

# “EL SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA: ¿LA CONSAGRACIÓN DEL RIESGO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN?”

Por Eugenio Moure González.  
Abogado del Ilre. Colegio de Ourense.  
Asociación española de abogados especializados en  
responsabilidad civil y seguro.

## Resumen:

Este trabajo obedece fundamentalmente a tres razones: la primera surge del deseo de abordar un tema prácticamente inédito del que apenas existes referencias bibliográficas, pues el seguro obligatorio de responsabilidad sanitaria se trata de una novedad en nuestro ordenamiento jurídico apenas estudiado hasta la fecha desde la perspectiva de su reciente regulación legal; la segunda consiste en enmarcar el tratamiento que hacemos de este tema en el ya muy estudiado asunto de la responsabilidad sanitaria, aunque no por ello apegado al sentir de la clase médica mientras no se alcance un suficiente grado de consenso; por último, la tercera razón que justifica este trabajo es traer a colación, a modo de escogidas citas, las aportaciones que hizo D. ENRIQUE RUIZ VADILLO al estudio de la responsabilidad médica, cuyo recordatorio en estos momentos demuestra de nuevo su clarividencia al anticipar soluciones a problemas que pese a todo todavía subsisten.

Haciendo un recorrido sistemático del contexto actual de la actividad sanitaria a la incidencia de los cambios experimentados por el instituto de la responsabilidad en este ámbito, y pasando luego al estudio del aseguramiento de la responsabilidad civil y patrimonial, sus orígenes y principales problemas que suscita en la actualidad, tanto desde una perspectiva material como procesal, concluimos llegando al tema objeto de este trabajo, el seguro obligatorio como novedad de apenas un año de vigencia en nuestro ordenamiento, del que se hace crítica por su parquedad y falta de contenido que deja al albur de hipotéticas regulaciones futuras las muchas dudas que hoy suscita. Concluimos dando respuesta al interrogante que se incluye en el título del trabajo, bajo la idea de que no debemos dejarnos llevar por una dialéctica del riesgo que nos conduzca a un temor patológico hacia el progreso

sanitario, so pena de no asumir que vivimos en lo que BECK denominó “la sociedad del riesgo”<sup>1</sup>.

#### 1-.De la medicina humanista a la socialización de la medicina.

Como bien mostraron los trabajos de FOUCAULT la definición de la salud y de la enfermedad, de lo normal y lo patológico, es el resultado de una construcción social que crece al vertiginoso ritmo que impone la imparable evolución de la ciencia y de la técnica<sup>2</sup>. El desarrollo de la medicina en los últimos cien años escenifica ese cambio social, lo que supone pasar de una relación profesional personalizada en aquel médico “de cabecera” de pequeño maletín y fonendoscopio, a otra basada en equipos de trabajo multidisciplinares, organizados tanto en las estructuras hospitalarias como en la atención primaria de la salud, y que recurren a modernos equipos de diagnóstico (ecógrafo, scanner, TAC, RNM...) en su rutina diaria de trabajo. Esos cambios en el proceso de construcción de la asistencia sanitaria viene condicionada también por la dinámica que conlleva, especialmente tras la II Guerra Mundial, la eclosión de las políticas sociales asociadas a los Estados del Bienestar, al asumir la sanidad asistencial, y no sólo la salud pública, como un servicio público más de los que prestan. En España ese fenómeno denominado de “socialización de la medicina” comienza con la Ley de 14 de Diciembre de 1942 que introdujo el Seguro Obligatorio de Enfermedad, traducándose en nuevos hospitales para los trabajadores asegurados que se suman a los tradicionales de pobres y los de asistencia privada. Posteriormente el texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobada por Decreto de 30 de Mayo de 1974<sup>3</sup>, patentiza ya una evidente generalización de la prestación sanitaria financiada a cargo de las cuotas sociales que asumen las empresas y los trabajadores. Y concluye esa transformación de las estructuras sanitarias en 1986 con la Ley General de Sanidad<sup>4</sup> que crea, a semejanza del modelo inglés, el Sistema Nacional de Salud, cuya nota característica es la universalización de la asistencia, incluso a los extranjeros que se encuentren en situación “ilegal” en España. Tras los Pactos de Toledo (1995) la sanidad pasa a financiarse por vía de impuestos –incluso indirectos-, desvinculándose de la caja única de la Seguridad Social.

