI, la medicina se acerca a la sociedad, se hace incomprensible su dimensión científica y se convierte en ideología social?

Otros abordajes del error

En medicina nos encontramos en un cruce desconcertante que parece debatirse entre seguir las exigencias y percepciones sociales dominantes y, por otro lado, atender los principios científicos que hasta ahora han resultado efectivos. Quizá podamos aprender algo si miramos hacia fuera y vemos como otros ámbitos han abordado los problemas del riesgo y la mejora de la seguridad. Existe un cierto número de analistas que ha mirado hacia un sector concreto, el de la aviación, que tiene experiencias muy relevantes en los procesos de mejora de la seguridad. Un enfoque individualizado que los propios médicos también adoptamos cuando creemos y afirmamos que los “errores” disminuirán si los médicos “saben más”; es decir, que equiparamos error a déficit formativo, y aceptamos que la mejor formación universitaria, la Formación Médica Continuada o la evaluación de la competencia son las vías idóneas para resolver este problema. Damos por comprobado que el error es sólo consecuencia de la falta de conocimientos o habilidades personales. No es cierto. De ser así, los errores y denuncias no deberían afectar prácticamente nunca a los más preparados, a los médicos de los hospitales universitarios, a los jefes de servicio y a los líderes académicos y profesionales de las especialidades. La realidad, aunque por motivos obvios no podré presentar pruebas ni de aquí ni de estudios de fuera, les aseguro que es muy distinta. Quizá incluso la observación simple de la realidad parece que muestra exactamente lo contrario.

Si las denuncias son o fueran un índice (un marcador ni que fuera indirecto) de los errores, entonces deberíamos concluir que la competencia y peri-

cia individual no sólo no los prevé sino que los potencia. De hecho, creo que puedo afirmar que, hoy, cuando uno llega a ser jefe de servicio de los grandes hospitales públicos es cuando tiene más probabilidades de ser denunciado por error y negligencia. En Estados Unidos, donde las pólizas tienden a ser individuales, las cantidades que pagan los grandes médicos son mucho más elevadas que las de los “normales”. Otro mito, pues, que conviene revisar. El hecho, seguramente incontestable, de que un médico individualmente incapaz y poco formado cometería más errores que el bien formado si los dos realizaran la misma actividad, no se contradice con el hecho real de que, en realidad, realizan actividades y procedimientos diferentes, es decir, asumen riesgos de diferente orden y, lo que es más relevante, su actuación tiene lugar en organizaciones no asimilables. Los resultados que en términos positivos no son asimilables, tampoco lo son en términos de riesgo o error. Otra vez el factor relevante no es lo individual sino lo contextual y organizativo. Conforme a conceptos contextuales de riesgo la seguridad es también una “construcción social” y culturas diferentes aceptan riesgos diferentes y dan valores diferentes a una misma proporción de accidentes.

La percepción de lo que constituye riesgo y el propio valor que se da a la vida humana no es uniforme. Muchos creen que las sociedades tienen el número de accidentes (y muertos) que están dispuestos a aceptar antes de gastar los recursos para reducir el riesgo. Esta no es una reflexión moral/amoral sino que subraya el componente básicamente cultural de la percepción del riesgo. Deseamos creer que la seguridad reside en la puesta en marcha de estructuras formales de control, de protocolos y normas, pero fundamentalmente reside en las actitudes. Aunque parezca obvio, olvidan que los protocolos y las normas funcionan mal si se oponen a las creencias y los valores compartidos de los grupos que las han de aplicar y que cambian entre culturas y a lo largo del tiempo. Riesgos y seguridades no son simplemente propiedades inherentes a los procesos, sino que son procesos subjetivos e implícitos de cuantificación, evaluación y aceptación de riesgo por parte de los grupos concretos que están en contacto con aquellos procesos.

Ahora bien, de forma nuclear, y paradójica al mismo tiempo, en las actitudes, valores y creencias de los profesionales, en lo que llamamos la cultura profesional, esto no está muy aceptado. Es prácticamente unánime la “creencia” de que la formación (entrenamiento), las soluciones tecnológicas, los protocolos y el comportamiento “profesional” son la solución a los problemas de seguridad.

Las normas, y la regulación en general, es siempre un compromiso que refleja o resulta de un equilibrio entre las necesidades del proveedor (de tecnología industrial o de servicios sanitarios) y las de los usuarios finales. Este compromiso puede ser aceptable o inaceptable según qué valores culturales tenga la sociedad que los evalúa.

Nos acercamos rápidamente a un mundo globalizado donde los valores culturales serán más y más homogéneos, donde los estándares, las normas y los procedimientos americanos, irán convirtiéndose en mundiales, pero esto no significa que valores culturales tan básicos como el valor de la vida o las reacciones humanas en momentos de emergencia vital sean homogéneas entre las poblaciones, ni ahora ni en mucho tiempo futuro. La inmigración influirá sensiblemente en un lado de la balanza de este compromiso, y esto puede comportar nuevas tensiones, pero a su vez puede hacer más explícito este compromiso y, por consiguiente, reforzar su operatividad, que es lo mismo que mejorar la adecuación entre expectativas sociales y resultados.

Una formulación muy popular del error es el de “las manzanas podridas”. Los errores no se deben a los médicos “buenos” (que son la mayoría), sino a una minoría negligente que puede contaminar el conjunto. Si estos individuos son apartados ya no habrá más errores. Esta formulación es también bastante compartida por muchos denunciantes, por la población encuestada (un 75 % cree que ésta sería la respuesta útil), por las aseguradoras que, con una política de bonus/malus, aplican de hecho castigos económicos sobre aquellos más denunciados, y por la legislación, tanto la civil como la penal, o la propia colegial que da un gran valor a los precedentes o antecedentes y a la reincidencia. Es posible que esta creencia sea acertada, yo también creo que existen médicos individuales con prácticas de riesgo, con actitudes inadecuadas y con carencias evidentes en sus conocimientos y habilidades que no deberían ejercer sin corregirlas. La función colegial básica debería ser esta y, de hecho, [los colegios] (algunos colegios, como el nuestro), lo intentamos ejercer a pesar de las competencias mínimas y blandas de que disponemos: en los últimos años, 28 colegiados han sido sancionados por esta vía y unos pocos más han sido inhabilitados por los juzgados por actos individuales graves de negligencia.

Pero ni que esta formulación autorreguladora y disciplinaria pudiera ser practicada con más eficacia, algo que el colegio desea y queremos intentarlo en el curso del próximo cambio de estatutos, esto afectará sólo a un limitado número de colegiados que, si bien puede ser efectivo para éstos, ni la magnitud del problema ni los factores más relevantes cambiarán mucho por esta modificación.

Creo haber dejado claro que la respuesta a la pregunta de si el enfoque del sistema actual del problema del error (un sistema basado en la determinación de la culpa individual, de la indemnización económica y a los conceptos emergentes de la apelación a la mejora a través de la mejor formación del médico individual, y al control de las práxis a través del protocolo) es o no un enfoque efectivo, ha de ser un no rotundo. Bajo estos paradigmas no hemos sido capaces de detectar y evaluar el problema, que parece mucho mayor que la intensidad de la atención que se le dedica y queda oculto bajo un puñado de creencias y percepciones que, aun y siendo manifiestamente falsas o parciales, reciben el apoyo matizado pero concertado de los médicos, de las organizaciones educadoras y asistenciales y vienen impulsadas por unas percepciones sociales dominantes que operan a todos los niveles de la organización social desde la consideración legal, judicial, mediática, corporativa y económica del problema.

Tal vez haya llegado el momento en que, ya que parece demostrado que este sistema no ha dado resultado y que está basado en presupuestos falsos, todos estuviéramos dispuestos a cambiar de enfoque: a aceptar que el error es humano y seguramente inevitable y según las ciencias cognitivas demuestran, no correlaciona muy bien con el conocimiento. A pesar de ello, de esta inevitabilidad o debido precisamente a esta inevitabilidad, lo que no deberíamos, no podemos, aceptar es que nuestros sistemas organizativos funcionen como si el error no existiera, se oculten de esta realidad, la sigan considerando un problema del individuo (agente) sobre un individuo (paciente) sin más responsabilidad organizativa que la censura y el castigo cuando el error es detectado.

Error y sistema

Incluso cuando el error es incidental, simple y atribuible claramente a alguien concreto, muy a menudo, quizá siempre, han intervenido una serie de factores múltiples que han convergido en un lugar y un momento para hacer que el error no fuera detectado ya sea en el momento de planificar la acción o en el lugar de su ejecución. Culpar a alguien no cambia los factores y es muy probable que el mismo error vuelva a suceder, quizá no por el mismo agente pero sí por otro. Prevenir los errores y mejorar la seguridad de los pacientes requiere modificar las condiciones que contribuyen al error.

En una medicina organizada y compleja como la que tenemos, en que todo o casi todo requiere trabajar en equipo, es sorprendente que los errores sigan

siendo primordialmente individuales. El problema no son las malas personas (los malos médicos), el problema es que necesitamos aplicar un sistema de provisión de atención médica más seguro. Si un error ha ocurrido en la realidad es porque potencialmente podría haber ocurrido, es porque durante múltiples y repetidas ocasiones anteriores otro podría haber evitado aquel error. Detectar, marcar y, si puede ser, prevenir los errores latentes es la forma más eficaz de avanzar en su superación.

Ni el médico puede creer que la culpa sea siempre de los demás o “del sistema”, ni puede olvidar que los fracasos raramente son atribuibles a un solo individuo, sino que más a menudo son un síntoma de toda una organización con dificultades. Estamos, pues, ante una situación muy alejada de la situación razonable y racional. El sistema de culpabilización y sanción individual de los últimos quince a veinte años, añadido al tabú universal de la dificultad de mirar a la cara los propios fracasos, nos ha llevado a que ni tengamos una evaluación fidedigna de los errores y accidentes reales y activos, ni tengamos ningún sistema (o sintamos la necesidad) de detectar y analizar los errores latentes en el interior de unos sistemas sanitarios que se hacen más complejos a un ritmo acelerado y, en nuestro caso, se fraccionan las responsabilidades y experiencias a extremos inconcebibles, con el riesgo de convertir la sanidad en un erróneo laberinto burocrático.

Pues, bien, ¿qué deberíamos cambiar? Porque erróneamente se podría concluir de mi exposición que lo que hace falta es poner en marcha de forma inmediata y en paralelo a los sistemas actuales un sistema de control de los procesos médicos, una especie de inspección continuada, quizá a cargo de nuevos departamentos de calidad de los hospitales para un mejor control de los riesgos de los pacientes. Si hasta ahora se ha olvidado este aspecto, lo que es necesario es ponerlos en evidencia y controlar mejor las praxis, sin que sea preciso tocar ningún otro elemento estructural ni cultural de los que actualmente existen. Pero esta “solución” tecnocrática y administrativa olvida lo que es fundamental: el porqué estamos así. ¿Por qué la información subyacente que hay en el sistema complejo y en los procedimientos especializados no se ha hecho efectiva? La información sobre las causa y circunstancias del error no están totalmente en las manos de nadie en concreto sino que es una información distribuida entre los participantes múltiples. Quienes pueden hacerla efectiva son sólo los agentes que realizan esta actividad, los que ejecutan procedimientos concretos y que intervienen en los procesos deficientes y que, por consiguiente, son tenidos por responsables si algo no funciona y deberán responder por

estas deficiencias. Aunque no hubiera castigo formal si no se les libera del concepto de fracaso individual difícilmente participarán en construir lo que debería ser el elemento fundacional del nuevo modelo: un sistema de reportar voluntaria y activamente los errores y accidentes activos o latentes experimentados en el curso de la actividad diaria, sin que por este motivo nadie (ni el reportador ni nadie a su lado) pueda ser inculpado ni moral ni formalmente.

En Estados Unidos el Institut of Medicine se plantea desde el año pasado el proyecto de implementar un sistema como este⁸, una serie de sistemas y *error reporting systems* inicialmente previstos por los hospitales para que obligatoriamente den información estandarizada y capaz de ser analizada de una manera seriada y agregada sobre accidentes y errores. Han presupuestado recursos económicos para poner en marcha los dispositivos y para formar a los que los han de gestionar.

Sin embargo, la obligatoriedad de los hospitales debe hacerse compatible con la voluntariedad de reportar y la necesidad de estimular su participación. Este sistema procede de los reportes de la aviación (*Aviation Safety Reporting System*) y pretende mantener las características de voluntariedad y confidencialidad de éste. El ASRS recoge incidentes que alguien cree que han afectado o podrían afectar la seguridad de los vuelos y sirve para tomar medidas de cambio en los procedimientos. Dos notas: primero, confidencialidad no significa anonimato (las denuncias anónimas no se aceptan) y segunda y básica: el organismo encargado de gestionar el ASRS no es la autoridad, el organismo regulador. El ASRS publica de forma regular alertas y recomendaciones que van directamente a los agentes activos, en este caso a la industria aeronáutica mayoritariamente, aunque obviamente son conocidos por la autoridad reguladora. El ASRS mantiene bases de datos sobre incidentes, identifica circunstancias y patrones de incidencias, envía alertas, se entrevista con los reportadores y publica un boletín. Pero no tiene poder sobre lo que hay que hacer, ni para penalizar o corregir directamente. Gracias a este sistema se reciben más de 30.000 incidentes al año y desde 1976 en que se puso en marcha, la seguridad de los vuelos ha dado un salto espectacular. Si lo consideramos en términos económicos, sólo cuesta 2 millones de dólares por año y en cambio ha sido útil para rediseñar los aviones, los sistemas de control del tránsito aéreo, los aeropuertos, la formación y el entrenamiento de los pilotos, y para reducir, en consecuencia, el nivel de error humano del sistema.

Existen sistemas de declaración voluntaria de errores o “casi-accidentes” a otras industrias y países⁹ de los que se pueden extraer experiencias tanto de su

efectividad como de los requerimientos necesarios para ser efectivos¹⁰. Inmunidad, confidencialidad (que haga que los datos no sean relacionables con institución, pacientes, tiempo, turno ni persona); que los informes sean vistos como procedentes de una fuente independiente, como análisis de los hechos realizados por expertos; con un *feed-back* rápido y claro hacia el informador y hacia las partes interesadas; facilidad de uso del sistema, y liderazgo y apoyo de los jefes.

En medicina, existe la tradición de estudiar las prácticas del pasado para comprender cómo podemos hacer las cosas de otro modo. Sin embargo, tanto las conferencias sobre morbilidad y mortalidad, los grupos de consenso, y los *peer-review* actuales seguramente adolecen de los mismos fallos: una falta de consideración de los factores humanos y la carencia en pensar en los sistemas más que en los casos individuales o agregados; un enfoque estrecho de la actuación individual hasta el punto de excluir al equipo contribuidor; sesgos en los puntos de vista con tendencia a buscar los errores individuales como oposición a la multitud de causas de inducción al error, y falta de integración multidisciplinaria en una organización amplia de la cultura de la seguridad. Los paradigmas de la medicina gestionada con guías, protocolos y límites a la autonomía del profesional no son una garantía contra el error sino por el contrario parecen empezar a actuar como una nueva fuente de opacidad y represión en los procesos informativos profundos que minan la confianza entre el grupo. La implementación de protocolos autoritarios y tecnocráticos corren el riesgo de convertirse en el cuarto elemento contra el cambio hacia una mayor seguridad al lado de los tres ya comentados: la creencia en la invulnerabilidad del médico “bueno y competente”, la culpabilización individual, y la focalización sobre el error activo con olvido del error latente.

En conclusión creo que sólo un abordaje sistemático, desculpabilizador, basado en el optimismo científico, y en la confianza social nos pueden ayudar a dibujar primero y desbrozar después el camino, el largo camino, que acabamos de entreveer para avanzar hacia una medicina más segura. Por favor, olviden el título de mi conferencia. Por favor empecemos a considerar y a hablar de la seguridad y dejemos de hablar del error porque seguramente hemos de resignarnos a comprender que no podremos evitar los errores pero seguro, seguro, que necesitamos y podemos construir unos sistemas sanitarios más seguros, (si los errores y sus fantasmas no nos lo impiden). Gracias.

Bibliografía

1. Brennan TA, Leape LL, Laird NM, et al. Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: Results of the Harvard Medical Practice Study I. *N Engl J Med* 324:370-376, 1991.
2. Thomas EJ, Studdert DM, Burstin HR, et al. Incidence and type of adverse events and negligent care in Utah and Colorado. *Med Care* 2000.
3. McDonald CJ, Weiner M, Hui Sui L. Deaths due to medical errors are exaggerated in Institute of Medicine Report. *JAMA* 284:93-95; 2000.
4. Hayward RA, Hofer TP, Estimating hospital deaths due to medical errors: preventability is in the eye of the reviewer. *JAMA* 286:415-420; 2001.
5. Cohen MM, Duncan PG, Pope WDG, et al. A survey of 112,000 anesthetics at One teaching Hospital. *Can Anaesth. Soc J.* 33:22-31; 1986.
6. The treatment of Heart failure Europ. Soc. Cardiol. *Task Force Eur. Heart J.* 1997, 18:736-53.
7. *Lancet* agosto 2001, 358:432.
8. Institute of Medicine. *To err is human; building a safety health system.* Washington, DC; National Academy Press, 1999.
9. Barach P, Small SD, Kaplan H. Reporting and preventing medical mishaps; lessons from non-medical near miss reporting systems *BMJ.* 320: 759-763, 2000.
10. Billings CE. Some hopes and concerns regarding medical event reporting systems; lessons from the NASA aviation safety reporting system (ASRS). *ArchPathol Lab Med* 1998; 121:214-215.

LA GESTIÓN DE LOS ERRORES MÉDICOS

Dr. Ricardo de Lorenzo

LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PÓLIZAS DE ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS Y LA RESOLUCIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS ANTE LAS DIFERENTES JURISDICCIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Frente a la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios que discurre, inexorablemente, por los cauces de la culpa o negligencia de los mismos y cuyo enjuiciamiento está atribuido a Orden Civil de la Jurisdicción, la reforma del artículo 9.4 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial y la promulgación de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, han atribuido el conocimiento de todas las cuestiones relativas a la responsabilidad del personal dependiente de las Administraciones Públicas Sanitarias a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A partir de la entrada en vigor de dichas normas se ha ido abriendo camino en nuestro país un sistema distinto del de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios: **la responsabilidad objetiva, habiendo sido consagrada la misma por la ley para una serie de actividades especialmente frecuentes y generadoras de ciertos riesgos, como sucede hoy en día con el tráfico motorizado y, en el ámbito sanitario, con la responsabilidad de los fabricantes de fármacos** (Ley de Productos Defectuosos y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) **y de las Administraciones Públicas Sanitarias** (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Las características de la actividad médica y el contexto social abonan la idea de que la vía objetiva de concreción de la responsabilidad es trasladable al ejercicio de esta profesión. Recientemente se puede apreciar que la doctrina jurisprudencial de las Salas Primera, Tercera y Cuarta el Tribunal Supremo, elaborada al resolver reclamaciones de daños y perjuicios por los daños ocasionados por los profesionales sanitarios en el tratamiento de los pacientes, ha ido decantándose cada vez más por la aplicación de los criterios objetivos de responsabilidad.

Este nuevo sesgo en el tratamiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios produce, inevitablemente, la consecuencia del replanteamiento de la cuestión de la responsabilidad civil del médico, dada la incuestionable

importancia social de su actividad y de las consecuencias no deseadas que de ella se pueden derivar, a la vista de las siguientes observaciones:

1. **La Ciencia Médica, en nuestros días, ha ido adquiriendo un elevado grado de desarrollo, utilizando recursos técnicos y científicos cada vez más complejos y sofisticados.**
2. **Ello ha generado una práctica médica más eficaz, pero simultáneamente más agresiva y con mayor incidencia de riesgo para el paciente.**
3. **El aumento de los riesgos a consecuencia de la diagnosis y tratamientos médicos ha generado intranquilidad y temor en los profesionales sanitarios al reflexionar sobre las consecuencias jurídicas y patrimoniales que pueden comprometer su diario desenvolvimiento profesional.**
4. **Por otra parte, y de forma paralela, el paciente, cada vez más informado y haciendo uso del ámbito de autonomía de voluntad que le confiere el ordenamiento jurídico, plantea un mayor número de reclamaciones de daños y perjuicios.**
5. **Por último, el enfermo queda expuesto, a consecuencia de los tratamientos médicos, a disminuciones funcionales, o a incapacidades, en lo que eran sus actividades habituales, generadas por el acto médico o tratamiento médico antes que por el proceso patológico mismo, y sus secuelas inevitables, que no siempre son susceptibles de cobertura o compensación patrimonial o que, cuando existe esta, es insuficiente.**

Estas reflexiones, planteadas por los profesionales sanitarios y sus representantes colegiales y sindicales en diversos foros, dieron lugar al acuerdo – primitivamente en el ámbito de gestión del INSALUD y posteriormente extendido al ámbito de actuación de los demás Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas – sobre contratación, con cargo al presupuesto de las Administraciones Públicas Sanitarias, de un seguro de responsabilidad (originariamente civil y penal y posteriormente patrimonial) que cubriera los riesgos derivados del ejercicio de las funciones sanitarias.

La suscripción de estos seguros que dan cobertura a los riesgos que implica el ejercicio de estas profesiones ha redundado, en primer lugar, en **un beneficio para los profesionales sanitarios**, al poder trasladar así la carga patrimonial derivada de su responsabilidad; **ello no ha implicado el peligro de cierta relajación en su actividad** – que, por lo demás suele ser valorada por la Com-

pañía Aseguradora a través de las causas de exclusión del aseguramiento - , **además de por circunstancias relativas a la ética y deontología médicas a causa de que, al estar siempre abierta la posibilidad de la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios, siendo la misma estrictamente personal, es intransferible;** además, y en un segundo plano, **supone evidentes ventajas para el paciente,** que no tiene que verse obligado a sufrir los perjuicios ocasionados por la diagnosis o tratamiento sin recibir la compensación económica adecuada al daño.

Por otra parte, la existencia de este tipo de seguros ha permitido al legislador y a los órganos judiciales ampliar el campo de la responsabilidad civil, introduciendo elementos objetivos de responsabilidad, sobre todos los basados en la idea del riesgo que comporta la actividad médica.

Ya se ha mencionado que la constitución de los seguros de responsabilidad fue fruto de un acuerdo entre las Administraciones Sanitarias y los representantes colegiales y sindicales de los profesionales sanitarios, y también que la prima del seguro es abonada íntegramente con cargo a los presupuestos de dichas Administraciones Públicas.

Sin embargo, circunstancias que han tenido lugar recientemente producirán una influencia decisiva en el tema del aseguramiento de los profesionales sanitarios.

En efecto, en primer lugar, el aseguramiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios se halla afectado por la influencia en las compañías aseguradoras, de los acontecimientos que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001. Ello producirá, sin duda, consecuencias tales **como el recurso generalizado al reaseguro, la concentración de riesgos mediante la emisión de pólizas en régimen de coaseguro, el abandono del aseguramiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios o incluso, por qué no decirlo, la hipótesis – temporal o permanente – sobre el hecho de que las Compañías Aseguradoras de la responsabilidad de los profesionales sanitarios decidieran rehusar el aseguramiento de la responsabilidad objetiva.**

En segundo término, al haberse transferido las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas, cuando se extinga la póliza vigente, suscrita con ZURICH S. A. en la que se han subrogado las Comunidades Autónomas en las que – en el momento de suscribirse la póliza – la asistencia sanitaria se hallaba gestionada por dicha Entidad Gestora, cada uno de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas tendrá que contratar, de forma

individual y no colectivamente (para varias Comunidades Autónomas como sucedió en el caso del INSALUD) su propia póliza de aseguramiento lo que, indudablemente, supondrá un incremento respecto a la porción de la prima que satisfacen en la actualidad a la Compañía Aseguradora.

En última instancia, las circunstancias anteriores influirán en la cuestión de quién tiene que soportar la carga económica del seguro, sin que deban descartarse cambios respecto a la situación actual, como que cada Servicio de Salud la asuma parcialmente – y no totalmente como sucede en la actualidad – y los propios asegurados, bien personalmente, o ya a través de los Colegios Profesionales correspondientes, tuvieran que soportar la parte de prima no cubierta por la Administración.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO CONCERTADOS POR EL INSALUD

El problema planteado por el aumento de las reclamaciones judiciales al personal sanitario y el aumento apreciable de las mismas desde la década de los ochenta, produjo que, por razones de diversa índole, prácticamente todas las Administraciones con competencias en materia sanitaria, tanto las estatales como las autonómicas, hayan procedido a suscribir seguros de responsabilidad para asegurar las indemnizaciones que pudieran exigirse a sus empleados o personal dependiente.

Es significativo, además, el hecho de que, cuando la prestación de la actividad asistencial no se lleva a cabo directamente por la propia Administración sino que se utilizan fórmulas de gestión indirecta – conciertos o convenios con entidades privadas – por la propia Administración – en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por los que se rigen los conciertos – exija que el centro sanitario que aspira a suscribir el concierto tenga suscrito un seguro de responsabilidad propio.

Son diversas las causas que contribuyeron al auge del aseguramiento, desde la implantación de un régimen democrático hasta la creciente concienciación ciudadana sobre el ejercicio de sus derechos, pasando por las posibilidades de actuar reclamaciones por daños ante las cuatro jurisdicciones clásicas (civil, penal, contencioso administrativa y social), o la progresiva implantación en nuestro país de un sistema de “autonomía de la voluntad del paciente” de corte anglosajón, abandonando el sistema basado en la “medicina – beneficencia” que imperaba hasta entonces en nuestro país.

Sin embargo, quizá la causa principal del aumento de reclamaciones por daños hay que buscarla en la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la inclusión en la misma – por expresa recomendación del Defensor del Pueblo – del artículo 10, regulador de los derechos de los pacientes.

Ante esta perspectiva, ya en el año 1.987, se organizan siendo anfitrión el INSALUD unas Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Penal de los Profesionales Sanitarios, que continuaron en el año 1.990 con otras sobre los Derechos de los Pacientes, al término de las cuales se elaboraron unas conclusiones que se pusieron en conocimiento de la Administración, destacando al respecto la Conclusión II. 6 en la que se incidía sobre **la necesidad de establecer un seguro de responsabilidad civil para el personal de las Instituciones Sanitarias dependientes de la Entidad Gestora.**

Esta conclusión obtuvo su respaldo legal en la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de agosto de 1.990 (BOE del 8 de septiembre), por la que se daba publicidad al pacto suscrito entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales CCOO y CSIF, figurando como uno de los acuerdos consensuados la decisión de la Administración de contratar un “seguro de responsabilidad profesional en el ámbito del INSALUD, previa la autorización legal y la disposición del crédito presupuestario correspondientes”.

En base a ello, la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1.990, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.991, estableció la posibilidad de concertar seguros para cubrir la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

Obsérvese que algo que, en el ámbito privado, es tan fácil, como el hecho de concertar un seguro, en el ámbito público necesitó de la promulgación de una norma con rango de ley.

Con esta decisión se alcanzaba un logro que era ya casi un clamor en la doctrina más especializada y en las organizaciones colegiales y sindicales del sector sanitario.

El seguro del INSALUD del bienio 1.991 - 1.992

La plasmación efectiva de la inicial idea aseguradora se produjo el 8 de marzo de 1.991, día en que, tras la tramitación de una contratación adminis-

trativa convocada al efecto, el INSALUD suscribió una póliza de aseguramiento con la Compañía Aseguradora “ La Unión y el Fénix Español, y cuadro de coaseguradoras, para los años 1.991 y 1.992.

Para regular su utilización se dictó la Circular del INSALUD 11/1.991, sobre Instrucciones para la gestión del seguro de responsabilidad suscrito por el INSALUD.

Al vencimiento del seguro el día 1 de enero de 1.993, y por causas, nunca bien aclaradas, se produjo un vacío de aseguramiento durante los años 1.993 y 1.994 en los que se careció de dicho instrumento.

Con efectos del 1 de enero de 1.995, y también tras la tramitación de la contratación administrativa correspondiente, se concertó con MAPFRE y el cuadro de coaseguradores que figuraba en la póliza, un nuevo contrato de seguro, que fue prorrogada sucesivamente hasta el 1 de marzo de 1.998, suscribiéndose un nuevo contrato de seguro con MAPFRE en dicha fecha, el cual se halló en vigor hasta el 1 de marzo de 2000, en que se suscribió el vigente contrato de seguro con ZURICH, S.A.

Condiciones más significativas de los seguros

El primitivo contrato aseguraba la *responsabilidad civil* del personal sanitario del INSALUD (más de 125.000 personas), y la subsidiaria, directa y/u objetiva del INSALUD.

El importe de la póliza fue de 225.000.000 de pesetas año y los límites económicos eran los siguientes: límite por víctima: 40.000.000 de pesetas, límite por siniestro: 80.000.000 de pesetas, y el límite por año 500.000.000 de pesetas, con una franquicia por daños materiales de 250.000 pesetas.

El seguro incluía las indemnizaciones por daños y gastos, la defensa jurídica, pago de fianzas, costas y gastos judiciales o extrajudiciales inherentes al siniestro, y gastos y defensa (Abogado y Procurador) derivadas de la asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica (ordinaria y de urgencia), prestada con medios propios o concertados, y las atenciones domiciliarias y traslado de enfermos.

El límite temporal de la póliza comprendía los daños causados por hechos ocurridos entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2002, y las recla-

maciones formuladas hasta un plazo máximo de doce meses después de concluido el contrato (esto es, hasta el 31 de diciembre de 1.993), por hechos ocurridos durante su vigencia, y cuyas consecuencias se evidencien en el plazo antes indicado, **siendo de notar la influencia de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la “claim made basis” en la redacción de esta cláusula.**

Las cifras económicas del año 1.991 quedaron totalmente desfasadas, como lo demuestra la referencia siguiente sobre el seguro suscrito con MAPFRE a primeros de marzo de 1.998, que son las siguientes: importe de la póliza 1.545.000.000 pesetas, límite por víctima: 60.000.000 pesetas, límite por siniestro: 120.000.000 pesetas y franquicia 500.000 pesetas.

A su vez, dicho cuadro macroeconómico quedó absolutamente desfasado a la vista de las cantidades que figuran en la póliza de aseguramiento actualmente en vigor para el ámbito territorial de gestión del INSALUD en fecha de 1 de marzo de 2000, suscrita con ZURICH, S.A, cuya vigencia es de tres años – pudiendo ser objeto de prórroga a partir del vencimiento de los tres años por mutuo acuerdo de las partes y sin que la duración total del mismo incluidas las prórrogas pueda exceder de seis años, que son las siguientes: importe total de la prima por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2000 y el 28 de febrero de 2003: 9.260.903.167 pesetas, límite por responsabilidad civil profesional/patrimonial: 140.000.000 de pesetas por siniestro, límite por responsabilidad civil de explotación/patrimonial: 1.600.000.000 de pesetas por siniestro, límite por responsabilidad civil patronal o por accidente de trabajo 1.600.000.000 de pesetas por siniestro, para todas las coberturas del contrato un sublímite por víctima o lesionado de 66.000.000 de pesetas y un límite agregado durante toda la vigencia del contrato de 12.000.000.000 de pesetas entendiéndose garantizados los gastos y la imposición de las fianzas dentro de los límites anteriormente indicados y, por último, la franquicia asciende a 500.000 pesetas.

Del estudio conjunto de las tres pólizas citadas se alcanzan las siguientes conclusiones:

- a) **Aumento notabilísimo de la prima cada vez que se ha suscrito una nueva póliza de aseguramiento, a pesar del hecho de que los riesgos asegurados en cada una de las tres pólizas eran semejantes sin que se haya producido un aumento significativo del volumen de personas aseguradas.**

- b) El seguro nació como una necesidad sentida y expresada por parte de los profesionales sanitarios, pero de su análisis parece deducirse que el número de reclamaciones totales, por cada una de las pólizas, es inferior al que podría esperarse, tanto en número de reclamaciones como en las cuantías reclamadas.
- c) Para cada una de las pólizas de aseguramiento, el primer año de vigencia de las mismas, la comunicación de reclamaciones fue escasa, posiblemente debido al necesario período de adaptación de este nuevo instrumento para la Administración Sanitaria, y el hecho comprobado de que las lesiones o secuelas por los actos médicos se manifiestan algún tiempo después de realizado el mismo.
- d) Atendiendo a las causas del daño, parece claro que son las áreas donde suele fallecer con más frecuencia el paciente (urgencias), o donde la lesión es más evidente (cirugía, ginecología o traumatología) y en las mismas se centran las reclamaciones, hallándose esta circunstancia en sintonía con lo que ocurre en el resto del mundo occidental.
- e) En cuanto a las indemnizaciones económicas ha de destacarse que son las lesiones en la médula (tetraplejias...) las que generan mayores indemnizaciones, aunque precedidas por las lesiones anestésicas con resultado de coma o lesiones neurológicas definitivas que son las que aseguran indemnizaciones más altas.
- f) El seguro, a la par que ha favorecido el clima de trabajo de los profesionales sanitarios, ha sido utilizado como sistema de evaluación de la calidad de la asistencia y como punto de estudio de las diferentes formas, que para la gestión de los riesgos sanitarios, han de utilizarse en el futuro.
- g) También ha sido destacable el gran número de casos que se han solucionado transaccionalmente, sin necesidad de intervención judicial, así como la rapidez en el cobro indemnizatorio si existe acuerdo (con el ahorro correspondiente en intereses de demora y gastos y costas judiciales) y el beneficio que supone para todo sistema sanitario el hecho de que la tranquilidad de los profesionales supone con respecto al abandono de prácticas basadas en la “medicina defensiva”.

3. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Si el particular tiene derecho a ser indemnizado por la Administración en los supuestos en que esta es responsable, con arreglo al procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial, es claro que si el perjudicado es una Compañía de Seguros, esta está legitimada –como cualquier particular– para instar su pretensión indemnizatoria frente a la Administración causante de la lesión a través del citado procedimiento administrativo de responsabilidad.

Igualmente, no ha de haber ningún obstáculo jurídico para que si el perjudicado tiene contratado un seguro de daños y la compañía aseguradora le ha pagado la correspondiente indemnización, pueda ésta ejercer el mismo derecho del asegurado frente a la Administración y, por tanto, instar el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial pues, como declara el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, “el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieren al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”.

Sobre dicho supuesto de pretensión indemnizatoria de la Compañía de Seguros frente a la Administración, conviene aclarar lo siguiente:

- a) **La aseguradora dirige su pretensión en nombre e interés propios, a causa de la subrogación en el lugar del asegurado, producida por haberle pagado la indemnización contratada en el seguro de daños, de modo que, para instar el procedimiento, no necesita poder alguno del asegurado, al no actuar en representación de éste.**
- b) **Por tanto, fuera del caso en que la compañía sea la propia perjudicada, sólo es posible tal actuación en nombre e interés propios frente a la Administración responsable del daño cuando la compañía ha pagado la indemnización al asegurado, único supuesto en el que se subroga en sus derechos.**
- c) **La aseguradora ejercitará su pretensión frente a la Administración instando el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, en el que deberá acreditar la legitimación que le permite**

actuar en nombre e interés propios, es decir, el pago de una indemnización a una persona con la que tiene contratado un seguro de daños y que ha sufrido una lesión en sus bienes y derechos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

- d) La aseguradora sólo podrá obtener de la Administración como máximo la indemnización que a su vez hubiera pagado al asegurado, pues la subrogación en los derechos del asegurado solo se produce “hasta el límite de la indemnización”. Lo cual implica que si en el seguro de daños se hubiera previsto en concepto de franquicia una cantidad no indemnizable por la compañía, la legitimación para obtener la indemnización de la Administración por el importe de la franquicia corresponde al asegurado, de modo que o bien aseguradora y asegurado instan el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, por la indemnización pagada y por el importe de la franquicia, respectivamente, o bien lo hace sólo la aseguradora, actuando en nombre e interés propios y también en el del asegurado (en cuanto al importe de la franquicia), acreditando la representación otorgada por éste mediante el correspondiente poder.

De lo expuesto se desprende que en cualquier otro supuesto en que la pretensión indemnizatoria se dirija por una compañía de seguros frente a la Administración causante de una lesión, es decir, cuando la compañía no sea la propia perjudicada o no haya pagado ninguna indemnización a su asegurado, la compañía de seguros no está legitimada para instar el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, ya que sólo lo está el perjudicado, de modo que si la aseguradora quiere instar el procedimiento en nombre o interés de éste, como sucede con frecuencia, deberá acreditar la representación del asegurado, aportando el correspondiente poder, incluso en el caso en que tengan contratado un seguro de defensa jurídica, pues, por dicho seguro, el asegurador se obliga a hacerse cargo de los gastos del asegurado a consecuencia de su intervención en un procedimiento y a prestarle servicios de asistencia jurídica, lo que no incluye por sí mismo la representación del asegurado.

Conviene, pues, que las compañías aseguradoras tengan presentes tales advertencias, derivadas de la especial configuración de la responsabilidad de la Administración, siempre administrativa, cualquier que sea la relación jurídica, pública o privada, en la que se produzca, evitando actuar del modo práctico con que suelen hacerlo cuando dirigen sus reclamaciones contra otras asegu-

radoras o los particulares, pues al dirimir sus pretensiones contra la Administración entran en el mundo del procedimiento administrativo, debiendo cumplir todos sus requisitos si quieren producir el efecto interruptivo de la prescripción. E, igualmente interesa a la Administración no olvidar que su responsabilidad se dirime en dicho procedimiento administrativo, de modo que, como en cualquier otro, si una persona (por ejemplo la aseguradora) actúa en representación de otra ha de acreditar su representación, siendo la falta de acreditación un defecto subsanable y debiendo concederle la Administración un plazo de diez días para subsanar el defecto so pena de tenerla por desistida de no hacerlo así; y si la Administración, no obstante la falta de acreditación de la representación, entra en el fondo del asunto y resuelve el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, no puede después en el recurso contencioso administrativo negar la existencia de tal requisito, que antes ya ha admitido tácitamente, ni sostener con éxito la no interrupción de la prescripción.

Pretensiones indemnizatorias de la Administración responsable y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial

La cuestión es, desde luego, más complicada cuando el perjudicado, o su compañía aseguradora, dirigen la pretensión indemnizatoria frente a la Administración responsable y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial, como sucede en el caso del seguro del INSALUD.

De entrada, hay que reiterar que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad directa y objetiva, distinta de la civil, sometiéndose a un diferente régimen jurídico y exigiéndose a través de un procedimiento distinto, pudiendo hablarse tan sólo de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria, o del personal a su servicio, en relación a la subsidiaria o directa derivada de una infracción penal.

Por ello, fuera de ese contexto penal, no existe la responsabilidad civil de la Administración, sino la llamada responsabilidad patrimonial, razón por la cual **no puede existir el seguro de responsabilidad civil de la Administración, sino el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Sucede, sin embargo, que no existe norma alguna que regule específicamente el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración como una de las modalidades del seguro de daños, razón por la cual se consideran aplicables, a menudo, las normas sobre el seguro de responsabilidad civil, con-

tenidas en los artículos 73 a 76 de la Ley del Contrato de Seguro, e incluso se remiten a ellas muchos contratos de seguros efectuados por la Administración.

En rigor, tratándose de un seguro distinto, no le son aplicables tales normas ni, por su naturaleza, podrían serle aplicables.

El artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, por ejemplo, al definir el seguro de responsabilidad civil como aquél por el que el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho, no incluye el riesgo de nacimiento a cargo de la Administración de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos de cuyas consecuencias es administrativamente responsable.

El artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro prevé que el asegurador asuma la dirección jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado, lo que no es posible en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que, como dice el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su representación y defensa corresponde a los Abogados integrados en los Servicios Jurídicos de la Administración (Abogados del Estado, Letrados de la Seguridad Social, Abogados de la Generalitat Catalana...).

El artículo 75 de la, tan repetida Ley del Contrato de Seguro, prevé la existencia, en ciertos casos, del seguro de responsabilidad civil obligatorio, lo que no existe en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cosa lógica, en principio, ante la finalidad pretendida de otorgar la máxima garantía a los profesionales sanitarios mediante el establecimiento de la responsabilidad directa de la Administración.

Y el artículo 76 de la citada Ley atribuye al perjudicado acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el asegurado en caso de daño causado por la conducta dolosa de éste, precepto que sólo tiene sentido en el campo de la responsabilidad civil, cuando se trata de otorgar al perjudicado una garantía adicional permitiéndole cobrar directamente del asegurador al que se impone la carga de repetir del asegurado, pero no en el de la responsabilidad patrimonial, objetiva y exigible directamente de la Administración, en el que ya tiene el perjudicado, en teoría, la máxima garantía.

No existe, pues, la llamada “acción directa”, entendida como acción civil, contra la compañía aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ni es aplicable el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, ni tiene sentido su aplicación. Se advierte esto con mayor claridad si se observa la disfuncionalidad que se produciría de admitir la posibilidad de demandar en vía civil contra la aseguradora de la Administración o de su personal sin existir acción civil contra dicha Administración o el citado personal, máxime cuando ya no existe la posibilidad de utilizar el criterio de la “vis atractiva” del Orden Jurisdiccional Civil, argumento este tradicionalmente empleado para justificar la interposición de demandas conjuntas contra la Administración y otros responsables solidarios, como acontece en el caso de la compañía aseguradora, ni siquiera para demandar conjuntamente a la Administración y a su aseguradora, y se ha pretendido la unificación de todas las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo, incluso cuando concurren como corresponsables potenciales sujetos privados.

Tampoco tiene sentido la interposición de la acción civil directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración, si se tiene en cuenta que ésta ha de ser declarada por la propia Administración a través del procedimiento administrativo correspondiente, razón por la cual, aún en el caso de admitirse dicha acción civil, nunca podría prosperar de no haberse declarado previamente en vía administrativa, o contencioso administrativa, la citada responsabilidad patrimonial.

A mayor abundamiento, el contrato de seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria no es un contrato privado, ni se regula, pues, por normas de derecho privado, como la Ley del Contrato de Seguro, sino como un contrato administrativo, recogido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, razón por la cual, además, la Administración Sanitaria tiene potestades sobre interpretación del contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, suspender su ejecución y acordar su resolución y efectos, siendo el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo también el competente para resolver las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos del mismo.

En conclusión, el contrato de seguro de responsabilidad patrimonial del INSALUD (y tras la transferencia de las funciones de éste, de los Servicios de

Salud de las Comunidades Autónomas) es un contrato administrativo que no se rige por la Ley del Contrato del Seguro.

Por ello, si no puede ejercitarse la acción civil directa contra la compañía aseguradora, ni tampoco demandarse conjuntamente en vía civil a la compañía y a la Administración, habrá que concluir también que las pretensiones indemnizatorias deducidas contra la Administración y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial se habrán de ventilar en vía administrativa. En otras palabras, que la compañía tiene la condición de interesado en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración, afectándole directamente la resolución que en el mismo se dicte, la cual es ejecutiva, sin perjuicio de su suspensión, y podrá ser recurrida por todos los interesados – y también por tanto por la compañía aseguradora – en sede contencioso administrativa.