En medio de ese cambio tecnológico y socio-político el médico se ve envuelto en un nuevo modelo relacional con el paciente que surge como consecuencia de las aportaciones de una novedosa ciencia denominada bioética, cuya principal innovación supone la superación de las clásicas reglas hipocráticas mediante la consagración de unos nuevos principios para la asistencia médica, a los que por primera ocasión se hace referencia en el “informe Belmont”<sup>5</sup>: el principio de beneficencia, el

principio de no-maleficencia, el principio de justicia y el principio de autonomía. Este último denominado en el propio informe como “el respeto por las personas” incorpora, según JAFO, “al menos, dos convicciones éticas: primero, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos; y segunda, que las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección, (de ahí que) lo que se haga con el paciente deberá pasar siempre por el trámite del consentimiento informado”<sup>6</sup>. Esta innovación implica, tal como dejó escrito RUIZ VADILLO, algo más que recabar la autorización del paciente para el acto médico, sino en convertir este requisito en “un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino como corresponde a su infinita dignidad”<sup>7</sup>. El cambio supone pasar de una medicina paternalista en la cual, como explica GALÁN CORTES, “la relación médico-paciente era de tipo vertical, de manera que el médico desempeñaba el papel de tutor y el paciente el de desvalido”<sup>8</sup> (de hecho la palabra enfermo proviene de la término latino “in firmus” que significa sin firmeza), a una medicina basada en relaciones de tipo horizontal, en las que el paciente reclama estar enterado de lo que le ocurre, de las alternativas terapéuticas y de los respectivos riesgos y consecuencias que le puede reportar la opción por unas u otras, teniendo el médico la obligación de satisfacer esa demanda de información.

Ese cambio en la organización sanitaria y en la propia concepción relacional de la medicina conduce a la aparición de nuevos roles para el profesional, no siempre bien asimilados. La antaño relación simbiótica del médico con la sociedad se asentaba en un contrato social tácito basado en la confianza, en virtud del cual no se cuestionaba el trabajo hecho, dejando únicamente como explicación de aquellos resultados infaustos la propia contingencia del acto médico. Actualmente esa confianza está cuestionada. El paciente es sabedor de un derecho a la asistencia sanitaria que el Estado le garantiza con lo cual se desacraliza la figura del médico, convirtiéndose en un funcionario más del aparato administrativo. Esa percepción se acentúa desde el momento en que el profesional de la medicina ve sometido su trabajo a unas limitaciones temporales que le impiden mantener el adecuado contacto con el paciente, imponiéndose además una protocolización de los actos médicos que transmiten una mayor pérdida de autonomía en su trabajo. A mayor abundamiento los problemas de financiación trasladan al médico la necesidad de preservar ciertas pautas de trabajo como salvaguarda de la eficiencia de los procesos asistenciales. Se llega a exigir al médico que sea gestor de su propia actividad profesional bajo el creciente fenómeno de la “medicina gestionada” o “gestión clínica”, con lo cual se llega a convertir al médico en lo que PELLEGRINO llamó “guardián del presupuesto”<sup>9</sup>, sometiéndole a la tensión entre las expectativas crecientes

de los pacientes y los recursos limitados de que dispone. Ese conjunto de factores conducen a lo que FISH y COLES describen como “la erosión del profesionalismo”<sup>10</sup>, y que supone no sólo la desaparición de la antigua mística profesional sino también la presión de un público más exigente y mejor informado que coloca al médico como el referente negativo de un sistema sanitario que no siempre responde adecuadamente a las demandas asistenciales.