Ha existido tradicionalmente rechazo a admitir la condición de interesado a la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, seguramente debido a la difícil conciliación de los rígidos conceptos civiles con la singularidad de la responsabilidad administrativa, objetiva y directa. No parece, sin embargo, que la intención del legislador haya sido la de dificultar la calificación de las compañías de seguros como interesados en el procedimiento administrativo, pues tanto la Ley Orgánica 6/1.998, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley 29/1.998, de 13 de julio, han querido unificar totalmente las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial en el Orden Contencioso Administrativo, incluso en concurrencia con sujetos privados, evitando la dispersión de acciones y garantizando la uniformidad jurisprudencial, en expresión de la Exposición de Motivos de la última de las leyes citada.

La referencia a los sujetos privados muestra hasta qué punto el legislador ha querido que su responsabilidad concurrente con la de la Administración se declare en última instancia en vía contencioso administrativa, para lo cual es preciso que, previamente, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, hayan intervenido en su condición de interesados.

Ciertamente, ni las leyes citadas anteriormente, ni la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, al regular la responsabilidad patrimonial de la Administración atribuyen expresamente a la compañía aseguradora la condición de interesado. Pero la razón de dicha atribución es la misma que la de los sujetos privados concurrentes y, además, tiene la citada compañía no ya sólo un interés legiti-

mo, sino un interés directo en cuanto en virtud de la cobertura del seguro y de la declaración administrativa de responsabilidad se verá obligada a indemnizar al perjudicado.

Por tanto, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración, que podrá iniciarse de oficio o a instancia del perjudicado, tendrán también la condición de interesados el contratista, los sujetos responsables concurrentes – incluidas otras Administraciones Públicas en el caso de la responsabilidad solidaria –, las autoridades y el personal al servicio de la Administración Sanitaria que tramite el procedimiento en cuanto que ésta pueda considerar que han incurrido en dolo, culpa o negligencia grave, y las compañías aseguradoras de todos ellos – incluida la aseguradora de la propia Administración responsable del siniestro en cuanto el mismo pueda ser objeto de cobertura y pueda la compañía verse obligada a pagar la indemnización – de modo que cuando la Administración considera que el siniestro no queda cubierto por el seguro, o existe una franquicia a cargo de la Administración y el importe de la indemnización a pagar es menor, no es preciso reconocer a la compañía aseguradora de la Administración la condición de interesado por no ostentar en dicho procedimiento administrativo ningún interés legítimo.

Aunque la finalidad principal del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial es que la Administración se declare responsable o deniegue tal responsabilidad, nada impide que la resolución se pronuncie, además, sobre la posible responsabilidad de los sujetos mencionados en el párrafo anterior. Al contrario, el artículo 89.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre advierte que “la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”. Puede, pues, decidir la resolución que ponga término al procedimiento, previa audiencia de la compañía aseguradora, sobre si el siniestro es objeto de cobertura y, en caso afirmativo, declarar la responsabilidad de la Administración y la de la compañía en virtud del contrato administrativo de seguro que le une a ella.

Por otra parte, la intervención de la compañía aseguradora de la Administración como interesada en el procedimiento administrativo es lo más conveniente para el perjudicado, la propia Administración Sanitaria y la compañía aseguradora. Para el paciente, pues en caso de obtener una resolución favorable podrá instar su ejecución tanto frente a la Administración como frente a la compañía aseguradora. Para la Administración Sanitaria, pues solventará en

un único procedimiento administrativo tanto su propia responsabilidad patrimonial como la cobertura del siniestro por el contrato de seguro sin necesidad de un segundo procedimiento administrativo destinado a establecer sus efectos. Para la compañía aseguradora, pues podrá aportar su experiencia práctica al juicio administrativo evitando así una declaración que podría perjudicarle sin habersele dado la oportunidad de ser oída, y, en caso de disconformidad, podrá recurrirla ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la que, no obstante, habrá de pedir la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada si quiere evitar frente a sí misma la ejecución de aquella.

En virtud de lo expuesto, pueden darse variadas situaciones en el tema que venimos desarrollando, siendo las más frecuentes las siguientes:

- 1. La Administración resuelve el procedimiento administrativo declarándose responsable, sin haber dado audiencia a la compañía aseguradora, en cuyo caso la resolución, siendo declarativa de derechos, sólo es revisable en perjuicio del perjudicado con arreglo a los estrictos procedimientos de los artículos 102 y 103 (revisión de actos nulos y revisión de actos anulables) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la Administración deberá indemnizar al perjudicado, sin perjuicio de exigir a la aseguradora la cuantía de la indemnización mediante un segundo procedimiento administrativo amparado en las potestades de la Administración sobre el contrato administrativo de seguro. Si tras dicho segundo procedimiento o el correspondiente recurso contencioso administrativo, resulta que el siniestro no queda cubierto por la póliza, la Administración no se habrá resarcido de la compañía ni, por lo dicho, del particular.**
- 2. La Administración resuelve el procedimiento desestimando la pretensión del perjudicado, en cuyo caso éste puede interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución, siendo codemandada la compañía aseguradora. Si el paciente obtiene una sentencia favorable, podrá ejecutar dicha sentencia frente a la compañía aseguradora y la Administración, siempre y cuando, en el caso de la compañía aseguradora dicha sentencia haya declarado la cobertura del siniestro.**
- 3. La Administración resuelve el procedimiento estimando la pretensión, previa audiencia de la compañía aseguradora, que se muestra de acuerdo con la cobertura y la indemnización, en cuyo caso el perjudi-**

cado puede ejecutar la resolución respecto de la Administración y la compañía aseguradora. Lo normal es que pague la aseguradora inmediatamente, pero si lo hace la Administración, ésta, también en ejecución de la misma resolución, se resarcirá de la compañía.

4. La aseguradora paga al perjudicado sin haberse resuelto el procedimiento administrativo, en cuyo caso, habiéndose firmado la renuncia a toda otra reclamación contra la compañía y la Administración (como se hace habitualmente en la práctica), una y otra quedan liberadas frente al perjudicado, excepto casos excepcionales de agravación no prevista de los daños.
5. La Administración resuelve el procedimiento estimando la pretensión, previa audiencia de la compañía aseguradora, que no está de acuerdo con la cobertura declarada por resolución o con la existencia de responsabilidad patrimonial, o con la cuantía indemnizatoria fijada, en cuyo caso la compañía puede interponer recurso contencioso administrativo, siendo codemandado de la Administración el perjudicado y debiendo obtener la aseguradora la suspensión de la ejecución si quiere evitar que, de momento, la resolución tenga frente a ella efectos ejecutivos, sin perjuicio de que sí los tenga frente a la Administración. Los efectos de la sentencia estimatoria que pueda dictarse dependerán del motivo de la estimación, pues si se produce por inexistencia de cobertura no provocará la devolución de lo cobrado por el paciente, sino sólo imposibilitará el resarcimiento de la Administración frente a la compañía, mientras que si se produce por falta de responsabilidad patrimonial o fija una indemnización menor determinará la devolución correspondiente a cargo del paciente y permitirá en este último caso el resarcimiento a favor de la Administración.

4. LOS DAÑOS ASEGURADOS Y LAS DIVERSAS JURISDICCIONES

Aún cuando desde la promulgación de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se han unificado en sede Contencioso Administrativa todos los procedimientos tendentes a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias, habida cuenta de la diversidad de vínculos jurídicos existentes en el sector de la medicina privada:

arrendamientos de servicio y de obra de carácter civil y contratos laborales (temporales o indefinidos), además del enjuiciamiento por la Jurisdicción Penal de aquellos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción penal, aconsejan determinar, siquiera sea someramente, los criterios que determinan los daños y de las indemnizaciones en los distintos Órdenes Jurisdiccionales, para ilustrar la complicada gestión de los distintos seguros de daños.

La reclamación de compensación por daños ocasionados por el empleador y los trabajadores en el ámbito de la relación laboral.

Una de las características más notorias del contrato laboral frente al civil es el mayor intervencionismo de una normativa estatal en relación con el primero de ellos. La existencia de un mínimo regulativo indisponible, de notable amplitud y detalle, muy superior al del propio Derecho Civil, constriñe los pactos posibles entre empleador y empleado.

La razón de la limitación en el ámbito contractual laboral del principio de libertad de pactos, tan querido para el Derecho Civil clásico, es la desigualdad socioeconómica que, generalmente, existe entre empleador y empleado. Tal diferencia limita la posibilidad de un contrato laboral que sea fruto, más que de la necesidad, de la voluntad. Nuestro legislador, siguiendo el mandato del artículo 2.2 de la Constitución Española, ha promulgado una serie de normas compensadoras de tal igualdad, que garantizan determinados derechos presumiblemente inexistentes, o muy raros, en la hipótesis de un Estado completamente liberal.

Como indicó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/1983, y ha repetido con reiteración, el Derecho del Trabajo “se constituye como un ordenamiento compensador e igualador, en orden a la corrección, al menos parcial, de las desigualdades fundamentales”, partiendo “de una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro”, una desigualdad subjetiva “ que no se quiebra por la contemplación de supuestos excepcionales”.

La intervención normativa en el contrato laboral ha afectado también a la especificación del modo en que se han de compensar los daños que se causen por los avatares acaecidos en el desarrollo del mismo. En general, la normativa laboral indica mediante qué cantidad de dinero, o a través de qué comportamiento, claramente predeterminado y sin matices para diferentes situaciones,

debe compensarse el daño causado, objetivando una restitución que se presume íntegra, sin que quepa – a diferencia de lo que ocurre en el ámbito normativo civil – una prueba del perjuicio causado que justifique la necesidad de una mayor o diferente compensación, y ello con independencia de que concurra culpa grave, o incluso dolo, en el comportamiento del infractor.

Así pues, en el Orden Social de la Jurisdicción, rige, generalmente, el principio de daño tasado, salvo, precisamente, en lo que se refiere a los daños y perjuicios ocasionados por el empresario sanitario – o los trabajadores de él dependientes – a los pacientes.

En efecto, en la mayor parte de los ámbitos de la relación laboral – con la exclusión, repetimos, de los daños sanitarios – la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha reiterado el criterio de compensación exclusiva de un perjuicio laboral mediante la normativa laboral específica que cuantifica tal compensación.

Un ejemplo de dicha doctrina lo constituye la Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997, que resuelve un supuesto en el que un trabajador extingue su relación laboral al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, con causa en una modificación sustancial del contrato de trabajo que afectó a su dignidad personal. El trabajador percibió, el estimarse su acción extintiva del contrato, la indemnización legalmente tipificada, de 45 días de salario por año trabajado. El demandante creyó que tal indemnización no compensaba totalmente los daños sufridos, por lo que formuló una nueva demanda indemnizatoria con fundamento en el artículo 1.101 del Código Civil, que fue estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Recurrida en casación dicha Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estimó que el trabajador pudo, al amparo de la normativa laboral, reclamar el cumplimiento en especie de la obligación, o pedir la resolución del contrato de trabajo, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. Puesto que el trabajador optó por la extinción de la relación laboral, la indemnización procedente ha de ser fijada conforme a la normativa reguladora de la relación laboral y, como el Estatuto de los Trabajadores contiene una norma específica (el artículo 50) para regular estas situaciones de incumplimiento, la misma ha de ser aplicada y sin que sea lícito acudir a preceptos contenidos en otros sectores jurídicos, cuya aplicación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento.

Sin embargo, en punto a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la actuación del empresario – en unos casos – y más frecuentemente del personal laboral o estatutario al servicio de las Administraciones Sanitarias, ante la inexistencia en la normativa laboral de precepto alguno que contenga la fijación de la indemnización para estas situaciones, el aplicador de la norma se ve obligado a acudir a otros ámbitos normativos para cuantificar la indemnización (el baremo de daños de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, o el artículo 1.103 del Código Civil que faculta a los Jueces y Tribunales para moderar la obligación) y, además, se entiende que un mismo hecho – la lesión causada por la actuación del personal laboral o estatutario con relación al paciente – puede ser constitutivo de dos indemnizaciones laborales, a saber: a) la indemnización de los daños y perjuicios causados y b) el reconocimiento de una pensión por las limitaciones que la lesión producen en su capacidad laboral, habiéndose justificado jurídicamente esta dualidad indemnizatoria con el argumento de que la normativa, los requisitos para el reconocimiento y la financiación de ambas indemnizaciones son distintos.

En cuanto a los criterios de determinación y cuantificación del daño sufrido por el perjudicado, utilizados en el ámbito laboral, ha de señalarse que, según la clasificación habitual, dos son los tipos de daño que pueden sufrir los pacientes: materiales y morales.

Los daños materiales, según indica, entre otras muchas, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991, son “aquéllos que repercuten en el patrimonio del perjudicado y son susceptibles de evaluación patrimonial”. Se concretan (artículo 1.106 del Código Civil) en el daño emergente (cantidad patrimonial ilícitamente perdida como consecuencia de la conducta del infractor), y lucro cesante (patrimonio dejado de obtener como consecuencia de aquella conducta). Asimismo, los daños materiales deben incluir los daños personales, físicos sufridos por el paciente, a los que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, los cuales deben ser reparados, según el máximo intérprete constitucional, de forma que “se deje a la víctima en una situación lo más próxima posible a aquélla de la que disfrutaría si el hecho lesivo no se hubiese llegado a producir, lo que convierte al tradicional principio civil de la reparación integral, en contenido necesario de la tutela civil de los daños personales. Puesto que no es posible la reparación in natura de la vida ni de la integridad física y moral, de entre los distintos remedios posibles para reparar civilmente los daños corporales, el legislador deberá optar por aquél que más se aproxime a la consecución, en cada caso, de la total indemnidad del daño personal sufrido por la víctima”.

Los daños morales, según la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, son aquéllos que alcanzan a otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social, y también abarcan, en proyección de heterogeneidad, otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales. Tales daños adolecen de relatividad e imprecisión forzosa, pero la jurisprudencia acepta plenamente la necesidad de compensarlos.

La objetivación de los daños materiales se alcanza, en el Orden Social de la Jurisdicción, con relativa facilidad. En cuanto al lucro cesante, su prueba suele ser sencilla en el ámbito laboral, ya que normalmente equivale a los salarios dejados de percibir cuya cuantificación, por lo general, responde a parámetros estables (retribuciones percibidas por el paciente hasta el momento de sufrir el perjuicio, o que han continuado siendo percibidas por compañeros del paciente que no han resultado perjudicados por el acto médico, o salarios determinados por normativa de aplicación general, como un convenio colectivo).

Por lo que respecta al daño emergente material, debe acudir a baremos de la mayor solvencia y objetividad posible para tasar el perjuicio ocasionado, que deben ser alegados con detalle y precisión en la demanda rectora del procedimiento, incumbiendo dicha obligación al demandante.

Cuando se trata de un daño, como los derivados de los errores de los profesionales sanitarios, que afecta a la integridad física de una persona, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/2000 estima que “ la traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos exige el establecimiento de unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano”, debiéndose atender mediante dichas indemnizaciones a la integridad de todo su ser, sin exclusiones injustificadas y, como ejemplo de posible baremación, se admite por los Jueces y Tribunales de lo Social el recurso analógico a la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, puesta en conexión con la resolución de la Dirección General de Seguros de 24 de febrero de 1998, donde se objetivan los daños corporales, y sin perjuicio de la limitación que a los criterios contenidos en tales normas impuso la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 en los supuestos de “culpa relevante”.

En cuanto a la cuantificación del daño moral en el Orden Social, su objetivación es extraordinariamente difícil, habiéndose asumido el criterio contenido en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de mayo

de 1984, declarativo de que la determinación de este tipo de daños es dejada al prudente criterio judicial, que, además, será el de instancia y cuyo criterio no es revocable por instancias superiores, salvo notorio error o desproporción de la indemnización.

Los daños y la jurisprudencia penal

Al igual que sucede en el Orden Social, tradicionalmente se ha sostenido en la Jurisdicción Penal que es principio general en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la íntegra reparación. El artículo 1º de la Resolución 7, aprobada el 14 de marzo de 1975 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, con la finalidad de reducir las divergencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en los supuestos por lesiones y fallecimientos, define con claridad este principio: “la persona que ha sido objeto de un perjuicio tiene derecho a la reparación del mismo en el sentido de que debe recobrar la situación lo más próxima posible a aquella en la que se hallaría en el caso de que el daño no se hubiera producido”.

Así, en el sistema penal español, rige como consecuencia de lo anterior, el principio de libre determinación de la indemnización, soberanía del juzgador para declarar la procedencia de la indemnización, así como su cuantía, de acuerdo con el resultado de la prueba apreciada en conciencia (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El artículo 104 del Código Penal de 1.973 asimilaba la forma de valorar los perjuicios a la prevista en el artículo 103 del mismo para los daños a las cosas: “la reparación se hará valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado”.

La jurisprudencia, en general, había venido entendiendo que este precepto permitía al juez una casi absoluta discrecionalidad. Por todas puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1980, según la cual: “... el artículo 104, en lo que a la cuantía de la indemnización se refiere se remite al artículo 103 que especifica que la reparación se hará estimándose la entidad del daño por regulación del Tribunal atendiendo entre otros extremos al de afección del agraviado. Tales expresiones suponen que la Jurisdicción Penal goza de absoluta independencia para fijar según su prudente arbitrio la cuantía de la reparación y de la indemnización, sin sujetarse a las normas e indemnizaciones que en sentido estricto fijan las normas laborales, civiles, o de otra índole no penal...”. La única limitación venía dada por la posibilidad de revisar en casación las bases de la indemnización establecidas en la sentencia recurrida

(Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1981) y el respeto al principio de rogación (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1980).

No obstante lo dicho, nos encontramos con la preeminencia de la Jurisdicción Penal, que se traduce en el valor prejudicial del fallo penal sobre la acción civil, cuyo objetivo es evitar, en esta materia, la simultaneidad de procedimientos sobre elementos comunes, impidiendo así que en ellos pudieran recaer sentencias disconformes, e incluso contradictorias. De este modo lo explicaron las antiguas Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1907 y 28 de abril de 1917. Tal aspecto dimana hoy del artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El derogado Código Penal de 1973, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, fundamentaba ya la responsabilidad sobre la culpabilidad. En términos semejantes se mueve, en la actualidad, el Código Penal de 1995, y, en concreto, su artículo 5, que afirma tajantemente que “no hay pena sin dolo o imprudencia”.

Por tanto, no es suficiente hoy con que nos encontremos ante una acción típica, antijurídica y atribuible a un sujeto determinado. Lo decisivo, para la cuantificación de la indemnización, será que su autor haya actuado culpablemente.

La exigencia de responsabilidad penal lleva consigo la civil derivada del delito o falta cometido, a menos que el perjudicado la renunciase o reservase para ejercitarla, separadamente, en la vía civil, una vez finalizado el correspondiente proceso penal ex artículos 100, 107 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 109 y siguientes del Código Penal vigente.

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha ido delimitando unos principios generales y orientadores de la determinación de las correspondientes cuantías indemnizatorias y así puede señalarse que:

- a) **La sentencia debe condenar a una determinación del daño, en la medida de lo posible, como si de una acción civil se tratara, ejercitada con independencia de la acción penal.**
- b) **La estimación de la concreta cuantía objeto de la condena ha de ser razonada, motivándose en todos sus contornos jurídicos (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989).**

- c) **Las sentencias no pueden conceder más de lo pedido; en ningún caso la indemnización reconocida puede ser motivo de un enriquecimiento injusto para el perjudicado (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1991).**
- d) **La indemnización comprende los perjuicios materiales y los morales, debiendo especificar tantas partidas cuantos sean los conceptos reparables (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991).**
- e) **La indemnización también comprende los intereses legales del antiguo artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy, artículo 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil).**

Por las consecuencias económicas de esta situación se fue asistiendo a una crisis del principio de íntegra reparación, propugnándose desde diversos sectores la implantación de un sistema de límites o máximos en la cuantía de las indemnizaciones.

La fuerza vinculante de la fijación de indemnizaciones por el legislador para los Tribunales ha suscitado contradictorias opiniones, sobre todo, comparando el sistema que se establece con el criterio deducido del Código Penal y de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la jurisprudencia recaída al respecto. En su interpretación y aplicación es evidente que queda coartado el prudente arbitrio judicial para determinar las indemnizaciones. Sin embargo, las desigualdades y desproporción que la fijación de las indemnizaciones por los distintos jueces y tribunales ha puesto de manifiesto en la práctica judicial, con resarcimientos de muy diferente cuantía para supuestos fácticos equivalentes, justifica la imposición de criterios valorativos de los daños y perjuicios que sean uniformes para hechos que producen consecuencias nocivas o secuelas equivalentes en los perjudicados.

Por otro lado, para justificar la solución de “baremos”, se acude a los principios constitucionales. Por un lado, aquella desproporción que venía observándose en las indemnizaciones atenta al principio de igualdad ante la ley que sanciona el artículo 14 de la Constitución Española. Por otro lado, los Tribunales como poderes públicos, están vinculados a ese principio de igualdad ante la ley, que les obliga a un trato igual a todos los ciudadanos, en lo que se incluye una igual protección en supuestos de acaecimiento de daños y perjuicios por hechos ilícitos.

Recientemente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha zanjado la controversia existente en materia indemnizatoria y ha dictado numerosas sentencias relativas a la obligatoriedad del Baremo, aplicando la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de las cuales, entre otras muchas, citamos:

– *Sentencia de 20 de diciembre de 2000.*

Se alega en el recurso de casación, en contra de la sentencia de instancia, que las indemnizaciones concedidas son superiores a las establecidas en el Anexo de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, y en las normas posteriores que la actualizan, y en concreto a las establecidas en la Tabla 1ª de indemnizaciones básicas de muerte.

Son varias las sentencias de la Sala en las que se ha planteado la cuestión de si el sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación conocido por baremo, introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/95, es o no obligatorio. La Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados expresa, en su Exposición de Motivos, que ese sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos. Constituye una cuantificación legal del daño sufrido a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil.

La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en sus disposiciones generales – y en concreto en su artículo 1.2, dispone que los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que haya dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley, que incorpora un sistema para la valoración de los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio, vino a resolver varias cuestiones por supuesta inconstitucionalidad de preceptos de

la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Reconoce la Sentencia que “... la redacción del texto legal suscita alguna duda en torno al ámbito de su carácter vinculante: si éste se construye a los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, no produciéndose la vinculatoriedad del sistema legal cuando en el daño interviene culpa penal o civilmente relevante del conductor del vehículo, y si, correlativamente, la reparación tasada se limita al ámbito del seguro de suscripción obligatoria”. A continuación, disipa tales dudas señalando que “el sistema legal se aplica también y produce plenos efectos cuando en el evento dañoso concurre culpa, civil o penal, del conductor, es decir, fuere del ámbito de la responsabilidad objetiva o por creación del riesgo”. Sigue afirmando que “por otra parte, el ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio, pues, como ha quedado expuesto, el sistema se desvincula de éste régimen forzoso de aseguramiento, según proclama la Exposición de Motivos...”.

Y las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse seguidamente que “ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/95, vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor”.

Queda, pues, resuelto – y en sentido afirmativo – el carácter vinculante del sistema legal de valoración tasada de los daños corporales, superándose las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente orientativo o indicativo, sin reconocer su obligado cumplimiento.

– *Sentencia de 5 de febrero de 2001.*

Se afirma en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de Instancia que la primera cuestión a resolver, desde los términos en que se había planteado el debate, consistió en si era o no de obligada aplicación el baremo establecido en la Ley 30/95. Recordando el respeto a las afirmaciones obiter dictum de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y la pendencia ante el Tribunal Constitucional de varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diferentes órganos judiciales.

Se repite que las dudas suscitadas sobre el carácter o no vinculante del baremo son resueltas al afirmarse, seguidamente, que “ha de concluirse que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/95 vincula, como es lo propio en una disposición con ese rango normativo, a los jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados.

El panorama sobre valoración de los daños corporales en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo

Destacamos, en primer lugar, la *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*, de 26 de marzo, de cuya fundamentación jurídica resaltamos lo siguiente:

“... la Sala sentenciadora aprovecha la oportunidad para razonar en profundidad una materia de tanto interés para la exacción de responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños personales sufridos en accidentes de tráfico, como es la relativa a la aplicación voluntaria o forzosa de baremos que faciliten, en el primer caso, o impongan, en el segundo, criterios normativos objetivados para el cálculo de la indemnización.

En torno a esta cuestión pueden sentarse las siguientes conclusiones:

Primera. La función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna.

Segunda. Que la existencia de numerosos baremos y que tienen la pretensión de servir de elemento normativo en los más variados campos de la responsabilidad civil y laboral, y concretamente en el sector de los daños producidos en accidente de tráfico, obliga a examinar el alcance que puede darse a tales baremos a la hora de formar el criterio jurídico valorativo de los daños a indemnizar.

Tercera. Los problemas jurídicos que plantea la aceptación de los baremos por parte de los órganos judiciales, son sensiblemente diferentes según que se trate de baremos de aceptación voluntaria o de los que, como sucede con el impuesto por la Ley 30/95, tienen un pretendido carácter obligatorio.

Esa función de ineludible cumplimiento por los órganos judiciales no puede ser voluntariamente abdicada, sustituyéndola por la simple aplicación de un baremo. Ciertamente que la discrecionalidad con que en el ejercicio de esa función de cuantificación del daño actúan los Tribunales no impide que el órgano jurisdiccional acuda, como criterio orientativo a lo consignado en el baremo.

La aplicación forzosa del baremo resultará contraria, no sólo en el tenor literal del artículo 1.902 del Código Civil, sino también en la reiterada y ancestral doctrina jurisprudencial que desde siempre, viene interpretando este importante principio regulador de la indemnización del daño causado por culpa o negligencia en que se funda la responsabilidad extracontractual.

Los argumentos que se apilan en contra de esta aplicación indiscriminada y pretendidamente obligatoria no sólo en el ámbito del Seguro Obligatorio, como parece lógico, sino en el Seguro Voluntario son, entre otros, los siguientes:

- a) Supone una evidente limitación de las funciones de los tribunales de justicia.
- b) Se atenta directamente contra el principio de libertad de pactos que informa nuestro Código Civil y sobre el que se funda la teoría general de la contratación civil, provocando, además, un lucro en quienes percibiendo una prima mayor que la debida por el seguro obligatorio, no van a responder sino por los límites que el baremo señala en atención al mismo.
- c) Con ello se conculca directamente uno de los preceptos cardinales de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1.902 del Código Civil.
- d) La imposición forzosa y exclusiva del baremo supone una flagrante discriminación con relación a los producidos por otras causas.
- e) Finalmente, también el derecho a la vida y a la integridad física, que recoge el artículo 15 de la Constitución Española, aparece infringido por la aplicación obligatoria de los baremos.

Así, las iniciales dudas que sobre el valor jurisprudencial que pudieran tener las que eran consideraciones meramente marginales (“obiter dicta”) quedaron disipadas tras las sentencias posteriores también del Tribunal Supremo, así, entre otras, de la Sala Primera:

Sentencia de 24 de mayo de 1997 “... la función de calcular los daños indemnizables, tanto materiales como morales, escapa al control de la casación y no está sujeta a baremo alguno”.

Sentencia de 19 de junio de 1997 “... la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, que tienen no sólo la facultad de valorar las pruebas sino la obligación de hacerlo”.

Sentencia de 21 de noviembre de 1998, la cual se tomó como indiciaria de una posible revisión del criterio mantenido hasta entonces por la Sala Primera del Tribunal Supremo: “... es doctrina reiterada de esta Sala la de que la determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación, salvo que se hayan modificado las bases fácticas de su cuantificación... Nada impide aplicar el sistema resarcitorio introducido por la Ley 30/95. Tan sólo advierte que, en caso de que el juzgador estime que esa aplicación restringe injustificadamente el derecho de la persona perjudicada al debido resarcimiento no ha de sentirse vinculado por él.

Como se advierte fácilmente, las sentencias citadas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo son anteriores, cronológicamente, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, cuya doctrina legal es seguida desde entonces por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero sólo en lo que se refiere a los daños producidos por la circulación de vehículos a motor y no a los daños producidos por actos médicos, como es el caso del presente informe – con respecto a los cuales sigue manteniendo la doctrina anterior contenida en las resoluciones judiciales antes expresadas –, habiendo declarado el citado Tribunal Constitucional que “ha de concluirse, en suma, que el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/95 vincula, como es lo propio en una disposición de ese rango normativo, a los jueces y tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor”.

El panorama en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Si bien en el ámbito jurisdiccional contencioso administrativo no son extrañas las resoluciones judiciales que – en materia de daños producidos por actos de profesionales sanitarios – aplican analógicamente, a la hora de cuan-

tificar la indemnización de daños y perjuicios, el baremo de la Ley 30/95, ha de destacarse que la normativa administrativa, a diferencia de la civil, penal y social, cuenta – en el ámbito de la responsabilidad patrimonial – con una norma específica, cual es el artículo 141. 2 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, según el cual “la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes del mercado”.

La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sobre el tema que nos ocupa, puede sintetizarse del siguiente modo:

- En principio es indemnizable, no sólo el daño emergente, sino el lucro cesante, en aplicación de la norma general del artículo 1.106 del Código Civil. Ahora bien, si, en todo caso, se exige la prueba sobre la realidad de los daños, a la hora de determinar el daño emergente, se exige el mayor rigor. De aquí que se haya declarado en la Sentencia de 3 de febrero de 1989 que “al valorar esta partida se desconocen no sólo los beneficios que se hayan podido producir, sino incluso, el hecho mismo de la existencia de la misma. En consecuencia, se trata de daños eventuales o meramente posibles, resultado de un cálculo apoyado en factores inciertos. En consecuencia, esta falta de certeza unida a la no aportación de prueba alguna justificadora de lo pedido, conduce inexcusablemente al rechazo de esta partida, como así se formula en la propuesta de resolución”.
- En el procedimiento de responsabilidad patrimonial ha de determinarse la indemnización. Demostrada la concurrencia de los requisitos establecidos para que nazca la responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria, deberán acreditarse los daños indemnizables, cuantificándose la reparación.
- Es obvio que, para que se respete el principio de igualdad ante las cargas públicas que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la reparación ha de ser integral. El patrimonio del perjudicado deberá resultar inalterado, procediendo una indemnización que equivalga al daño sufrido.
- La Sentencia de 5 de abril de 1989 reitera el principio que domina la regulación de la responsabilidad patrimonial consagrado en el artículo

106 de la Constitución, de procurar al perjudicado la compensación integral del daño sufrido.

- La Sentencia de 18 de julio de 1989, reiterando la doctrina anterior, establece que la indemnización ha de corresponder al perjuicio que al particular se cause por el expresado sacrificio de sus derechos y bienes, pero sin que pueda convertirse en un motivo de lucro y, además, señala que “sólo son susceptibles de indemnización los daños y perjuicios soportados por el particular propietario de los bienes ocupados o de la privación de sus derechos, en el momento existentes; pero sin que la indemnización pueda convertirse nunca en un motivo de lucro o enriquecimiento injusto para el propietario de los bienes o titular de los derechos; por lo que, normalmente ha delimitarse al denominado “daño emergente” – el cual general derecho a la indemnización en todo caso – , y sólo habrá de tenerse en cuenta el denominado “lucro cesante” en los casos en que su producción sea jurídicamente posible por el cumplimiento de los requisitos y circunstancias necesarios, de las que haya de derivarse”.
- La Sentencia de 15 de octubre de 1.990 se refiere al principio de reparación integral que informa nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, uno de los más progresivos. Este principio, añade, con una raíz profunda, pero implantada en ley, ha sido formulado explícitamente por este Tribunal Supremo hasta consolidarse en doctrina legal, pero con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil dentro de los principios del Derecho (artículo 1.6).
- El efecto de la responsabilidad patrimonial, dice la Sentencia de 11 de mayo de 1992, lo mismo que no puede producir un empobrecimiento injusto por dimanar de un acto u omisión lesivo, a la inversa, tampoco puede dar por resultado un injusto enriquecimiento sobre el mismo, señalando al respecto que “aunque está acreditado el tiempo en que permaneció en baja laboral el interesado, precisamente por incapacidad transitoria que, luego, sostiene que resultó definitiva, al reconocérsele el derecho a aquél primer concepto, abonándole, consiguientemente la cantidad reclamada, de no practicar aquella conjugación, se daría lugar a que por una distinción de conceptos que coincidían en un determinado lapso temporal, se de lugar a una parcial duplicidad de indemnizaciones, y es por ello por lo que ha de hacerse ahora una valoración conjunta, sobre todo si se repara en que la cantidad reclamada por las

secuelas de la lesión se señaló por la parte dejando de probar – aunque bien fácil era de probarlo por medio de un informe médico acreditativo de su sanidad – cuál fuera el grado en que para el desempeño de su actividad profesional las mismas habían influido, el defecto, deformidad y demás anomalías que de tal lesión se siguieran, la irreversibilidad de todo ello, y, en otro aspecto, la falta de idoneidad del recurrente para el desempeño de otros trabajos o funciones compatibles con dichas secuelas, atenciones familiares que por consecuencia de éstas no pudiera satisfacer, etc., siendo por cuanto razonado queda, por lo que esta Sala considera procedente reconocer – como ya hizo la de primera instancia – el derecho de aquél a que se le indemnice por el importe íntegro de aquél primer concepto y, en cambio, reducir en un sesenta por ciento el de aquélla que le reconoció por el segundo; decisiones todas las precedentes de necesaria adopción, dadas las circunstancias del caso y el grado de convicción, ciertamente insuficiente que nos merece la subjetiva cuantificación de los conceptos en cuestión por parte del recurrente.

5. EL ASEGURAMIENTO DE LA MEDICINA PRIVADA

Como es obvio, en el aseguramiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en los centros sanitarios privados, así como de dichos centros, no se disciplina por normas de derecho administrativo – siendo esta última privativa de la medicina pública - que, a la hora de la selección del contratista – asegurador, busca el cumplimiento de los principios de publicidad, mérito y concurrencia de ofertas, sino que se rige por el principio de la autonomía de la voluntad propio del derecho privado.

En consecuencia, un profesional privado, o un centro sanitario privado, que puede incurrir en responsabilidad por la prestación de sus servicios profesionales tiene incentivos para contratar una póliza de seguros sanitarios y la cuestión básica que se plantea al respecto es ¿cuál es la prima máxima que estará dispuesto a pagar por la suscripción del seguro?.

En general, para el cálculo de la prima óptima que ha de pagar a una compañía de seguros un profesional sanitario propicio al riesgo ha de partirse del hecho de que el mismo maximiza su utilidad, la cual se suele representar por el concepto de “utilidad esperada”, que se calcula determinando previamente la renta o riqueza del individuo en los dos estados de aseguramiento y de falta de aseguramiento. Igualmente, ha de suponerse que la compañía de seguros tra-

tará, por su parte, de maximizar el beneficio esperado derivado de la contratación.

Asimismo, habrá de tenerse en cuenta el factor de la existencia o no de un mercado competitivo, lo cual genera en los asegurados una incertidumbre que puede ser remediada si se consigue un seguro óptimo, es decir, un seguro que cubra al profesional todos los riesgos derivados de la realización de actos clínicos. Sin embargo, aún teniendo en cuenta la posibilidad de existencia de un mercado de seguros surgen en el sistema nuevos motivos para la existencia de ineficiencias, las cuales pueden denominarse “fenómenos de selección adversa” y “riesgo moral”.

La selección adversa en los procesos de aseguramiento es una consecuencia de la existencia de información asimétrica entre las compañías de seguros y los asegurados. En la firma de la póliza de seguros, aquéllos conocen mucho mejor los riesgos a los que se hallan sujetos que la compañía que los asegura. Un prima muy elevada impuesta por la compañía aseguradora puede incentivar a los profesionales sujetos a menores riesgos (por ejemplo los médicos generales) a abandonar la póliza, pues consideran que tienen un bajo riesgo de que se concrete el riesgo de exigencia de responsabilidad. Por el contrario, los profesionales conocedores de su alto grado de riesgo (por ejemplo los ginecólogos, anesthesiólogos o neurólogos) optarían por la suscripción de pólizas de seguros, produciéndose así un proceso de eliminación de los profesionales sujetos a la mayor probabilidad de que se concrete el riesgo, con la consecuencia indeseada de que el mercado pueda desaparecer.

Un mecanismo que puede disminuir, o incluso eliminar, los procesos de selección adversa es lo que se conoce como “señalización”. La compañía de seguros puede tratar de detectar previamente a la firma de la póliza con el asegurado los riesgos futuros que puedan dar lugar a la exigencia de responsabilidad (por ejemplo a través de los mecanismos previstos en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, mediante el intercambio de información entre compañías aseguradoras a con fines de baremación de la prima y selección de riesgos). Estos procesos previos de señalización pueden permitir hacer una selección entre futuros asegurados con arreglo a sus niveles de riesgo, de tal forma que las pólizas de seguro no sólo reflejen aquellas características presentes y visibles del asegurado, sino aquellas otras inicialmente imprevisibles y luego detectadas mediante los mecanismos de señalización.

Cuando se habla de la probabilidad de que un profesional está sujeto al riesgo de indemnizar los daños y perjuicios causados por los actos clínicos esta idea no tiene el mismo significado que cuando se alude a la probabilidad de que se produzcan ciertos acontecimientos naturales (como la lluvia o sequía, por ejemplo). En este caso nos encontramos ante una probabilidad de tipo objetivo y ninguna persona puede influir sobre ésta. Si, por el contrario, nos referimos a la probabilidad de que se produzca un riesgo sanitario, el profesional sí que puede influir en la determinación del mismo ya que, si no actúa con precauciones en la realización de actos clínicos, si no informa debidamente al paciente, si no recaba el documento del consentimiento informado... su comportamiento está influyendo sobre la probabilidad de que se concrete el riesgo. Por todo ello, la compañía de seguros debe procurar que su asegurado maximice su esfuerzo, es decir, actúe de forma ajustada a la *lex artis ad hoc* para disminuir la probabilidad de que se produzca el siniestro. Se establece así una relación de agencia entre la compañía y los asegurados, tal que se plantea un problema de compatibilidad de incentivos entre unos y otros. La compañía de seguros trata como empresa de obtener los máximos incentivos por el esfuerzo asegurador desarrollado y el asegurado trata de tomar las máximas precauciones para evitar que se concrete el siniestro. Si la compañía de seguros suministra, mediante la póliza de aseguramiento, una cobertura total de los riesgos y no vigila la aparición de los procesos de “riesgo moral” (es decir, si no discrimina a los profesionales que omiten cualquier tipo de cuidados en la realización de actos clínicos) aparecerían ineficiencias en el sistema de seguro.

6. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LOS DIVERSOS ÓRGANOS JUDICIALES Y SU TRASLACIÓN AL SISTEMA DE ASEGURAMIENTO

Como puede verse de la simple comparación de los sistemas de determinación de la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que se utilizan en la actualidad por las distintas Salas del Tribunal Supremo, no existe un sistema unitario para establecer el quantum indemnizatorio pues:

- 1. La aplicación del baremo de la Ley 30/95 tiene valor vinculante, tras la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre dicha Ley, exclusivamente para los daños producidos con ocasión, o a consecuencia, de accidentes de tráfico.**

2. El sistema valorativo de los daños establecido en el citado baremo se aplica, con relación a los actos médicos, según la sede en que se enjuicie la responsabilidad, a veces con carácter analógico y, en otras ocasiones la indemnización se determina discrecionalmente por el Tribunal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.104 del Código Civil.
3. La Jurisdicción Contencioso Administrativa, que junto con la penal son las únicas que conocen de la exigencia de responsabilidad a los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el sector público tras la reforma legal operada en el año 1.998, cuenta con su propio sistema legal de valoración de daños, contenido en el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
4. Todo ello configura un obstáculo añadido a la buena gestión del seguro de responsabilidad de los Servicios de Salud pues, aún existiendo acuerdo, en muchas ocasiones, entre el paciente, la Administración y la compañía aseguradora sobre la realidad de los requisitos que dan lugar a la indemnización, la posible transacción se frena porque las partes interesadas en el procedimiento no alcanzan un acuerdo final sobre la concreción de la cuantía a indemnizar.
5. Como consecuencia de lo anterior se producen perjuicios tanto para la Administración, como para el paciente, y aún para la compañía aseguradora.

Para la Administración puesto que la impugnación judicial de la resolución que declara la existencia de responsabilidad, exclusivamente por lo que se refiere a la determinación de la indemnización, porque esta circunstancia impide el perfecto ajuste de la prima por resultados habida cuenta que es frecuente que, en las pólizas de aseguramiento, se pacte que el asegurador debe mantener una cuenta de experiencia producida por la explotación de la cuenta y que el saldo de la cuenta de experiencia se calcule anualmente teniendo en cuenta diversas variables, como son: el saldo de la cuenta de experiencia del año de ocurrencia precedente; un porcentaje de las primas netas de seguro pagadas y recibidas durante los años de ocurrencia; el volumen de los siniestros pagados por el asegurador durante los años de ocurrencia y/o periodo de descubrimiento; la reserva de siniestros pendientes consensuada con el Tomador del Seguro y los intereses sobre la inversión del año.

Para el asegurado porque, de no instar la ejecución de la resolución en la que se reconozca la indemnización, impugnando judicialmente el defecto de reconocimiento del quantum indemnizatorio, tendrá que esperar a que se dicte una resolución judicial firme para percibir la indemnización íntegra, así como soportar los gastos judiciales derivados de la impugnación de la resolución administrativa, debiéndose tener en cuenta, además, que en materia de intereses de demora, en sede administrativa se aplica el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria – mas desfavorable para el perjudicado – y no el sistema regulativo de los intereses de demora contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En fin, para la compañía aseguradora, porque se ve obligada a la constitución de reservas para responder de eventuales futuras responsabilidades dificultando la regularización definitiva de las primas netas de las pólizas, habida cuenta que también es frecuente que en las mismas se pacte que la prima neta de la póliza tiene carácter provisional y de depósito y se establezcan fórmulas para su regularización definitiva, como acontece con los porcentajes que se puedan establecer con relación a la siniestralidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ATAZ LOPEZ, J.: Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid. Montecorvo.
- BARRERO RODRÍGUEZ.: La jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. RAP nº9. 1992.
- BOROBIA FERNANDEZ C.: Indemnizaciones: criterios que utiliza la jurisprudencia para valorar el daño corporal y moral. Médica 97. Recoletos.
- CONDE MARTIN DE HIJAS, V. La problemática delimitación de Competencias en el Orden Contencioso-Administrativo y en el Orden Social de la Jurisdicción: Criterios de Delimitación. Cuadernos de Derecho Judicial, nº XXIV (Monográfico sobre problemas de delimitación de competencias) 1993.
- CONDE MARTIN DE HIJAS, V. Indemnización por Asistencia Sanitaria Defectuosa. Actualidad Laboral, nº 44. 1994.
- CRIADO DEL RÍO.: Valoración médico legal del daño a la persona. COLEX 1999.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R. Orientaciones Generales en torno a la Responsabilidad Civil por Actos Médicos. En Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario. Martínez-Calce-rrada, L.; De Lorenzo R. Colex. Madrid. 2001.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R. Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil. Cuadernos Civitas. Madrid. 1985.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R. La responsabilidad del Fabricante por Productos Defectuosos. Madrid. 1986.