## 2.- Yatrogenia y teoría de la culpa.

La yatrogenia, o patología ocasionada por los propios actos médicos, se ha convertido hoy en día en una importante causa de morbilidad, e incluso de mortalidad, en los países desarrollados. Sin tratarse de algo nuevo llama la atención que nuestro sistema sanitario tiende a restarle importancia, salvo cuando sus efectos concretos salen a la luz pública y se convierten cada cierto tiempo –actualmente con mayor frecuencia-, en noticias de portada de los medios de comunicación social. Recuérdese los sucesos del acelerador de partículas de Zaragoza, las infecciones nosocomiales por aspergillus, el fármaco Lipobay, los filtros para hemodiálisis de Baxter, o los más frecuentes casos de contaminación accidental a enfermos oncológicos del virus de la hepatitis C. Pero no se trata de una situación que debamos particularizar en nuestro sistema sanitario. Así, por ejemplo, en el año 2000 se daba a conocer el informe “To error is human”<sup>11</sup>, realizado por el Instituto de Medicina de Estados Unidos, el cual concluía que fallecían al año en este país más personas como consecuencia de los errores médicos que por los accidentes de tráfico, el cáncer de mama o el SIDA. Un año más tarde, la conocida revista inglesa “The Economist”<sup>12</sup> publicaba que en un hospital del NHS (el sistema nacional de salud de Gran Bretaña) fallecieron pacientes infantiles de cirugía cardiaca en tasas superiores al doble de la media. El fracaso era atribuido –según el informe oficial- en mayor medida a la filosofía de trabajo y de gestión que a las actuaciones individuales, apreciación que adelantaba la existencia de riesgos inherentes a un desarrollo sanitario viciado de importantes desajustes organizativos.

Estamos pues ante un fenómeno que se puede catalogar de auténtica patología del sistema sanitario, al que nuestro ordenamiento jurídico incluso llegó a adelantarse a través de la muy innovadora Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>13</sup> (que precisamente surge como respuesta jurídica al dramático caso del aceite de la colza), estableciendo, más en concreto en su artículo 28, un sistema de responsabilidad objetiva que pretende salvaguardar el derecho de los

usuarios –incluidos los de servicios sanitarios- a un resarcimiento por los daños sufridos con ocasión de la asistencia prestada, dejando al margen el componente clásico de negligencia y convirtiendo así todo daño en antijurídico por el mero hecho de producirse en relación causal con un entorno clínico. Superado el impacto jurídico de este proteccionismo a ultranza como garantía de un resarcimiento del damnificado, las novedades normativas de los últimos años inciden no tanto en la idea de responsabilidad sino en la de prevención, partiendo de unas pautas de actuación que se basan en medidas de dos tipos: por un lado, la elaboración de unos estándares mínimos de calidad asistencial y de unos mecanismos de control que fiscalicen su cumplimiento en cada centro; y, por otro, una adecuada información asistencial que permita dar a conocer la calidad medida de todas y cada una de las instituciones sanitarias. La Ley de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud<sup>14</sup> da respuesta a la primera de las medidas citadas creando para ello la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud. La Ley de Autonomía del Paciente<sup>15</sup> permite cumplir con la segunda de las premisas configurando el derecho a la información institucional como complemento del derecho, ya clásico, al consentimiento informado.