- DE ANGEL YAGÜEZ, R. Indemnizaciones: Criterios que utiliza la Jurisprudencia para valorar el Daño Corporal y el daño Moral. Ideas sobre un futuro Baremo de Daños personales. Médica'97. Recoletos. 1997.
- DE LORENZO Y MONTERO, R.; MEGIA SALVADOR, I.: El Seguro de Responsabilidad Civil de Profesionales de la Sanidad. En Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario. Edicomplet. Madrid. 2000.
- DIARIO MEDICO. La O.M.C. teme un aumento de demandas penales contra médicos. Diario Médico. 15-07-1998.
- DIARIO MEDICO. La O.M.C. advierte que el nuevo seguro del Insalud no cubre la Inhabilitación penal. Diario Médico 23-02-1998.
- DIARIO MEDICO. Los médicos de las Fundaciones públicas sanitarias serán juzgados en la vía civil. Diario Médico. 29-09-1999.
- DIARIO MEDICO. El Médico de la Fundación Laboral del S.N.S. sí es juzgado en lo civil, aclara un fallo. Diario Médico. 08-10-2001.
- DIARIO MEDICO. La administración debe pagar por falta. Diario Médico. 26-05-1997.
- FERNANDEZ COSTALES J.: La responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid. La Ley 1987.
- GUIRAO GARCIA, A.; MARTINEZ LOPEZ, F.; PARDO HERNANDEZ, A.; PELAYO PARDOS, S.; VELA PEREZ, S. El Seguro de Responsabilidad Civil como fuente de Identificación de Riesgos. Jornadas de Derecho y Sanidad. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 1996.
- GUIRAO GARCIA, A. La Póliza del Insalud: ¿Revisión ante el nuevo Código Penal?. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. 1997.
- GUIRAO GARCIA, A. La Experiencia del Seguro de Responsabilidad Civil del Insalud (1995-1998). Médica'99. Recoletos. 1999.
- GONZALEZ CANALES J.C.: Los seguros de responsabilidad civil médica sanitaria ¿Quién paga el seguro?. Médica 97. Recoletos. 1997.
- HERNANDEZ MARTINEZ-CAMPELLO, C. Gestión de Pólizas Públicas y Privadas: Su Evolución ante la Reforma de la Responsabilidad Profesional. Médica'99. Recoletos. 1999.
- HERNANDEZ MORENO, A.: El contrato de seguro: exclusión de cobertura y cláusulas limitativas. Editorial Cedes. Barcelona 1998.
- ICEA.: El seguro de responsabilidad civil. Madrid 1994.
- LEGUINA VILLA, J; SANCHEZ MORON, M. La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tecnos. 1993.
- LUNA MALDONADO, A. Responsabilidad Civil Médica: Sistemas de Cobertura de Riesgo. Responsabilidad del Personal Sanitario. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 1995.
- MARTINEZ MARTIN, D.J.; Reformas Legislativas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Médica'98. Recoletos. 1998.

- MARTINEZ PARDO, M.: Programa de prevención del servicio de responsabilidad profesional. *Médica* 97. Recoletos 1997.
- MEGIA SALVADOR, I. Las Pólizas de Responsabilidad Civil Profesional Privadas. Consideraciones sobre su contratación. *Médica* '99. Recoletos. 1999.
- MEJICA GARCIA, J. Contagios Transfusionales: Un repertorio de Cuestiones Jurídicas y Criterios Jurisprudenciales. En *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*. Martínez-Calcerrada, L.; De Lorenzo, R. Colex. Madrid. 2001.
- MUÑOZ MACHADO, S. Responsabilidad de los Médicos y Responsabilidad de la Administración Sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil). Responsabilidad del personal sanitario. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 1995.
- PELAYO PARDOS, S. La Imprudencia Médica y el nuevo Código Penal. *Revista Todo Hospital* nº 142. Puntex. Diciembre 1997.
- PELLEJERO GARCIA, C. Gestión de Pólizas Públicas y Privadas: su evolución ante la Reforma de la responsabilidad profesional. *Médica* '99. Recoletos. 1999.
- RIVERA FERNANDEZ, M. La responsabilidad Médico Sanitaria y del personal al servicio de las Administraciones públicas (Análisis doctrinal y jurisprudencial) Editorial Práctica del Derecho, S.L. Valencia 1997.
- ROIG SERRANO, M. El seguro de responsabilidad civil de los servicios públicos sanitarios. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. 1997.
- SANCHEZ CALERO, F.: El aseguramiento de la responsabilidad del médico: límites. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. 1997.
- SOTO NIETO, F. Responsabilidad Penal derivada de la Actividad Médica. En *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*. Martínez-Calcerrada, L.; De Lorenzo, R. Colex. Madrid. 2001.
- SOTO NIETO, F. El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias. *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año LI. 15 de enero de 1997. Números 1788-89.

DISCUSIÓN Y COMENTARIOS

Margarita Boladeras

Estoy de acuerdo con las ideas centrales que ha desarrollado el doctor Aubia y propongo dar algunos pasos más, concretando algunas cuestiones que, en mi opinión, se infieren de las tratadas.

Los errores médicos son de muy diversa índole y sus causas diversas; la explicación reduccionista y limitada a unos pocos factores inmediatos y a la incompetencia individual no ayuda a solucionar los problemas. Estoy de acuerdo en que hay que plantear fórmulas para la superación de esta visión; como ya se ha dicho, es preciso tener en cuenta el conjunto del sistema y, añadido, conviene tener una concepción rigurosa de lo que es ciencia. La característica del método científico consiste en detectar el error y en proponer alternativas explicativas y de procedimiento; el rigor metodológico obliga a proceder de tal manera que se pueda controlar el proceso estudiado o producido, así como sus resultados, eliminando fallos y desviaciones indeseadas.

La organización del sistema de atención sanitaria debería promover la interrelación de los sanitarios que intervienen en la atención del paciente, así como la revisión de los casos o algún tipo de evaluación de la labor realizada. Esto es ya una práctica habitual de algunos servicios, pero aún sigue siendo algo excepcional en una perspectiva general de la sanidad.

Por supuesto, los procesos de atención sanitaria no son semejantes a la producción de laboratorio, ni tampoco a la producción industrial, sino que tienen lugar a través de relaciones personales, que deben ser tomadas tan en serio como la propia especialización médica. El rigor no sólo debe ser técnico, sino también comunicativo. Los actos sanitarios son procesos de interacción personal, en los que una mala información puede comportar consecuencias tan graves como la receta de un fármaco equivocado o el establecimiento de un diagnóstico erróneo.

La mala percepción que se tiene de los errores médicos y algunas quejas que llegan a los tribunales podrían evitarse en parte con una adecuada atención a las personas y con las debidas explicaciones, dadas a tiempo, cuando se presentan situaciones conflictivas.

La actuación de los Colegios Profesionales es muy desigual e, incluso los que han tomado medidas pertinentes, no han logrado conectar con la sensibilidad de los usuarios. Hay dificultades para actuar con transparencia porque puede provocar reacciones contradictorias y, en algunos casos, incluso tener efectos negativos en la confianza de los pacientes, pero es preciso encontrar fórmulas fructíferas de diálogo, adaptadas a la situación y a la amplia casuística que se presenta en el día a día.

Montserrat Busquets

Estoy completamente de acuerdo con el doctor Aubia en que el actual sistema de protección, basado en el resarcimiento económico y en el castigo del profesional si se demuestra negligencia o impericia, es insuficiente. La seguridad de las personas que acuden al sistema sanitario con problemas de salud, requiere una delimitación más precisa y un trabajo de prevención más allá de la cobertura y sanción legal. Sin dejar de considerar estos mecanismos, según mi parecer es necesario desarrollar un trabajo conjunto de todos los profesionales asistenciales, planteando la responsabilidad ética en conseguir la mejor atención posible. En ello la gestión del error, es un tema central que no es solo una cuestión legal sino que es una cuestión profesional y por ello una cuestión ética. Mi primera aportación a este debate es resaltar la importancia del trabajo en equipo, básicamente entre médicos y enfermeras. Entiendo que existe una corresponsabilización en el mantenimiento y fomento de la seguridad de los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios, que va más allá de la división "tradicional" del trabajo.

¿Qué entendemos por error? ¿Qué tipo de errores estamos dispuestos a reconocer? ¿Cuál es el margen de seguridad que se puede exigir y que el paciente tiene derecho a esperar? Hay un sin fin de cuestiones que conocemos de forma muy imprecisa. Quizá por ello la cuestión del error se trata como una cuestión individual entre el profesional o/y la institución y el paciente lesionado. Sin embargo, dado que en la atención sanitaria son escasísimos los casos en los que tan solo interviene un profesional, parece que el trabajo en equipo es una herramienta para mantener los márgenes de seguridad que cada caso o situación requiere. Así todos los actores sanitarios, tanto en cuanto a su práctica concreta individual, como en el trabajo en equipo, están comprometidos en la calidad del servicio y en la seguridad del paciente. En esta línea de trabajo, también la gestión de recursos y la política institucional es a su vez fundamental. Disminuir los errores y prevenirlos requiere un esfuerzo en la adecuación de los recursos humanos, técnicos, materiales. Hoy en día en nuestro medio sanitario, es cada vez más urgente incluir la seguridad como elemento de gestión no dejando solo en manos de profesionales asistenciales la responsabilidad de ello.

En segundo lugar quisiera resaltar que hay un segundo grupo de cuestiones, que giran alrededor de los pacientes o usuarios. Conocemos muy poco sobre su percepción del error y frecuentemente solemos enfatizar en la impor-

tancia de la relación interpersonal entre profesionales y pacientes como medio de comprensión de posibles errores. A mi entender la relación interpersonal tiene otros objetivos que básicamente giran alrededor de la ayuda al paciente a comprender y vivir mejor su problema de salud. No cabe duda que si la relación es mejor todo el proceso mejora, pero la vía de trabajo no puede basarse en las relaciones entre profesionales y pacientes. También aquí hay cuestiones que no conocemos.

¿Cuál es el margen de error que los pacientes están dispuestos a asumir? ¿Qué entienden por error los propios pacientes? ¿Qué información es necesaria para poder comprender lo que sucede o ha sucedido? En este sentido sí creo importante un acercamiento a la visión del usuario, pero no tanto para que él comprenda las dificultades del mundo sanitario los márgenes de error, sino para que mejore la comprensión de los profesionales sobre el error visto desde la óptica de paciente.

Partiendo de la premisa de que el error es una cuestión humana, salvo en los casos de negligencia donde la falta de atención y profesionalidad quede manifiesta, la gestión del error debe tratarse de forma y manera que no aumente la desconfianza entre profesionales, instituciones y pacientes o usuarios, que no desarrolle solo mecanismos defensivos de unos y otros, sino más bien un trabajo conjunto que permita definir aquello que no debe suceder y disponer de los recursos necesarios para ello, buscar mejores mecanismos de detección de errores, enfatizar en las medidas de prevención, profundizar en el acercamiento entre todos los que intervienen, proponer medidas y formas de evaluación de resultados, etc.

En definitiva definiendo como objetivo común no hacer daño o de minimizarlo lo máximo posible y no crear más problemas al paciente de los que se deriven de su propia situación clínica.

Victòria Camps

Una de las cuestiones básicas sobre las que han gravitado las dos ponencias es la de cómo cambiar la percepción social de los errores médicos. Destaco dos posibles propuestas derivadas de dicha cuestión.

Cambiar de lenguaje. Hablar de errores médicos quizá no sea la mejor ayuda para la gestión del problema. Lo primero que habría que hacer es corregir el lenguaje y utilizar otros conceptos más ajustados a la realidad. Un error es una equivocación, algo que se ha hecho mal, de lo que alguien debe ser culpable o responsable. El error supone que hay una forma correcta de hacer las cosas. El hecho es, sin embargo, que la práctica médica es inseparable de un cierto riesgo que habría que aprender a asumir, tanto por parte de los profesionales sanitarios como por parte de los pacientes. Frente al riesgo, que puede ser consecuencia de un accidente y no de un error, se puede y se debe reclamar una cierta dosis de seguridad. Pero no es lo mismo reclamar seguridad frente al riesgo, que pedir una compensación por los errores cometidos.

Otra propuesta consiste en identificar los riesgos previsibles, establecer –decía Ricardo de Lorenzo– un baremo de daños sanitarios. Dicho baremo, sin embargo, no puede ser una panacea que resuelva todos los conflictos posibles. Las listas de este tipo nunca pueden ser fijas. Además, habrá que interpretarlas, para lo cual tiene que haber al mismo tiempo la voluntad expresa de resolver los conflictos con la mayor prudencia y sensatez posible. Lo que casi siempre quiere decir resolver los conflictos con una cierta flexibilidad.

Es importante señalar, al mismo tiempo, la necesidad de incidir en la voluntariedad y no en la obligatoriedad a la hora de resolver los conflictos. Es decir, evitar en lo posible la vía judicial. Para ello, convendría hacer una pedagogía del uso de los protocolos o del consentimiento informado, a fin de que no sirvieran sólo de excusa para proteger al médico de posibles accidentes o daños. Tanto los protocolos como el consentimiento informado deberían ser vistos como meros indicadores de una forma de actuar, pero no como la prueba defensiva de que no había otra actuación posible y se hizo lo que debía con el consentimiento del enfermo. En el curso del seminario se ha señalado como la anestesia es uno de los campos en que los daños han disminuído más. Ahora bien, ¿quiere ello decir que el consentimiento del paciente a ser anestesiado exime al clínico, o al centro, de cualquier compensación en el caso de que se produjera un accidente imprevisto pero no imposible?

La contrapartida de la lucha contra la medicina defensiva debería ser la asunción por parte de los profesionales de su responsabilidad profesional frente a los accidentes que se produzcan. Una responsabilidad que seguramente pocas veces será estrictamente individual. También los profesionales sanitarios padecen la inseguridad de los accidentes por lo que reclaman una protección social de las compañías de seguros o de la administración que las suscribe. Si el coste de esa protección crece por la deficiente gestión del riesgo –como parece que está ocurriendo–, es lógico que el sistema no pueda sostenerse: ni los individuos ni la administración ni las propias compañías de seguros podrán enfrentarse a los costes desmesurados que puedan derivar de los accidentes médicos. Hay que pensar, pues, en una responsabilidad colectiva, por la que la organización proteja a los profesionales implicados en un daño.

Finalmente, la pedagogía que hay que hacer para que los riesgos sean asumidos de una forma más racional, incluye a los medios de comunicación y al modo como éstos informan sobre errores, accidentes o daños. La simplificación informativa y la necesidad de titulares impactantes llevan siempre a una mala información, donde lo que se subraya es la culpabilidad de alguien y, por lo tanto, el enfrentamiento entre el culpable y la víctima. No puede haber una buena gestión del error o del daño médico si no es posible producir al mismo tiempo una relación de confianza mutua.

María Casado

El tema sobre el que versa este Seminario es causa de una importante preocupación en el ámbito sanitario y, asimismo, genera una creciente inquietud en el conjunto de los ciudadanos. Pero, para que la discusión sea productiva es necesario delimitar muy bien qué contenido se encierra en el título que nos convoca y qué punto de vista, entre los muchos que pueden tomarse ante la cuestión, es el que se adopta. Trataré por ello de hacer algunas precisiones al respecto.

En primer lugar creo que es necesario hablar de errores sanitarios y no sólo de errores médicos, dado que hoy en día la mayor parte de las relaciones sanitarias tienen lugar en entornos complejos y en el seno de una medicina de “equipos”, en los que intervienen profesionales diversos.

Este punto de vista, unido a la idea de gestión que aparece en el título que nos reúne, tiene la consecuencia inmediata de conducir la cuestión al ámbito de las organizaciones y de la prevención, más que al terreno punitivo. No se trataría tanto de buscar la responsabilidad jurídica -y patrimonial- de un médico que ha cometido un error, con consecuencias negativas para un paciente, sino que más bien se trata de considerar que en el conjunto de las relaciones y actuaciones sanitarias existen posibilidades -en cadena- de incurrir en errores y que deben ser minimizadas. Por eso la referencia a la gestión de los errores y no se habla de la responsabilidad por los errores, aunque evidentemente, ambas cuestiones vayan estrechamente ligadas. En mi opinión, por tanto, no se trata de discutir sobre la responsabilidad civil o penal del médico, ni tampoco sobre la responsabilidad de la administración sanitaria; temas ambos de gran interés, pero que tienen un territorio para la discusión distinto del que hoy se propone en este encuentro.

Hay una cuestión, no obstante, que sí tiene que ver con la responsabilidad ante los errores: se trata de la posibilidad de evitarlos en el futuro y que, por eso mismo, genera unos deberes que presentan implicaciones éticas evidentes. No conviene olvidar tampoco la resistencia, que parece existir entre los seres humanos de la más variada condición, a reconocer el error mismo y, por supuesto, a rechazar casi instintivamente la particular responsabilidad en él: “no es mi culpa”, “lo hice sin querer”... son frases que se repiten frecuentemente en tales casos. Sin embargo no sólo el ordenamiento jurídico prevé la responsabilidad objetiva, sin culpa, en múltiples circunstancias, sino que atender a las consecuencias de nuestras actuaciones y omisiones es una cuestión ética de primordial importancia.

Un factor de gran incidencia en la cuestión y que me gustaría señalar aquí, ya de buen principio, es la influencia del seguro. Creo que la generalización de las prácticas aseguradoras –ventajosa en tantos terrenos–, está cambiando las relaciones sociales en nuestro mundo y que se hace aun más evidente en sanidad. En múltiples circunstancias, la existencia de un seguro cubre –mediante una compensación económica– la responsabilidad en una actuación y altera las relaciones personales subyacentes, patrimonial izándolas. Se da por sentado que no pagará un individuo –la persona concreta que conocemos–, sino una compañía –impersonal– cuyo negocio es, precisamente, ése. Por ello la búsqueda de compensaciones económicas está teniendo efectos negativos en todo el sistema.

Me gustaría, también, comentar algunas afirmaciones que se contienen en la ponencia del doctor Aubia y que ha resaltado en su exposición: la idea de que una información correcta implica una percepción pública favorable, creo que debe ser cuestionada. Existe ya repetida constancia de que no es así o, al menos, no necesariamente. Este tema ha sido estudiado con detenimiento en relación con problemas de medio ambiente y ha sido evidenciado que los grupos que tienen una mayor información en torno a un tema –por ejemplo, los cultivos transgénicos– no por ello son los que asumen una actitud más favorable. Tampoco puede afirmarse que suponga una paradoja la existencia de un mayor número de reclamaciones contra quienes detentan los puestos más altos – ni siquiera aunque les presupongamos la mejor formación–; convergen ahí otros factores como, sin ir más lejos, que el jefe de un equipo es siempre identificable y, en principio, el primer responsable de cuanto sucede bajo su mando. En estos campos es necesario acostumbrarse a contar con la existencia de multiplicidad de causas y de efectos; sostener hoy una visión del mundo lineal, racionalizada sobre la base de unas pocas variables es insuficiente. Los antropólogos nos advierten reiteradamente sobre la necesidad de incardinar habilidades y actitudes que nos ayuden a gestionar el riesgo y la incertidumbre. En este sentido, resulta pertinente recordar que además del control de los riesgos –de incurrir en errores en este caso– la aceptabilidad social del mismo depende de numerosas variables a las que no resulta ajena, en modo alguno, la cuestión de la justicia en la distribución de los mismos.

Creo que es importante en la gestión de los errores en sanidad minimizar las posibilidades de que sucedan episodios desafortunados y sucesos adversos. Pero para ello tenemos que contribuir a aclarar y sistematizar el funcionamiento de los diversos procesos y la actuación de las distintas personas que intervienen actualmente en cualquier acto sanitario por simple que sea.

Carles Fontuberta

Mi exposición se basa en la necesidad de potenciar las acciones “a priori” que eviten las graves consecuencias derivadas de un error médico. Creo, pues, que la mejor gestión de un error es prevenir sus consecuencias.

Voy a comentar someramente algunos aspectos sobre la información, la comunicación, el consentimiento informado, sobre la relación médico-paciente y sobre el papel ético y profesional de los médicos y (por extensión) de todos los profesionales sanitarios, como bases fundamentales, a mi entender, para una adecuada gestión de los errores médicos.

La relación médico-paciente, a diferencia de otros tipos de relación interpersonal, es una relación de desigualdad. Es el contacto de un profesional con alguien que le necesita para algo tan importante y sensible como lo relacionado con su salud o incluso con su vida.

En el contexto de esta relación aparece la información como el concepto clave, quizá el más destacable, del complejo proceso de la relación médico-paciente.

Me resulta incomprensible tener que insistir a algunos profesionales de la medicina en su obligación de informar a sus pacientes. Informar no debe ser una obligación en el sentido de imposición. No es una obligación y menos una imposición. Es y debe ser vocación de servicio. Debe ser algo consustancial e inherente con el ejercicio de la profesión médica.

La información es la vía que va a mejorar la relación entre médico y paciente, con todos los aspectos inmediatos y lejanos que ello va a comportar.

En mi experiencia, tanto como médico clínico como en responsabilidades directivas en varios hospitales, he podido comprobar no solo las repercusiones positivas de una adecuada información sino las consecuencias negativas de no haberla dado o haberla dado incorrectamente.

Informando no vamos a evitar el error. Pero al informar estamos empezando a gestionar el posible error.

La ley General de Sanidad de 1986 supuso una auténtica revolución para nuestro Sistema Sanitario por muchos motivos. Uno fue porque, por primera vez, se introducía en su Art. 10, una carta de derechos de los pacientes, simple reflejo de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por ello su relevancia está fuera de toda duda. Pero lo más destacable quizá sea que varios de los

apartados del Art.10 constituían el desarrollo de lo que se llamó y hoy conocemos como “derecho al consentimiento informado”.

Tanto las Administraciones Sanitarias como los Profesionales obviaron la existencia de esta carta hasta avanzados los noventa.

Sin embargo el aumento progresivo de demandas judiciales contra médicos, y personal sanitario en general, suscitó la preocupación por la puesta en marcha de instrumentos que favorecieran el cumplimiento de la normativa legal derivada de la aplicación práctica de la LGS. Y de forma muy especial se empezó a desarrollar el tema del consentimiento informado.

Por su parte, el Art. 10.5 dispone que el paciente tiene derecho “...a que se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la LGS, la información es un derecho exigible cuyo incumplimiento puede acarrear importantes consecuencias jurídicas.

Y no solo eso. Una adecuada información, y así se ha podido comprobar, va a reducir en gran medida las reclamaciones por mala praxis profesional.

Estamos en una época en que se obliga al médico a compaginar a un mismo nivel capacidades humanitarias, habilidades técnicas y conocimientos científicos. No sé si se le puede pedir tanto. Lo que sí parece cierto es que las capacidades humanitarias van perdiendo terreno frente a las otras dos.

Es evidente que los avances en la tecnología médica parecen haber disminuido mucho la necesidad de contacto y de relación con los pacientes.

Parece, erróneamente, que la tecnología da resultados tangibles sobre los pacientes y el contacto personal, no tanto.

No hay que olvidar nunca el potencial terapéutico del optimismo, de la comunicación, del apoyo moral, del afecto.

El médico no es solo un científico, un técnico o un artista. Es por encima de todo un servidor de la persona enferma y de la comunidad. Y en ese contexto, la información y la comunicación deben ser dos herramientas insustituibles para el logro de estos objetivos.

Narcís Mir

1. Sobre la identificación y los contornos del problema

No debería sorprendernos el fuerte crecimiento de las demandas, en sede judicial, como consecuencia de resultados no deseados por el paciente, de los servicios sanitarios. Y ello por las siguientes razones:

La frustración (reacción) frente a un determinado hecho nace por el sesgo en relación a nuestras expectativas, es decir, en relación a los resultados esperados. No se hace, por tanto, una comparación histórica de ventajas conseguidas. Si comparáramos los cortes del suministro eléctrico con los que se tenían hace algunos años deberíamos estar satisfechos. Pero no es así. Tanto nuestro sistema productivo como nuestros espacios privados requieren de un suministro constante de fluido eléctrico. En consecuencia, nuestra expectativa es que no hayan fallos en este suministro.

Por otro lado, hemos creado sociedades que, en general, toleran mal el sufrimiento, el dolor y la muerte. Y a ello ha contribuido la propia ciencia, a partir de la Ilustración, creando expectativas de solución de cualquier problema científico y tecnológico.

Pero, con independencia de nuestras expectativas, los datos estimados del problema reflejan que nos encontramos con valores de “errores” altos y, lo que es peor, que manifiestan una elevada resistencia a disminuir.

2. Sobre lo que se puede hacer para mejorar la situación

Ensayemos con una desculpabilización del problema y hablemos de riesgo en lugar de errores. En la formación del riesgo intervienen dos variables: la *probabilidad* (o frecuencia) de que ocurra un suceso dañoso, y la *magnitud de los efectos* (severidad) de este suceso. La prevención se concentra, fundamentalmente, en la reducción de la probabilidad: el mejor accidente es el que no existe.

Podemos ahora preguntarnos en los procesos industriales se ha conseguido, prácticamente, el error cero y porqué, en cambio, en los procesos sanitarios no hay mejoría en lo que llamamos errores médicos.

Una primera respuesta la podemos encontrar en la distinta naturaleza de estos procesos. En efecto, Mintzberg distingue cinco mecanismos básicos para coordinar el trabajo en las organizaciones:

- a) Adaptación mutua: se produce la coordinación mediante la comunicación informal entre los agentes.

- b) Supervisión directa: emerge un agente entre los operarios y adopta el papel de dar instrucciones y vigilar su cumplimiento.
- c) Normalización de los procesos de trabajo: la coordinación se obtiene mediante la rutinización, la estandarización de los procesos de trabajo.
- d) Normalización de los resultados: se deja libre el proceso de trabajo pero se fijan sus resultados.
- e) Normalización de las habilidades: no hay fijación ni de los procesos ni de los resultados sino que son los individuos los que acceden a la organización con unos conocimientos y habilidades ya aprendidas. Los profesores y médicos son paradigma de esta forma de coordinación.

Las organizaciones utilizan estos mecanismos de coordinación en distinta medida. No obstante, suele haber alguno de ellos que es dominante y tipifica a la organización. Se obtiene así la siguiente taxonomía de organizaciones o configuraciones organizativas:

- a) Estructura simple o empresarial. Domina la supervisión directa.
- b) Burocracia maquina. Domina la normalización de los procesos de trabajo.
- c) Organización profesional (o burocracia profesional). Domina la normalización de las habilidades.
- d) Forma divisional. Domina la normalización de resultados.
- e) Organización innovadora (o adhocracia). Domina la adaptación mutua.

Sin poderme extender sobre el asunto, si diré que en la normalización de los procesos de trabajo es mas fácil la reducción de los errores. De aquí que en los procesos industriales se hayan conseguido mejoras substanciales. En cambio, la gran descentralización vertical y horizontal, que es una característica de las organizaciones profesionales, dificulta la reducción de los errores. Mas aún, cuando existen problemas en estas organizaciones existe la tentación de un mayor control central, estableciéndose mecanismos correspondientes a la normalización de procesos (estandarizaciones, protocolos, etc.) y supervisiones directas. Los resultados suelen ser demoledores: no se corrigen las actuaciones de los malos profesionales y se desincentiva a los buenos profesionales. No es que no puedan ni deban aplicarse determinadas supervisiones y protocoliza-

ciones al trabajo de los profesionales sanitarios, sino que deben practicarse con sumo cuidado y nunca se conseguirá la excelencia profesional por este mecanismo.

¿Que puede, por tanto, hacerse? En mi opinión si, como se dijo en el seminario, hay déficits de formación y carga de trabajo en las actividades de enfermería, esto debe corregirse. No hay nada peor en una organización de profesionales que falle el principal mecanismo de coordinación del trabajo, es decir, que exista un déficit de conocimientos y habilidades (estas últimas a partir de un proceso de aprendizaje demasiado rápido).

Pero no es conveniente acudir, de forma preferente, ni a la normalización de los procesos, ni a la normalización de los resultados ni a la supervisión directa, para disminuir los errores médicos.

¿Que mecanismo nos queda, pues? La adaptación mutua (comunicación y búsqueda de soluciones a partir de relaciones transversales). Esta es, a mi entender, la tesis contenida en la principal propuesta del doctor Aubia y en algunas de las propuestas del doctor Ricardo de Lorenzo. Se trata, en primer lugar, de que el problema se considere como un problema médico, en el sentido que involucre a todos los profesionales en la búsqueda de soluciones y que no se desvíe únicamente a la vía del aseguramiento. Esta última solución solo conseguiría un crecimiento explosivo de las pólizas. Pero, sobretodo, se precisa la creación de grupos de trabajo, a semejanza de los círculos de calidad, en los que se planteen y propongan soluciones orientadas a la reducción de los errores a partir de reportar las prácticas e incidencias diarias liberadas de la nota de culpabilidad.

José Vicente Molina Igual

En cualquier momento puede producirse el error del equipo de salud

En cualquier momento puede producirse el error, el paciente delante del error genera todo un sistema de anticuerpos, lo primero que ocurre es que el paciente se distancia del equipo de salud, de su médico y de su enfermera, esa distancia es producto de la desconfianza pero el paciente continua generando anticuerpos y busca un culpable. Siente la necesidad de buscar un culpable, para que no vuelva a ocurrir la tragedia o para buscar una compensación económica.

Esta desconfianza hace que los pacientes busquen refugio e información en asociaciones como la asociación europea: “patient protect” para informarse de lo que quizás no pueden o no saben darles algunos equipos de salud, estas asociaciones basan sus filosofías en la protección del paciente y con la intención de evitar abusos, negligencias, costes excesivos de salud, errores e incompetencias en la salud.

Todo este proceso tiene que hacernos pensar y preguntarnos si estamos haciendo todo lo posible para evitar los errores del equipo de salud. Lo primero que tiene que resolver el equipo es la preocupación social por la existencia del error médico y del error de la enfermera y ponernos en el lugar del paciente y su familia. A partir de este momento hay que empezar a trabajar en cuatro objetivos:

1. Recuperar la confianza del paciente, con información clara, inteligible, necesaria para el paciente y su familia.
2. La educación sanitaria a los pacientes es básica para comunicarnos con ellos.
3. El paciente tiene que aprender que el médico y la enfermera forma un equipo de salud con un objetivo, que recupere su salud y su calidad de vida lo antes posible, bien en el hospital o en el centro de salud y que ambos se complementan y un equipo no sustituye al otro.
4. Aceptar las dudas de los pacientes y entender que los pacientes tienen que tener la capacidad de poder preguntar sus diferentes niveles de dudas y tener acceso a información directa e información general que le permita decidir dónde acudir a mejorar su estado de salud.

El paciente muchas veces se pregunta:

- ¿Por qué he tenido que ser hospitalizado?
- ¿Era esto realmente urgente?
- ¿Tengo que someterme a esta operación?
- ¿Por qué he tenido esta infección durante mi estancia en el hospital?
- ¿Puedo escoger a mi médico?
- ¿Cómo escoger a un buen médico?
- ¿Puedo escoger mi hospital?
- ¿Cómo elegir un buen hospital?
- ¿Eso fue mal, los médicos afirman que era inevitable, hablan sobre riesgos inherentes; tengo que creerlos?
- ¿Era normal esta complicación?
- ¿Soy víctima de un error o de una negligencia médica?
- ¿Mi factura del hospital es exagerada?
- ¿Cuánto cuestan realmente mis medicamentos?
- ¿Todos estos medicamentos son necesarios?
- ¿Me administrarán correctamente los medicamentos?
- ¿Qué tengo que hacer para disminuir mis factores de riesgo?
- ¿El equipo de salud está preparado para asumir esta necesidad de información de los pacientes?

En definitiva más y mejor información, con el tiempo y el personal necesario para presentarla mediante consultas de médicos y de enfermeras, y así conseguir una separación clara entre lo que es un error, consecuencia de una equivocación como producto de la ignorancia, y de la iatrogenia, consecuencia de un acto del equipo de salud, con un diagnóstico y una indicación correcta.

Quizás tengamos que mejorar nuestros métodos de trabajo. Weed recomienda que la historia del paciente esté orientada por problemas y que este método tiene que estar presente en las áreas de asistencia, docencia e investigación y en un marco de la metodología científica, con controles de calidad que permitan la prevención, la detección y la corrección del error, como fin de la evaluación de los resultados del equipo de salud que se comprometen en beneficio del paciente y siempre dentro de la cultura de servicio.

Será el método científico la respuesta a tantos avances tecnológicos y una potenciación de la inversión en personas lo que pueda acercar el paciente a nuestro equipo de salud, nuestra calidad de trabajo y la perspectiva ante el error tiene que cambiar y de esta forma vamos a poder explicar a nuestros pacientes qué es un error médico y qué puede hacer el paciente para protegerse. Sabemos que errar es de humanos, pero si el paciente comparte sus dudas, la información acerca de su salud y toma de decisiones con el médico y la enfermera, seguramente todos estaremos más protegidos de los errores del equipo de salud.

Martín Navaz

El papel del Broker en la transferencia del riesgo a las compañías de seguros

De la intervención de los ilustres ponentes se deducen evidentemente muchas cosas interesantes, pero lo que sí es cierto es que a nivel asegurador el mercado está enormemente restringido, con poca capacidad en coberturas a nivel internacional y con pocas compañías dispuestas siquiera a entablar un diálogo constructivo que conlleve un aseguramiento que satisfaga las expectativas del asegurado, así como las previsiones de siniestralidad de la aseguradora.

A nivel internacional incluso mucho antes del once de septiembre, en los círculos profesionales ya habíamos detectado una corriente de opinión contraria al aseguramiento de los riesgos sobre los que hoy debatimos, es decir los consecuencia de errores médicos o sanitarios.

Ya en el año 2001, las únicas compañías que estaban dispuestas a entrar a analizar este tipo de seguros eran por orden alfabético; Mapfre, Musini (sólo en el País Vasco), St. Paul, Winterthur y Zurich, existiendo una cierta contención en los precios muy relativa y basada exclusivamente en la consideración extendida entre las compañías de que St. Paul practicaba *dumping* en los diferentes concursos a los que se presentaba, según versión de sus propios competidores.

En estos momentos, Mapfre considera que las administraciones públicas no son asegurables en el actual marco jurídico en el que estos seguros se desenvuelven, St. Paul está en fase de venta y/o salida del mercado español según se ha publicado incluso en prensa, Winterthur, aseguradora clásica en estos temas, está en fase de cerrar el ramo antes de que finalice el año, quedando en estos momentos Zurich con vocación de seguir en estos temas y Musini en aquellos temas puntuales que pudiera estudiar, incluso fuera del País Vasco, lo que hoy en día representa una novedad.

Evidentemente el reaseguro internacional no ayuda a ampliar mercado ya que debido a su gran concentración, su posicionamiento monolítico en lo que a reaseguro solvente se refiere, marca evidentemente estrategias restrictivas.

Evidentemente, la situación jurídica española tiene una amplia responsabilidad en la posición de las aseguradoras que operan en nuestro país.

Hasta hace unos años el papel del mediador se circunscribía a la colocación en las mejores condiciones de mercado de las pólizas, si era posible, poniendo en competencia las diferentes aseguradoras que optaban a la contratación.

Hoy en día y de ahora en adelante sólo las soluciones imaginativas podrán conseguir aquello que comentaba antes tan difícil como era conseguir unas buenas condiciones tanto para el asegurador como para el asegurado.

Enumeraré unas cuantas soluciones válidas:

1. Implementar un sistema como el sanitario catalán.
2. Establecer un sistema de franquicias más o menos altas, dejando el gran siniestro a las aseguradoras.
3. Contratar un sistema de administración de siniestros que en régimen de autoseguro permita una gestión eficaz de las incidencias, asegurando sólo el exceso de pérdidas como un “stop loss” asegurador clásico.
4. Implantar pólizas multianuales, hasta donde asegurador y asegurado se encuentren cómodos, con participación en beneficios / pérdidas al final del periodo.

Este sistema obliga a una extraordinaria transparencia en el establecimiento de reservas.

Aprovechando este comentario, creo que es importante destacar que en cualquiera de las soluciones, incluida la clásica aseguradora, es fundamental la transparencia en todo proceso de siniestros y establecimiento de primas como consecuencia de ello.

5. Evaluar la posibilidad de que tanto los centros como los profesionales implicados participen en el coste del seguro, de forma que puedan ser conscientes de la repercusión que su siniestralidad tiene en el conjunto de la póliza.
6. Establecer un sistema que permita aprovechar la experiencia en la tramitación de siniestros y su casuística para hacer prevención que sirva para aminorar el riesgo a los asegurados.
7. Ayudar entre aseguradores, asegurados y brokers a la creación de un estado de opinión en la sociedad de que la medicina no es una ciencia que asegure resultados, ya que las expectativas que genera hoy en día van en ese sentido y las reclamaciones son consecuencia el mismo.
8. Influir frente al poder legislativo para que clarifique la ley 30/92 en el sentido que la responsabilidad objetiva de la administración en el ámbito sanitario no sea de aplicación.

En este contexto y puestos a comentar alguna solución imaginativa de las que su capacidad de resolución están probadas y su eficacia contrastada por más de 5.000 siniestros está el sistema catalán de Responsabilidad Civil en el que entre el CatSalut, el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña y el Consejo de Diplomados en Enfermería de Cataluña, se contratan de forma coordinada y conjunta tres pólizas con las mismas garantías y en la misma aseguradora lo que permite blindar el sistema aportándole la máxima eficacia.

Dicho sistema que se creó en 1993 provenía de un acuerdo algo más restringido entre el Col·legi Oficial de Metges de Barcelona (COMB) y el Institut Català de la Salut (ICS) trasladándose cinco años después al conjunto de la Sanidad Pública Catalana y a la inmensa mayoría de los médicos y enfermeros públicos y privados de Cataluña.

El llamado modelo catalán de Responsabilidad Civil ha sido desde entonces un sistema a imitar por el resto de Comunidades Autónomas sin éxito, ya que requiere unas características ambientales de relación y de implicación conjunta en el problema muy significativas, dándose el caso además de que en Cataluña y en Barcelona en particular existen unos Colegios Profesionales muy potentes y que siempre se han distinguido por tocar este tema de forma muy reconocida por sus propios colegiados.

Como características más importantes, el modelo podríamos resumirlo en:

- a) Unas pólizas que aseguran conjuntamente administración, centros concertados, médicos y enfermeros en la misma compañía.
- b) Un sistema de defensa que hace que independientemente de donde provenga el siniestro y sus repercusiones actuales y futuras al resto del sistema, el tratamiento del caso sea conjunto.
- c) Un blindaje hacia el sistema por que no se podrá dar el caso de que nadie pueda defenderse atacando al otro, centro a médico o al revés.
- d) Un sistema que no duplica la administración de recursos económicos ni humanos, ya que se calcula el conjunto de la siniestralidad y se reparte entre los diferentes colectivos con posterioridad.
- e) Un sistema que cede cualquier decisión a unas comisiones entre aseguradora, instituciones, médicos y enfermeros, lo que hace que los casos y su resolución se vean y fallen conjuntamente, sea cual sea la vía de reclamación.

A modo de conclusión, quisiera resaltar la enorme importancia que deberían tener a futuro foros como el que nos ocupa, en los que intentemos concienciar no sólo a los estamentos jurídicos ni a la opinión pública, que son fundamentales, sino también a las aseguradoras ya que como observarán por mi breve exposición, nos encontramos en un momento histórico en el que debido fundamentalmente a la marcha de dos aseguradoras (Winterthur y St. Paul) nos podemos encontrar definiendo que es un error médico o sanitario, o del sistema, pero sin aseguradora que cubra los riesgos de nuestros profesionales y centros, que en un momento determinado deberían responder con su propio patrimonio en futuras reclamaciones.

Isabel Pera

Me gustaría expresar algunas consideraciones en relación al título del seminario: La gestión de los errores médicos. En primer lugar, el término “error” lleva implícito una connotación negativa y se presta a interpretaciones diversas y hasta tendenciosas. Así pues, a pesar de lo que se ha comentado hasta el momento, opino que conviene concretar qué es lo que entendemos por error y estar todos de acuerdo sobre qué es lo que se pretende gestionar.

Las actuaciones y los trámites a llevar a cabo serán muy diferentes si se trata de un error accidental debido a circunstancias fortuitas que pueden tener relación con el entorno, el contexto donde se produzcan los hechos, ser fruto de las propias limitaciones naturales o de medios y otras condiciones similares, que si nos enfrentamos a una equivocación derivada de una conducta imprudente, negligente, descuidada o resultado de una falta de conocimientos, habilidades o capacidades necesarias para llevar a cabo una práctica competente.

No es fácil desligar una cosa de otra y por ello hace falta, según mi opinión y experiencia, la intervención de profesionales expertos en estos aspectos. El sentido común nos dice que tanto en un caso como en el otro se precisa de un minucioso análisis de los hechos y las circunstancias, pero mientras que en el primero se debe detectar e identificar cuál ha sido el punto débil del eslabón de la cadena que ha fallado y coadyuvado en el resultado no deseado o provocado por error, para corregirlo y tomar medidas precautorias para que no vuelva a suceder, en el segundo caso es necesario recurrir a la vía sancionadora, punitiva, buscar culpables y decidir el castigo en la jurisdicción que corresponda según la entidad, la gravedad de los hechos y sus resultados, ya sea deontológica, empresa, judicial, institucional,...

Luego se puede estar de acuerdo con quienes abogan por el castigo como sistema de gestión de los errores en los casos derivados de mala praxis (imprudencia, negligencia, impericia...) pero me adhiero de forma contundente a los que reclaman un cambio de sistema que acepte la posibilidad del error accidental, fortuito, humano, circunstancial en definitiva, que a pesar de haber tenido en cuenta todos los criterios de normopraxi, puede suceder, y que en este caso no conlleve implícitamente sanciones automáticas ya que no lograrán otra cosa que potenciar el obscurantismo, el encubrimiento, el disimulo y la repetición. Debemos entender el error como una posibilidad de mejorar, favoreciendo la declaración de los hechos, el análisis, la corrección y la prevención.

Siguiendo el hilo de la prevención, también el título “Gestión de los errores” de alguna manera nos da la sensación de que estamos hablando de la actuación a llevar a cabo cuando los hechos ya se han producido. ¿Qué haremos a posteriori? ¿Cómo actuaremos después de un disparate?

En nuestro Servicio de Medicina Legal del Hospital Universitario Vall d’Hebron, el principal objetivo es la prevención del riesgo. Procurar que no se produzcan disfunciones, incidencias o errores accidentales; detectar puntos débiles en los sistemas organizativos, problemas estructurales, colaborar en la confección de protocolos, definición de normas de actuación, estandarización de procedimientos, de guías clínicas, sistemas de acreditación.