En cualquier caso, y sin desvincular esas medidas de las obligaciones del médico como empresario, esto es, en cuanto titular de una empresa de servicios sanitarios, en su única condición de profesional de la medicina le resulta totalmente ajeno un régimen de responsabilidad objetivo u objetivizado con el cual se relativice el requisito de la culpa o se invierta el “onus probandi”. La relación bilateral médico-paciente se enmarca contractualmente en la categoría del arrendamiento de servicios, ello al margen de los supuestos denominados como medicina satisfactiva o voluntaria, en donde el resultado conseguido pone a medio camino esa categoría de la del arrendamiento de obra. El médico se obliga –lo que no es poco- a prestar una serie de actuaciones profesionales pero sin tener que garantizar un concreto resultado en términos de salud, manteniéndose plenamente en vigor el adagio clásico “medico curat, naturalezam sanat”, dado que, como dejó escrito RUIZ VADILLO se trata de “una puesta a disposición al paciente de su saber profesional, sin que jamás se pueda garantizar el éxito de su actuación”<sup>16</sup>. Surge entonces como criterio ponderador el deber de cuidado que le es exigible o “Lex artis ad hoc”, término doctrinalmente acuñado por MARTÍNEZ CALCERRADA<sup>17</sup>, y jurisprudencialmente asumido como elemento caracterizador de la responsabilidad médica en múltiples resoluciones que ya se han convertido en doctrina judicial. Así pues, podemos concluir afirmando que en el mundo de la sanidad actualmente pervive un doble sistema de responsabilidad: uno clásico arraigado en la idea de que “no hay responsabilidad sin culpa” y que queda reservado para la medicina como profesión, y otro moderno que, prescindiendo de

la teoría de la culpa, se asocia a la organización sanitaria en cuanto aglutinadora de un entramado de relaciones que por su complejidad trascienden el simple acto médico.

### 3.-El aseguramiento de la responsabilidad médica.

#### 3.1.-Seguro del profesional y seguro para los profesionales.

Bien sea porque la modificación operada en la actividad profesional del médico genera recelos frente a unos pacientes más conscientes de sus derechos y mejor informados, o bien porque la existencia de errores yatrogénicos ya no se atribuye a la fatalidad sino que se personalizan en personas o instituciones que han de responder por el daño causado, lo cierto es que el aseguramiento de la responsabilidad sanitaria ha experimentado en los últimos 15 años un espectacular crecimiento en pólizas a la par que una contracción de la concurrencia de aseguradoras a esa demanda de seguros de responsabilidad civil<sup>18</sup>, fenómeno atribuido a dos factores: el progresivo incremento de la siniestralidad y la inexistencia de criterios predeterminados de valoración del daño. Lo cierto es que la expansión descontrolada de las denuncias y demandas por responsabilidad médica está afectando al sector sanitario de una forma desmedida, y en su consecuencia también al asegurador. En Estados Unidos ya se estimaba hace unos años el coste de los errores médicos en 200.000 millones de dólares anuales, situación que acarrea el imparable aumento de las primas al albur de ese fenómeno que se ha venido en llamar “la nueva industria del Juicio por mala praxis”<sup>19</sup>, llegando incluso a que exista una insuficiente oferta de profesionales en determinadas especialidades médicas más expuestas a las reclamaciones (como por ejemplo, la obstetricia). Esa situación ya en su día fue criticada por RUIZ VADILLO para quien “el camino de la sociedad, iniciado especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, de buscar a toda costa responsabilidad en los médicos no era una buena solución a los problemas que sin duda existen y que pueden tener otras vías de integración y sobre todo que no lo era el intento generalizado de proyectar estas reclamaciones hacia la jurisdicción penal”<sup>20</sup>.

En cualquier caso lo más característico de ese fenómeno de expansión del seguro de responsabilidad civil en el ámbito de la práctica sanitaria no reside tanto en la multiplicación de la pólizas contratadas, ya sean individuales o colectivas –éstas últimas por la intervención, fundamentalmente, de los colegios profesionales y las sociedades científicas-, sino en la implicación de las administraciones públicas asumiendo la condición de tomadoras del seguro con una doble

intención: asegurar su responsabilidad patrimonial y la responsabilidad civil de sus empleados en el ejercicio de las actividades públicas como tales. El impulso a esta nueva práctica aseguradora, sin embargo, no surgió principalmente de una intención de la administración por blindar su patrimonio frente a posibles reclamaciones, sino en ofrecer una garantía a los funcionarios y demás empleados a su servicio que les diese tranquilidad en su ejercicio profesional, evitando con ello las disfunciones de una práctica clínica a la defensiva. De hecho se puede decir que este seguro de responsabilidad nace de resultados de una reivindicación sindical, al tener su origen en un pacto suscrito en el año 1990 entre la Administración Sanitaria del Estado y las organizaciones sanitarias CCOO y CESIF. De ahí pasó a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991<sup>21</sup> al contemplarse la posibilidad de concertación de este tipo de seguros, lo que finalmente tuvo su plasmación efectiva con la suscripción en fecha 8 de Marzo de ese año de una póliza de seguro entre el antiguo INSALUD y la compañía aseguradora La Unión y el Fénix. En sucesivos años esa póliza se ha ido renovando, previo concurso público, con otras aseguradoras, y también, de una forma paralela, los servicios autonómicos de salud han copiado el modelo suscribiendo sus propias pólizas de responsabilidad con el mismo objeto.