Esta fase precautoria es la más importante de nuestra gestión, pero no quiero dejar de resaltar la efectividad o utilidad del asesoramiento directo que se proporciona a los profesionales en el preciso momento en que surge la duda, el dilema o el conflicto asistencial.

También actuamos a posteriori, porque se debe comprender que equivocarse no se puede evidenciar en el cien por cien de los casos, ni siempre se dispone de los medios y recursos óptimos e incluso existen profesionales con carencias competenciales. Se procura entonces someter las actuaciones a la máxima transparencia y respeto por los usuarios, profesionales, personas afectadas y adecuación a la norma legal.

En tercer lugar, constatar que en la mayor parte de las intervenciones y las ponencias, el seminario ha sido coherente con su lema “Gestión de los errores médicos” y hemos visto como se ha desarrollado prioritariamente en un paradigma biólogo, dando preeminencia al enfoque centrado en el diagnóstico y curación de la enfermedad. Como si no pudiera haber defectos en la promoción, educación, prevención, información, etc. Quizás convendría algún día reflexionar muy seriamente sobre porqué cuesta tanto superar el modelo biólogo.

Finalmente, según mi percepción, poco se ha debatido que el objetivo de la gestión del riesgo es la garantía de seguridad del ciudadano, sujeto de las atenciones sanitarias, que conlleva la intervención de diversos y distintos profesionales y que esta participación transdisciplinar es un elemento más de garantía de la seguridad asistencial a la que nos obliga el compromiso social que hemos adquirido.

Josep Prat

1. No debemos hablar de errores médicos sino de errores asistenciales, ya que en muchos casos los errores médicos se producen en un contexto asistencial determinado que condiciona el acto médico o el acto sanitario, ya que además, pueden intervenir muchos otros profesionales. En consecuencia, hablaremos de errores asistenciales.

Los errores asistenciales afectan a las personas, tanto en su vertiente de ciudadanos, como cuando les impacta como profesionales. Y, por otro lado, también afectan a las instituciones. En el primer caso, las personas como ciudadanos reclaman ante los errores protección y compensación por los daños ocasionados. En el segundo caso, desde la vertiente profesional e institucional, se reclama fundamentalmente protección.

2. Una segunda consideración de carácter general giraría entorno a la constatación que los errores, en general, afectan a todos los profesionales y a todos los sectores, si bien en el caso de los errores asistenciales, puesto que la salud está considerada por las personas como uno de los bienes más apreciados, estos errores adquieren una especial sensibilidad social.

Dos correlaciones a tener en cuenta. La primera, la correlación que existe entre el error y riesgo, en la medida que a mayor riesgo, mayores posibilidades que se produzcan errores. La segunda correlación es la que se produce en la medida que el error es consustancial, está correlacionado con la toma de decisiones. Quien decide lo hace con riesgo a equivocarse. Y por lo tanto cuando se valora la actuación de personas, profesionales u organizaciones –ante la posibilidad de equivocarse- se debe hacer un balance global y final entre los aciertos y los errores, dando como positivo que se decanten favorablemente a favor de los aciertos, o dicho a la inversa, que el número de errores sea el mínimo. Bajo esta segunda correlación debemos tener presente que en la dinámica asistencial y en el proceso de diagnóstico se producen un gran número de decisiones, muchas de ellas encadenadas como parte de un proceso.

3. Vías de profundización.

A continuación se destacan algunas posibles vías para minimizar los errores asistenciales:

- 3.1. Acreditación de profesionales. Garantizando unos mínimos conocimientos y habilidades de los profesionales que han de ejercer.

- 3.2. Evaluación periódica de conocimientos y habilidades. La constante evolución de la ciencia, de las tecnologías y la necesidad de mantener la práctica de las habilidades diagnósticas y terapéuticas nos debería imponer un sistema de evaluación periódica de la práctica profesional.
- 3.3. Prevención de los riesgos –de los errores-. Nada impide que se generen políticas de prevención de todo tipo así como estrategias para su implantación, tal como se efectúa en otros campos y disciplinas del mundo sanitario.
- 3.4. El establecimiento de estándares y la protocolización de procedimientos tanto diagnósticos como terapéuticos como asistenciales pueden considerarse estrategias de prevención y seguridad ante los errores.
- 3.5. Profundizar en el consentimiento informado. En la medida que debemos informar al paciente de los riesgos sobre los procesos a que será sometido y a su vez, no menos importante, ganar la confianza y credibilidad por parte del profesional.
- 3.6. Generar comunicación y debate sobre estos temas en los ámbitos profesionales, judiciales, también en los medios de comunicación para evitar la judicialización de los problemas y asimismo informar y educar.

Yolanda Puiggròs

Respecto las ponencias presentadas, quisiera resaltar la que comprende una propuesta de elaboración de un baremo que, con carácter de norma jurídica y de forma similar a cómo se indemnizan las lesiones y secuelas producidas a consecuencia de accidentes de circulación, establezca la indemnización máxima que puede concederse a las lesiones, secuelas y daños en general que puedan producirse a causa de errores médicos o, en general, en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por los actos médicos.

Esta propuesta de baremo puede ser interesante a efectos de evitar la desigualdad existente en la actualidad respecto de las indemnizaciones concedidas para lesiones similares en función del órgano judicial que conozca de las mismas. En la casuística actual nos encontramos con que dos lesiones similares se indemnizan con cantidades absolutamente dispares no solo en Comunidades Autónomas distintas sino también, en ocasiones, en una misma Comunidad Autónoma en órganos judiciales con idéntica competencia territorial. El baremo tendería, en aras del principio de igualdad, a homogeneizar las indemnizaciones y evitar las reclamaciones desproporcionadas.

Sin embargo, me pregunto si el establecimiento de un baremo con rango normativo y, consecuentemente, sometido al principio de publicidad a fin de obtener su eficacia como norma jurídica, pudiera hacer aumentar el número de reclamaciones. Si se aprueba y publica un baremo cualquier ciudadano, asesorado probablemente por su abogado, tendrá una cierta certeza respecto a cuanto puede obtener si reclama y, por el hecho de estar escrito y publicado, bien pudiera considerarlo como un derecho absoluto al que no está dispuesto a renunciar.

El establecimiento del baremo puede tener a su favor la seguridad jurídica como certeza respecto del resultado de la aplicación de la norma y la igualdad en la homogeneidad de las indemnizaciones que pudiera establecer, pero debe tenerse en cuenta si es previsible o no que su mera existencia aumente el número de reclamaciones.

Si el objetivo del baremo es evitar no tanto las reclamaciones en sí sino las cuantías desproporcionadas que se deducen en las mismas, quizás sería efectivo el establecimiento de un sistema de condena en costas similar al que opera-

ba en la jurisdicción civil para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: el principio objetivo del vencimiento.

El sistema actual de condena en costas de la jurisdicción contencioso administrativa únicamente contempla la imposición al particular si sostiene su pretensión con temeridad, mala fe o si se desestima totalmente el recurso.

Esta regulación actual, junto con la práctica consolidada en nuestros tribunales contenciosos a raíz de la Ley la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 en virtud de la cual únicamente se condenaba en costas en caso de temeridad o mala fe, hace que en la práctica en muy pocas ocasiones se condene al reclamante en costas, de manera que éste puede realizar peticiones indemnizatorias desproporcionadas o sin fundamento sin asumir riesgo alguno.

Por otro lado, entiendo que las consecuencias lesivas de las actuaciones sanitarias, sean debidas estrictamente a errores médicos (por coincidir con el título del seminario) o a actos sanitarios en general, deberían estudiarse en todo caso desde el punto de vista de los intereses del usuario dignos de protección que, en definitiva, es el destinatario de las actuaciones y el que disfruta y padece de sus aciertos y errores.

De acuerdo con la declaración de derechos del usuario del sistema nacional de salud que establece el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, la Carta de Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación a la Salud y la Atención Sanitaria en su versión aprobada en abril de 2002 por el Comité de Bioética de Catalunya, el Convenio de Oviedo y demás normas jurídicas de carácter nacional e internacional, el usuario debe ser el protagonista de toda materia objeto de estudio, mejora, planificación, evaluación y cualesquiera otros actos que inciden en la atención sanitaria, así como toda la gestión del sistema se debería centrar en el mismo (acercamiento de servicios, coordinación de los servicios entre sí para evitar peregrinajes innecesarios, etc...) la gestión de los errores médicos no debe ser una excepción.

Por último, destacar que en la sesión de mesa redonda celebrada creo que todos los participantes coincidimos en que en ocasiones las reclamaciones en materia de errores médicos se deben a una falta de comunicación con el paciente durante el proceso asistencial, no solo del médico sino también del

resto del personal, tanto asistencial como no asistencial, que se relaciona con el paciente. Esta falta de comunicación puede consistir tanto en falta de información como en un trato poco humano.

El problema de la falta de comunicación pone en evidencia que, a pesar de su reconocimiento legal, el usuario no siempre puede ejercer plenamente sus derechos a la información y al trato digno.

El deber de información de los centros debería alcanzar incluso la información precisa sobre cuales son las vías y los plazos de reclamación.

Francesca Puigpelat

Me gustaría destacar en primer lugar la oportunidad de la Fundación Víctor Grífols en la elección del tema y la calidad y claridad de los dos ponentes en sus respectivas intervenciones.

Las tesis defendidas en el trabajo del doctor Jaume Aubia me sugieren algunas observaciones que girarán en torno a cuatro puntos: a) el alcance de su tesis; b) el contexto organizativo en el que se mueve el error; c) la cultura sanitaria de la población; d) la salud como derecho y como deber.

- a) El alcance de su tesis. La tesis central del trabajo es clara: cuestionar la actual gestión de los riesgos y los errores en la medicina y proponer formas alternativas de gestión. El enfoque actual parte de la consideración individual de la culpa, la indemnización económica, la mejora a través de una mejor formación del médico individual y el control de la praxis a través de los protocolos. Este planteamiento presupone que la resolución de los errores en medicina ha de resolverse a través de la vía judicial. Frente a ello aboga por una forma más eficaz de abordar el problema del error: se trata de reemplazar el enfoque individual por otro sistemático y colectivo que se materializaría en un sistema en que se informaría de errores latentes o activos sin que nadie fuese inculpado formalmente.

No me queda claro, sin embargo, si este nuevo enfoque es una alternativa total al paradigma dominante o sólo un complemento para paliar y evitar las posibles deficiencias de éste.

La gestión de los errores a través de la vía judicial no se circunscribe sólo al ámbito médico sino que va mas allá de él. Así, por ejemplo en el marco de la seguridad vial también gestionamos los errores a través del castigo individual, la compensación y el aprendizaje y no parece que esta forma de gestionar los errores deba ser sustituida por un enfoque en el que el error es sólo un síntoma de una organización con dificultades (p. ej. carreteras mal trazadas, coches viejos con frenos deficientes, ausencia de transporte público por la noche a la salida de las discotecas, falta de policías en ciertos puntos de la carretera, etc.). Si bien es verdad que este enfoque permite detectar y analizar incluso errores latentes no me parece claro que pueda ser una alternativa a la vía de resolución judicial.

- b) Contexto organizativo en el que se mueve el error. En la ponencia se refuerza la tesis de que el abordaje del error desde la perspectiva individual no es adecuado señalando que normalmente son los médicos más competentes,

los Jefes de Servicio, los que suelen ser más demandados. Creo, sin embargo, que puede darse una explicación razonable de este hecho. Me parece, aunque no lo haya contrastado empíricamente, que cuanto peor se trata al paciente desde el punto de vista afectivo más dispuesto está éste a denunciar errores. Las personas normalmente son capaces de ser tolerantes con el error si la relación con el médico ha sido humanamente satisfactoria. Cuanta más proximidad emocional, menos denuncias. Tal vez muchos Jefes de Servicio son personas de gran competencia profesional pero de menor capacidad empática con el paciente, aunque también es posible que la demanda tenga que ver simplemente con que él es el responsable de unos servicios en los que el paciente ha sido tratado de forma desconsiderada.

- c) Cultura sanitaria de la población. En la ponencia se destaca que es necesario asumir el carácter falible del conocimiento científico y más cuando éste tiene como referente último la salud de una persona individual. Me gustaría señalar en este punto que ha sido y es la propia clase médica la que suele presentarse muchas veces ante el público dotada de conocimientos infalibles. Las campañas para recaudar fondos para la investigación y los anuncios de ciertos tratamientos médicos intentan persuadir al público de que los avances médicos son panaceas definitivas e infalibles para la resolución de problemas y carentes de consecuencias negativas. La propia clase médica debería, pues, contribuir a generar una cultura sanitaria más acorde con el nuevo talante del conocimiento científico, consciente de su falibilidad y provisionalidad.
- d) La salud como derecho y la salud como deber. El problema de la atención sanitaria debe inscribirse en un contexto más general. Lo que caracteriza a las sociedades de nuestro entorno es que hemos pasado de una cultura de los deberes a la cultura de los derechos. La modernidad supuso una ruptura muy importante con las formas anteriores de legitimación política. De tener sólo deberes frente al Estado hemos pasado a tener derechos frente a él. Aunque este giro es encomiable puede dar lugar a consecuencias no del todo satisfactorias si en ciertos ámbitos de las relaciones sociales se enfatiza la idea de los derechos y se olvida la de los deberes. Concretamente, en el ámbito de la atención sanitaria una cultura robusta de los derechos, que deje de lado la cultura de los deberes, puede crear grandes distorsiones.

El doctor De Lorenzo ha señalado al inicio de su intervención que ésta no se correspondería con el texto que, previamente a este acto, nos había sido entregado. La razón alegada es que éste aborda el tema de los errores médicos

desde una óptica estrictamente jurídica y que la discusión puede ser más rica y fluida si dedica su exposición oral a mostrar las líneas maestras que podrían orientar un tratamiento adecuado de los errores médicos.

Me gustaría, sin embargo, referirme a su texto escrito "La situación actual de las pólizas de aseguramiento de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios y la resolución de las indemnizaciones de daños y perjuicios ante las diferentes jurisdicciones". Me interesa sobre todo centrarme en el apartado *Pretensiones indemnizatorias de la Administración responsable y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial*.

Su tesis básica es que fuera del contexto penal no puede existir el seguro de responsabilidad civil de la Administración sino el de responsabilidad patrimonial de la Administración. Por tanto, pese a lo que a veces se dice, no le son aplicables las normas sobre el seguro de responsabilidad civil, contenidas en los artículos 73 a 76 de la Ley del Contrato de Seguro. Tampoco existiría la llamada "acción directa" ni tiene sentido su aplicación máxime cuando ya no existe la posibilidad de utilizar el criterio de la "vis atractiva" del orden jurisdiccional civil.

Creo que su posición es coherente con las consideraciones siguientes y que en su texto también se aducen. Durante muchos años todas las jurisdicciones se consideraban competentes para conocer acciones de responsabilidad frente a la Administración sanitaria. El legislador con una triple reforma quiso resolver el tema atribuyendo competencia exclusiva al orden contencioso-administrativo. Para ello modificó el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el art. 2e de la nueva Ley 29/98 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley 4/99 añadió a la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común la disposición adicional 12.

Me gustaría saber cómo valoraría con respecto a su tesis el Auto 33/2001 del TS de la Sala Especial de conflictos de competencia cuando dice que:

"al no estar contemplados de forma expresa, la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración pública, lo razonable es, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción de un daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener en este supuesto la tradicional y ya clásica "vis atractiva" de la Jurisdicción civil, reconocida en el art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Rosa Suñol

Las lesiones que sufren los pacientes como consecuencia de atención sanitaria constituyen una causa importante de morbi-mortalidad que algunos estudios cifran como la cuarta o quinta causa de muerte en varios países desarrollados. Hay que decir en primer lugar que estas lesiones y/o fallecimientos raramente se producen en pacientes previamente sanos, como se tienda a pensar, sino que los últimos estudios publicados⁽¹⁾ plantean que el 6% (95%IC 3,4% - 8,6%) de los pacientes fallecidos habrían sido de alta vivos en aquel ingreso y que el 0,5 (95%IC 0,3% - 0,7%) habrían sobrevivido 3 o más meses en buen estado de salud y cognitivo.

Por éste y otros muchos motivos la expresión "errores médicos" es inadecuada y genera actitudes tendentes a la culpabilización y poco proclives a la mejora.

El término "error médico" hace pensar en la equivocación posiblemente por negligencia de un profesional aislado, cuando lo cierto es que las lesiones suelen producirse en su mayoría por el diseño de los sistemas de trabajo e involucran la acción de un grupo de profesionales tanto clínicos como no clínicos.

Proponemos aquí enfatizar no el error de los profesionales aislados sino la posibilidad de **mejora de la seguridad de los pacientes**. La diferencia no es solo de nombre, el concepto de mejora de la seguridad clínica transmite un enfoque de mejora y la posibilidad de intervenir en los sistemas de trabajo de forma global. Otras disciplinas como la seguridad aérea, la seguridad vial y la seguridad laboral están empeñadas en procesos de mejora similares al de la atención sanitaria sin que se utilicen sistemas de responsabilización directa de profesionales individuales. La propia medicina ha realizado grandes avances en mejora de la seguridad en la anestesia, las transfusiones o la gestión de medicación mediante la unidosis que han permitido avances significativos en los últimos años.

Sin embargo es importante establecer que el tema de la seguridad de los pacientes puede contemplarse como mínimo desde tres puntos de vista:

- La visión epidemiológica y de salud pública en la que las lesiones a pacientes constituyen la 4-5 causa de muerte. Estamos hablando de problemas en el uso de la medicación, infecciones nosocomiales, problemas de diagnóstico y tratamiento etc.

⁽¹⁾ Hayward RA, Hofer TP. Estimating Hospital Deaths Due to Medical Errors. *JAMA*, 2001; 286:415-20.

- La visión legal con sus connotaciones en el aumento de coste de los seguros de responsabilidad civil que aunque afecta a una proporción muy baja de profesionales crea gran alarma social y genera muchos costes. En este caso tenemos problemas en la cirugía estética, la obstetricia y la traumatología.
- La visión de los ciudadanos sobre la seguridad clínica y su confianza en los profesionales y sistemas de atención. Aquí el tema es el cambio de visión de la sociedad respecto a los sanitarios, la autonomía progresiva de los pacientes y la modificación del contrato social que conlleva la percepción del derecho a una indemnización frente a resultados no deseados.

Aunque las tres visiones están relacionadas es muy difícil abordarlas simultáneamente. En mi opinión deben realizarse estos tres debates de forma separada para lograr acciones que puedan ser efectivas a corto plazo.

Además no deberíamos olvidar el impacto del tema en el colectivo profesional. Un enfoque desde la promoción de la seguridad puede aunar voluntades y el reconocimiento a los esfuerzos por promoverla puede ser un ejemplo para los profesionales y una acción reconocida por la sociedad. El compromiso con la seguridad de los pacientes requiere posiblemente enfoques complementarios:

- La posibilidad del derecho a la indemnización sin que exista una imputación directa de un profesional.
- Los esfuerzos de mejora encabezados por los gestores de los centros y como parte de los objetivos estratégicos de los centros.
- El esfuerzo de los colegios y asociaciones profesionales para desarrollar prácticas seguras y dar soporte a los profesionales que se ven involucrados en situaciones problemáticas.
- La participación decidida de los profesionales en la implantación de prácticas seguras.
- La protección jurídica de los sistemas de análisis de situaciones de riesgo para fomentar su estudio.
- La actitud de los medios de información frente al problema para concienciar a la sociedad y fomentar el diálogo.

Pero sobretodo parece que la acción más importante es reconocer que la mejora de la seguridad debe realizarse y fomentar el interés de todos los implicados en mejorar promocionar el desarrollo de prácticas seguras y la información transparente que genere confianza social en los ciudadanos.

Carme Valls

El problema de la inseguridad en el proceso de contacto de las personas con el sistema sanitario es de complejidad creciente. Uno de los primeros estudios realizados por Brennan y colaboradores⁽¹⁾, denominado “Harvard Medical Practice Study” y publicado en 1991, pone al descubierto que en Nueva York en 1984 un 3,7% de las personas admitidas en los hospitales sufrieron un efecto adverso. Diez años después el mismo grupo publica tres artículos^(2,3,4) en los que señala una prevalencia de 2,8 % de efectos adversos en las admisiones hospitalarias en Utah i Colorado, con una prevalencia más alta entre pacientes mayores de 65 años, 5,3%.

En los últimos diez años se han publicado más de trescientos artículos relacionados con las negligencias y errores médicos. De ellos, unos 119 relacionados con los errores y negligencias que se han presentado en atención primaria⁽⁵⁾.

– Sobre el **sistema de información**.

En este momento es inmensa la cantidad de información que tendríamos que sistematizar. El número de artículos que se publica en el mundo en todas las áreas hace necesarios nuevos métodos de revisión para que toda la evidencia científica acumulada por la literatura pueda llegar a la información de médicos y de especialistas.

En principio, el método Cokran ha sido un salto cualitativo intentando sistematizar toda la medicina basada en la evidencia y también la participación de los usuarios dentro de las prioridades que tienen que trabajarse dentro de la base de datos Cokran. El problema cualitativo es: quién hace la síntesis, quién la informa, ya que, en los momentos actuales, la información sobre avances científicos la comunica los laboratorios farmacéuticos y la industria farmacéutica, es quien está creando un estado de opinión.

También es importante señalar que en la competitividad de los mismos laboratorios farmacéuticos hay ejemplos de fármacos cuyos efectos secundarios no habían sido totalmente comunicados a los profesionales sanitarios (veamos por ejemplo el caso de la ceravastatina con las miopatías, o el caso “Celebrex” en que se publicaron sólo los seis primeros meses del estudio sin que se vieran los efectos secundarios de la medicación). ¿De quién es, por tanto, la responsabilidad de los productos investigados?