Ahora bien, aunque el tomador de la póliza sea la propia Administración no queda desvirtuado por ello el alcance de las previsiones normativas que rigen para la modalidad del seguro de responsabilidad civil, especialmente la particularidad procesal que supone la acción directa en favor del perjudicado, lo cual es consecuencia de la remisión que hace la Ley de Contratos de la Administración Públicas a la normativa privada<sup>22</sup>. No obstante lo anterior no debe confundirse el aseguramiento de la responsabilidad civil, tanto la directa derivada del artículo 1.902 del Código Civil como la vicaria que resulta por aplicación del artículo 1.903 del mismo texto, con el seguro que da cobertura económica a la responsabilidad patrimonial de la administración. El primero es un seguro específicamente regulado en el título II, sección 8<sup>a</sup>, de la Ley de Contrato de Seguro<sup>23</sup>, mientras que el segundo queda fuera de la específica regulación que merece el seguro de responsabilidad civil, sin que ello sea óbice para su regulación en virtud de las disposiciones generales que recoge el título I de la citada Ley. De acuerdo con lo anterior la acción directa que se contempla en su artículo 76 otorga legitimación al perjudicado cuando se trate de un seguro de responsabilidad civil, no así cuando lo que se asegure sea el riesgo derivado de la obligación de indemnizar en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esto tiene evidentes consecuencias procesales pues en el primer caso el perjudicado podrá plantear su

reclamación ante los órganos de la jurisdicción civil, tanto sea a tenor del propio seguro suscrito por el profesional como del pactado en su favor por la Administración, situación que no acontece cuando la reclamación se atenga a la responsabilidad patrimonial de ésta última, pues su aseguramiento no contempla las consecuencias de las que sea civilmente responsable sino las derivadas del funcionamiento del servicio público cuando no exista el deber de soportarlas. La diferencia entre uno y otro tipo de aseguramiento es la misma que existe en un plano material entre la responsabilidad civil –de signo culpabilístico, más o menos objetivizado- y la responsabilidad sin culpa de las Administraciones Públicas.

### 3.2.-La novedad del seguro obligatorio.

El artículo 46 de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias<sup>24</sup>, establece en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, incluyendo tanto a los profesionales sanitarios como a toda persona jurídica o entidad que preste cualquier clase de servicios sanitarios, la obligación de “suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicio”. Enlaza esa disposición con la previsión contenida en el artículo 75 de la Ley de Contrato de Seguro, referida a la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen, hasta el punto de que “la Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro”, pudiendo ser sancionada administrativamente la falta del mismo y configurándose como requisito para el ejercicio de tales actividades.

Ahora bien, tras establecer el citado artículo 46 la obligación del médico –y restantes profesionales sanitarios-, de proveerse de un seguro de responsabilidad civil, ninguna referencia se da a la cuantía mínima asegurable y a otras especificaciones propias de este tipo de seguro (su delimitación temporal, por ejemplo). Como señala SOTO NIETO “sería absurdo pretender dar cumplimiento a la preceptiva legal concertando un seguro de cuantía irrisoria o postular un deber de concertación de un seguro de exorbitante respaldo”<sup>25</sup>. De ahí la necesidad urgente de que el legislador reglamente las características de este seguro obligatorio fijando su alcance cuantitativo, pero también cualitativo. A pesar de lo expuesto y entrando en vigor esta obligación el 23 de Noviembre del año pasado, ninguna disposición se ha publicado a tales efectos, con lo cual



la realidad profesional sanitaria, condicionada por el imperativo legal, queda al páiro de la imprevisión del legislador, que lanza el órdago de un seguro obligatorio ausente del más mínimo contenido regulador, de ahí que la salvaguarda social que pueda representar esa garantía para el usuario de la sanidad privada se convierte en un brindis al sol.