En este momento el problema del sistema de información es tan importante en la base de los errores médicos que creemos que tendría que reflexionarse sobre el papel de la salud pública de cada país en la formación continua-

da de todos los médicos, ya que el acceso a la información no es una responsabilidad individual sino una responsabilidad colectiva.

– Sobre la **acción médica y sanitaria**.

La importancia de las guías clínicas es grande, ya que ni por el tiempo ni por cansancio, ni por la suma de trabajos que se centralizan sobre un profesional, éste puede controlar todos los procesos de atención al paciente, lo cual favorece los errores médicos. La evolución de la ciencia hace que los protocolos deban revisarse ya que la excesiva rigidez favorece también errores médicos (veamos el caso de la atención cardiológica a las mujeres, que tenía protocolos diferentes al de los hombres, con la falsa creencia de que las mujeres no podían sufrir infartos de miocardio). Ver Síndrome de Yentl de Bernardine Healy.

Tampoco los protocolos deben reducirse a sistemas de alta tecnología. Veamos que en este momento la realización sistemática de una historia clínica, de los antecedentes personales y las condiciones de vida y trabajo no se están recogiendo de forma sistemática y por tanto, se reducen los protocolos a intervenciones de alta tecnología, sea con analítica, sea con exploraciones, pero no se tienen en cuenta elementos psicosociales (se ha dado el caso de suprimir este apartado en las nuevas historias clínicas que se están proponiendo en Atención Primaria en Catalunya).

En el aspecto de protocolos también es importante la explicación con rigor de los tratamientos y utilizar el consentimiento informado para todos los tratamientos cuya aplicación, resultado y efectos secundarios sean dudosos para los pacientes. Por ejemplo, de estos casos se debería proponer el consentimiento informado para todos los tratamientos con efectos secundarios y existe un paradigma a reflexionar que sería la aplicación del consentimiento en la terapia hormonal sustitutiva de mujeres después de la menopausia, las dudas que existen sobre el tratamiento.

– Sobre la **responsabilidad individual**.

Los derechos de la ciudadanía exigen una mayor información y mayor posibilidad de tomar parte en las decisiones. Por lo tanto, tendríamos que reflexionar sobre los elementos para hacer más protagonistas a los pacientes y en consecuencia más informados.

Parte de los errores médicos también ocurren por el hecho de infantilizar la relación con el paciente y no darle recursos apropiados de información para poder tomar decisiones.

También es importante aprender la discusión de prioridades.

– Sobre la responsabilidad jurídica.

En este campo se debería reflexionar sobre la necesidad de historias clínicas rigurosas que concreten porqué en los momentos en que hay un litigio o se piden responsabilidades y se pueda indemnizar a las personas afectadas por errores o por irresponsabilidades, si la historia clínica no es rigurosa y no queda bien clara, existen muchos problemas legales. En este sentido los juristas pueden ayudar a los médicos a concretar mucho, como lo hicieron los primeros cirujanos con la medicina interna, ya que evaluaron muy bien los signos de diagnóstico, para llegar a los diagnósticos adecuados y por tanto, en este sentido los juristas pueden ayudar a reflexionar para poder concretar los aspectos legales de la información médica.

Veamos el caso, por ejemplo, de las personas afectadas por exposición a pesticidas en los lugares de trabajo u otros casos que se han vivido últimamente en Catalunya, como el de la extirpación total de páncreas en una mujer que tenía en realidad unas crisis abdominales por una enfermedad metabólica denominada “porfiria”. Por tanto existen unos problemas de concreción de responsabilidades jurídicas y legales que deberían formar parte de la política cotidiana de la medicina. Para ello proponemos que exista una reflexión mucho más a fondo de estos problemas y felicitamos a la Fundación Víctor Grífols por permitir debatirlos en este momento y estimular el debate, sobretudo en los aspectos de sistematización de la información y de consentimiento informado de todas las áreas de la medicina.

BIBLIOGRAFIA

1. Brennan TA, Leape LL, Laird NM et al. Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: Results of the Harvard Medical Practice Study I. 1991. *N Engl J Med* 324: 370-376.
2. Studdert DM, Thomas EJ, Burstin HR, Zbar BI, Orav EJ, Brennan TA. Negligent care and malpractice claiming behavior in Utah and Colorado. 2000. *Med Care* 38 (3): 250-60.
3. Thomas EJ, Studdert DM, Burstin HR, Orav EJ, Zeena T, Williams J, Howard KM, Weiler P ©, Brennan TA. Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado. 2000. *Med Care* 38 (3): 261-71.
4. Thomas EJ, Brennan TA. Incidence and types of preventable adverse events in elderly patients: population based review of medical records. 2000. *BMJ* 320 (7237): 741-4.
5. Adverse events in primary care identified from a risk-management database. 1997. *J Fam Pract* 45 (1): 40-6.

Jordi Vallverdú

Desearía incidir nuevamente en las palabras del doctor Aubia. En un punto de su discurso admite que los “conceptos de seguridad y riesgo son conceptos sociológicos y, por consiguiente, relativos”, aunque poco más tarde afirma que “más allá de las percepciones existe una falta de seguridad real”. Parece claro que estamos incurriendo en un argumento falaz de amplia difusión en el ámbito de la evaluación de riesgos. Por un lado tendríamos a la ingente masa de individuos que constituye la sociedad civil y que mantiene percepciones erróneas o sesgadas (culturalmente determinadas) del riesgo, mientras que por otro el núcleo de expertos que conocen los hechos reales y pueden opinar con conocimiento de causa. Bien, creo que resulta necesario recapacitar sobre lo erróneo del planteamiento. En los estudios de análisis de controversias científicas se ha podido demostrar que la idea de riesgo y su percepción crea conflictos incluso entre la comunidad científica, en nuestro caso la médica. Los expertos no mantienen visiones unificadas y claras ante un posible riesgo y su identificación y evaluación, al tiempo que difieren en aspectos técnicos como la valoración de la evidencia aportada por grupos de investigación rivales o el modelo de cálculo estadístico. De hecho las diferencias mantienen marcadas pautas nacionales, como podemos encontrar en las diversas aproximaciones al análisis de riesgos norteamericana o europea. El National Research Council o la European Environment Agency mantienen definiciones alejadas de las nociones de “riesgo”, “incertidumbre”, o “ignorancia”, además de pertenecer a tradiciones sociales y jurídicas muy diversas, que abogan por un modelo adversarial en Estados Unidos y confidencial en Europa. No obstante, la inclusión de la sociedad civil en los modelos de análisis de riesgos, es decir, en la toma de decisiones de ámbito científico, ha ido aumentando, como lo demuestran conceptos como la “caracterización del riesgo” (creada por el NRC en 1996) o en los puntos 8 y 9 del informe de la EEA sobre el principio precaucionario (2002, Informe 22). El complejo problema de la tecnocracia aparece cuando surgen discursos que separan taxativamente entre percepción del riesgo como socialmente construida y análisis del riesgo como algo real y científico. En este caso, sólo los individuos mejor informados y con conocimiento real del caso podrían opinar de forma unívoca. Pero esto no es tan sencillo. Sin llegar a profundizar en demasía en aspectos técnicos, podemos advertir las incertidumbres presentes en la misma práctica científica: la epidemiología, por ejemplo ha demostrado ser altamente útil en el estudio de enfermedades infecciosas como

el cólera, pero no ha demostrado fehacientemente su validez en el análisis de enfermedades crónicas como el cáncer. Al mismo tiempo, la epidemiología demuestra su ineficacia en tanto que sistema de alerta preventiva. Pero si vamos a aspectos más internos del funcionamiento de la epidemiología, encontramos fuertes polémicas por ejemplo en el uso de modelos estadísticos en las pruebas clínicas: el dominio frecuentista ha ido recibiendo la oposición sistemática, aunque leve y continuada de propuestas bayesianas, introduciéndose en las fases iniciales (I y II) de las pruebas. Podría enumerar algunas debilidades de los estudios de cohorte o de los transversales, pero este no es el espacio indicado. Al mismo tiempo, encontramos entre los expertos médicos una dificultad intrínseca en la definición del concepto de “causa”: para los epidemiólogos (buscan causas remotas de tipo genético, ambiental o sociales), la noción de causa es completamente diferente a la de los fisiólogos (más interesados por el mecanismo patogénico subyacente o el desarrollo final de la enfermedad).

Por ello, no hay visiones completamente privilegiadas en el estudio de la ciencia médica, sino una diversidad amplia de intereses y percepciones de la situación. Como ha reconocido el doctor De Lorenzo en su ponencia, la sociedad civil participa más debido al aumento de la democracia y a su desarrollo interno. De hecho, la sociedad civil es ahora consciente de su poder demográfico, útil en los procesos de elección democrática, pero también en los de producción y consumo de bienes/servicios. Desearía aportar algunos datos: las organizaciones no gubernamentales han pasado de 88 en 1870, a 700 en 1939, 2296 en 1970 y más de 20.000 en el año 2000. La sociedad civil desea participar en las elecciones y decisiones, aunque se traduzca en un aumento de la litigiosidad por “errores médicos”.

Finalizando mi participación en este interesante seminario, querría enumerar algunas propuestas posibles para el estudio de los errores médicos. En primer lugar, tomo las palabras del doctor De Lorenzo referentes a la necesidad de los médicos de liderar la investigación: los modelos y protocolizaciones deben surgir de la propia comunidad médica avanzándose a cualquier intento estatal o social por controlar la práctica científica. La percepción social será mucho más positiva si se entiende que el reconocimiento del problema ha sido honestamente identificado y atajado por los propios implicados. En segundo lugar, la necesidad real de incluir la sociedad civil en los modelos de análisis del error médico, como ya han ido haciendo otros organismos de investigación. En

tercer lugar, aceptar y difundir la necesidad del error en la práctica científica, sin que ello signifique abogar por la ineptitud o la dejadez profesional. El error es algo inherente a las prácticas humanas. En cuarto lugar, cabe tomar atención a los procesos de traducción de la información técnica a un lenguaje natural o universalmente asequible. La percepción social viene determinada por la fuente y los métodos de transmitir esa información: el médico tiene un papel clave en la atención e información de sus pacientes, por otro lado, cada vez más informados. En quinto y último lugar, cabe reflexionar respecto las diferencias entre la medicina privada y la medicina pública, como dos ámbitos de actividad completamente diferentes y con medios de actuación diversos. La esfera de lo privado (incluyamos también las empresas aseguradoras) puede salir beneficiada o perjudicada de la actividad pública, o viceversa, en función de su papel activo y las respuestas a la gestión del error.

Ángel Vidal

El debate con relación al título de los errores médicos considero que sería más conveniente denominarle gestión de los errores sanitarios por abarcar más ampliamente el concepto, los profesionales implicados de diferentes disciplinas y el sistema en que se desarrolla el marco sanitario son multifactoriales y multicausales, siendo difícil establecer si el error es individual o debido a la organización. En todo caso mi interés se centra en los errores derivados de la organización sanitaria.

Las dos ponencias han desarrollado ampliamente el tema pero desde visiones distintas como son la jurídica y la corporativa profesional. El doctor Aubia aboga por la autorregulación desde la profesión médica y mediante el análisis científico.

El doctor De Lorenzo analiza las sentencias judiciales al respecto y la crisis de las compañías aseguradoras por la variabilidad de las demandas económicas y propone un baremo referente a las indemnizaciones y la potenciación de sistemas de mediación y arbitraje extrajudiciales.

Mi punto de vista es desde la perspectiva de una organización sanitaria altamente compleja y teniendo como referencia el hacer posible la práctica clínica con la mayor seguridad posible. Nuestras organizaciones viven con desasosiego el concepto de error, ya que lo asocian a descrédito y se instaura una cultura de ocultación, que no va a facilitar el afloramiento de los errores para corregirlos. Hemos de cambiar este concepto y sustituirlo por el de la cultura de la mejora y de la calidad separándolo de connotaciones punitivas. La actividad sanitaria conlleva riesgo en los cuales influyen factores individuales y organizativos. Es por tanto, menester aceptarlo y normalizarlo, en el buen sentido que los errores han de ser registrados y analizados por la organización, los que reconocen sus errores son capaces de corregirlos.

Es labor de la dirección del centro introducir y potenciar esta filosofía.

Es necesario dotarse de instrumentos que ayuden a saber cuales son los resultados esperados y posibles, estoy pensando en la Gestión por Procesos con Indicadores y en las Guías Clínicas. Los países del ámbito anglosajón son referentes en la utilización de las Guías Clínicas.

La visión del ciudadano debe estar incorporada con sus aspectos peculiares y con las expectativas razonables que nos puedan plantear. El Consentimiento

Informado bien utilizado puede actuar a modo de contrato entre la organización, el profesional y el usuario.

El tema ofrece la posibilidad de conciliar intereses entre las partes, desde el ámbito profesional hemos de actuar con seguridad, pero sin prácticas defensivas, realizando la mejor práctica, siempre que exista evidencia científica. Confiar en la madurez de todas las partes, en una sociedad de derechos, cada vez planteará más cambios y nuevas dinámicas de relación entre profesionales y usuarios, siendo la organización sanitaria la que ejerce el papel de garantía en el cumplimiento de estos derechos.

Adelaida Zabalegui

En la literatura son numerosos los artículos y libros sobre la calidad del cuidado de la salud en relación a los errores cometidos. Hay que puntualizar que mientras se usa generalmente el término de “error médico”, no quiere eso decir que todos los errores se deban a una actuación médica. El cuidado de la salud es interdisciplinario; en él participan médicos, enfermeras, fisioterapeutas, trabajadores sociales, gestores, etc. Opino que es recomendable dejar de asumir que el responsable de estos errores es siempre el mismo profesional de la salud y en su lugar hablar de “errores clínicos”. Se debería analizar el “sistema” en el que se proporciona el cuidado, y pensar que gran parte de los errores que se cometen no son por falta de competencia profesional sino resultantes de la falta de los controles necesarios para evitar estos errores, que se asocian a una contención del coste sanitario mal enfocada, que genera una reducción del número de profesionales expertos por paciente.

Enfermería es el grupo profesional más numeroso y que más tiempo pasa al lado del paciente. Recientemente Needleman y sus colaboradores de la Harvard University han publicado en *N Engl J Med* (2002) un artículo sobre la calidad del cuidado en 799 hospitales de 11 estados. Los autores analizaron más de cinco millones de pacientes procedentes de medicina interna y más de un millón de cirugía en relación con indicadores de calidad asistencial (infecciones nosocomiales, prolongación de la estancia hospitalaria, complicaciones, sangrados, paro cardíaco, trombosis venosas...). El artículo concluye que el mejor cuidado hospitalario y por lo tanto el menor grado de error estaba asociado a mayor formación por parte del personal de enfermería y al mayor número de horas de dedicación de la enfermera en el cuidado del paciente. Respecto a la formación está claro que a mayor nivel de conocimientos mejor atención. Respecto a la dedicación hay que destacar que los ratios enfermera/paciente en nuestro país están por debajo de los existentes en otros países como USA. En España la enfermera tiene menos tiempo para dedicar a cada paciente ya que cuida de más pacientes, llegando en muchos casos a ser tres o cuatro veces más. Esta sobrecarga asistencial impide que la enfermera pueda dedicarse al cuidado de forma óptima y por lo tanto esta sobrecarga asistencial aumenta el riesgo de errores clínicos.

Entre los errores clínicos más frecuentes podemos destacar: errores de medicación, infecciones nosocomiales, complicaciones mecánicas, caídas y úlceras de decúbito.

En ocasiones, estos errores de la práctica clínica han tenido consecuencias fatales, por ejemplo transfusiones de sangre erróneas con respuestas hemolíticas debido a la incompatibilidad sanguínea. Sin embargo, el 57% de los efectos adversos del cuidado de salud se pueden prevenir (Thomas y col, 1999). Entre todos los efectos adversos los más costosos son complicaciones quirúrgicas, errores de medicación, y diagnóstico o tratamiento incorrecto o tardío.

Por lo tanto y desde mi punto de vista, existe la necesidad de implementar protocolos de reducción de riesgos clínicos y la necesidad de mejorar la documentación de la práctica clínica con el objetivo de mejorar la calidad asistencial. Además, existe la necesidad de realizar recomendaciones a los gestores y docentes en relación con la prevención de errores de elevada incidencia asociados con la asistencia clínica en el contexto del énfasis contemporáneo del cuidado basado en la evidencia empírica. Estos protocolos deben ser validados y analizados en términos de coste-efectividad mediante el informe del error, la revisión del informe de incidencia, la revisión de la historia del paciente y la observación directa.

También es necesario conocer las situaciones vulnerables a error como son personal de plantilla (ratio enfermera/paciente). La cantidad y experiencia del personal a lo largo de los turnos de la semana y del año (fines de semana, festivos, periodo vacacional, periodo de incorporación de personal carente de experiencia, pico de más trabajo del día...). Además, es necesario identificar las unidades de mayor riesgo a errores (unidades de cuidados críticos o intensivos donde se utilizan fármacos de alto riesgo). También hay que dotar de más tiempo al profesional que está al lado del paciente para que mejore su práctica profesional, redactando estándares de seguridad, creando colaboraciones entre profesionales y expertos en el manejo de errores clínicos (Clinical risk managers), proporcionando a los directores clínicos la oportunidad de demostrar apoyo a una cultura que va más allá de la búsqueda de culpables.

Para el cambio de cultura de la culpabilidad a la seguridad, primero debe ser obligatorio informar de los errores a una agencia central mediante un mecanismo de gobierno, con una legislación mejor y más amplia para poder realizar revisión por pares (*peer review*), con el propósito de estudiar los errores y realizar los cambios en el sistema necesarios para que estos no vuelvan a ocurrir. Segundo, se puede implementar un programa de listado de chequeo de seguridad con el objetivo de:

- a. Incentivar que cada profesional visualice su trabajo y su unidad desde una perspectiva de seguridad más amplia.

- b. Establecer medidas estandarizadas claras, concisas, y medibles que el profesional identifique y valore como factores de seguridad importantes como por ejemplo administrar transfusiones después de revisar el protocolo y bajo la responsabilidad de dos enfermeras junto con el paciente receptor de la transfusión.
- c. Desarrollar un método de recogida de datos que disminuya los sesgos de confirmación / responsabilidad.
- d. Corregir inmediatamente posibles errores identificados.

Para Brown (2001) el conocimiento es la clave para prevenir errores. Mientras la enfermería española siga siendo una diplomatura, los enfermeros no estaremos capacitados para afrontar los retos que ofrecen las nuevas tecnologías y los avances científicos. Tres años de formación no son suficientes para poder asumir la responsabilidad plena del cuidado profesional del enfermo, su familia y la comunidad. La enfermería española ha celebrado veinticinco años en la Universidad como diplomatura y es hora de equipararnos con los países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Países Bajos, Finlandia, Grecia donde la enfermería como disciplina puede contribuir a mejorar el cuidado del paciente formándose en programas de licenciatura, másters y doctorado en la ciencia de Enfermería.

PARTICIPANTES EN EL SEMINARIO

PONENTES:

Dr. Jaume Aubia, Vicepresidente del Col·legi Oficial de Metges de Barcelona

Dr. Ricardo de Lorenzo, Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario

MODERADOR:

Dr. Jordi Camí, Director del Institut Municipal d'Investigació Mèdica y miembro del Patronato de la Fundación

ESPECIALISTAS INVITADOS:

1. **Dra. Margarita Boladeras**, Catedrática de Filosofía Moral de la Universitat de Barcelona
2. **Dra. Montserrat Busquets**, Enfermera y Profesora Titular de Ética y Legislación de la Escuela de Enfermería, Universidad de Barcelona y miembro del Patronato de la Fundación
3. **Dra. Victoria Camps**, Presidenta de la Fundació Víctor Grífols i Lucas
4. **Dra. María Casado**, Directora del Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona
5. **Dr. Carles Fontcuberta**, Director Gerente de la Fundación Unió Catalana d'Hospitals
6. **Sr. Narcís Mir**, Director de l'Observatori del Risc, Institut d'Estudis de la Seguretat
7. **Dr. Vicens Molina**, Supervisor del Servicio de Farmacia del Hospital de Bellvitge y profesor de Farmacología de l'Escola de Infermeria de la Universitat de Barcelona
8. **Sr. Martín Navaz**, Consejero Delegado de Confide, Correduría de Seguros, S.A.
9. **Dra. Isabel Pera**, Jefe de Enfermería Legal del Hospital de la Vall d'Hebron de Barcelona.

10. **Dr. Josep Prat**, Director del Servei Català de la Salut
11. **Sra. Yolanda Puiggròs**, Asesora jurídica del Consorci Hospitalari de Catalunya
12. **Dra. Francesca Puigpelat**, Decana de la Facultat de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona
13. **Sra. Rosa Suñol**, Directora de la Fundació Avedis Donabedian y Directora de la Càtedra Avedis Donabedian de Calidad de la Universitat Autònoma de Barcelona
14. **Dra. Carme Valls**, Diputada del Grupo Parlamentario Socialistes-Ciutadans pel Canvi al Parlament de Catalunya
15. **Sr. Jordi Vallverdú**, Profesor del Departamento de Filosofía de la Universitat Autònoma de Barcelona
16. **Dr. Àngel Vidal**, Director de Programas y Calidad del Institut Català d'Oncologia
17. **Dra. Adelaida Zabalegui**, Directora de l'Escola d'Infermeria de la Universitat Internacional de Catalunya

FUNDACIÓ VÍCTOR GRÍFOLS I LUCAS

Jesús i Maria, 6

08022 Barcelona ESPAÑA

TEL. 935 710 410 FAX 935 710 535

fundacio.grifols@grifols.com