Se podrá decir en descargo de esta crítica que el legislador estatal ha delegado en sus homólogos autonómicos el establecimiento de las condiciones esenciales de este nuevo seguro obligatorio –tal y así de deja constancia en el penúltimo párrafo del citado artículo 46-, lo cual más que una excusa válida –pues traslada la responsabilidad propia a otros-, supone una dejación de competencias que puede conllevar un fraccionamiento de las coberturas y de las garantías –elementos esenciales a todo contrato de seguro-, dependiendo de cada ámbito territorial. Tal despropósito implica la posibilidad de que un médico deba de suscribir una nueva póliza cada vez que tenga que realizar los actos propios de su profesión en una comunidad autonómica distinta de la de su lugar de establecimiento, o que ante esa previsión opte por suscribir uno que alcance todas las coberturas y garantías posibles a modo de caótica amalgama del conjunto de condiciones que cada gobierno autonómico exija en su respectivo ámbito.

Si el sentido común (en tantas ocasiones –quizás también en ésta- el menos común de los sentidos) aboga por la conveniencia de una regulación básica que sea uniforme en coberturas y garantías para todo el territorio estatal, sin perjuicio de la posibilidad de que a nivel autonómico se dicten las correspondientes normas de desarrollo, a la misma conclusión se llega con la Constitución en la mano, lo que supone una peligrosa huida de los criterios de distribución de competencias en ella establecidos. Vemos así cómo el artículo 149.1.16<sup>a</sup> de nuestra Carta Magna atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de “bases y coordinación general de la sanidad”, que representa según el Tribunal Constitucional (sentencia 71/1982 de 30 de Noviembre y, en el mismo sentido, 69/1988 de 19 de Abril), “la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de los intereses que exceden del ámbito autonómico”, y que incluso el carácter específico de la sanidad respecto del plural de defensa del consumidor, también según el máximo interprete constitucional (sentencia 147/1996 de 19 de Septiembre), “determina que la regla del artículo 149.1.1<sup>a</sup> por su más amplio alcance, debe ceder a la regla más general, en ese caso el artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la propia Constitución”.

La Ley General de Sanidad, asumiendo la competencia estatal reservada en el artículo 149.1.30<sup>a</sup> confirma esa misma idea al prever como competencia del Estado materias tales como la homologación de

programas de formación postgraduada, perfeccionamiento y especialización de personal sanitario, así como la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios. Debido a ello, lo esencial del ejercicio de la medicina queda deferido a otras disposiciones que, como ocurre en el ámbito de las relaciones con los pacientes (al respecto la Ley 41/2001), supone un terreno normativo abonado para la intervención del Estado, pues la íntima conexión que el ejercicio de las profesiones sanitarias tiene con el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la vida y a la integridad física, con el derecho a la intimidad personal y familiar, con el derecho a la dignidad humana y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, exige la existencia de una normativa común para ese nuevo seguro obligatorio, que precisamente pueda convertirse en una respuesta social a las situaciones en las que tales derechos fundamentales al verse lesionados precisan de la garantía de un proporcionado resarcimiento económico a la lesión causada. Sólo así se cumple con esa definición de RUIZ VADILLO del seguro como “expresión de solidaridad desde la perspectiva del Derecho”<sup>26</sup>.

#### 4-¿Hacia una responsabilidad por riesgo?

Existe la tendencia, fruto de una indeterminación conceptual, a asimilar seguro obligatorio y objetivización de la responsabilidad, cuando lo cierto es que se tratan de dos fenómenos independientes aunque en ocasiones ligados por el deseo del legislador de ofrecer una garantía adicional para ciertas actividades propiciadoras de riesgos. En sectores concretos (navegación aérea, circulación viaria, caza...) se ha considerado insuficiente el régimen común de responsabilidad extracontractual presente en el Código Civil, razón por la cual se han dictado leyes especiales que recogen bien una responsabilidad objetiva pura en la que el daño, conectado a un riesgo definido previamente, se constituye en única fuente de la obligación de responder, o bien de carácter atenuado mediante la inversión de la carga de la prueba o la limitación de las causas de exoneración de la responsabilidad. En esas circunstancias la excepcionalidad del régimen legal se completa con la obligación de suscribir un seguro obligatorio que pretende ser la salvaguarda económica para la indemnidad del perjudicado dentro de unos límites económicos previamente establecidos. Existe así una correlación conceptual entre riesgo, responsabilidad objetiva y seguro obligatorio que no permite alterar esa sucesión de ideas relacionadas so pena de desvirtuar esta moderna institución jurídica. Tal rigor en su configuración no es baladí sino que está justificado en la excepcionalidad de un régimen cuyo fundamento, como señala SANTOS BRIZ, “no radica en estos supuestos en la antijuricidad del

acto, ya que éste es conforme a derecho, ni en la imputación (sin más) de un determinado riesgo, sino en la exigencia de <justicia conmutativa>”<sup>27</sup>

El problema reside es la existencia de una producción jurisprudencial que dejando al margen este excepcional sistema legal ha disipado el concepto restrictivo de riesgo no-tolerado en base a una concepción coloquial o vulgar del término, lo que ha servido para justificar al amparo del principio “pro damnato” una atenuación del rigor del teoría culpabilística sustituyéndola por la del riesgo, y ello con la finalidad de favorecer el resarcimiento al perjudicado fundamentalmente mediante la inversión de la carga de la prueba o la exigencia de un plus de seguridad sobre las exigencias reglamentariamente establecidas. Aquella finalidad, recurrente en cierto sector jurisprudencial, no es más que la consecuencia de una moral social anclada en el Estado del Bienestar, y cuya lógica interna se fundamenta en una colectivización de la cargas. Sin embargo, ese silogismo ha sido criticado por un importante sector doctrinal que, velando por la fidelidad del ordenamiento jurídico a unas raíces históricas a las que conceden carta de naturaleza, reivindica un acotamiento del fenómeno de la responsabilidad objetiva u objetivizada a los supuestos legal y taxativamente establecidos, evitando con ello desvirtuar esta institución jurídica por el riesgo que supone de desaparecer del acervo colectivo la idea de responsabilidad personal. PANTALEON PRIETO hace crítica feroz de los efectos de esa construcción jurisprudencial al decir que se trata de “un mecanismo de redistribución perversa de la renta”<sup>28</sup>.

El seguro obligatorio obedece, pues, a una doble finalidad: servir de garantía a las consecuencias de un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo, y establecer topes indemnizatorios que determinen la cobertura económica que se ofrece para esa garantía. Lo primero no implica que todo seguro obligatorio conlleve una calificación de la actividad asegurada como de riesgo, ni lo segundo que deba baremizarse el daño de acuerdo con unas tablas preestablecidas. Así, por un lado, existen normas legales (por ejemplo la que regula la actividad de los mediadores de seguros) y corporativas (para el ejercicio de la abogacía) que exigen la suscripción obligatoria de un seguro de responsabilidad civil sin que ello suponga calificar su actividad como de riesgo, y, por otro lado, sólo conocemos un único seguro obligatorio (el del automóvil) que establezca un baremo indemnizatorio. Según nuestro criterio y, a falta de mención expresa en la norma debido a la parquedad que la adorna, el seguro obligatorio de los profesionales sanitarios estaría en la línea de sus homólogos citados, esto es, no implicaría asumir una responsabilidad por riesgo, ni tampoco, en consecuencia, estaría en disposición de exigir un sistema tabular de los daños al amparo de la cobertura obligatoria. Cuestión distinta es que la práctica jurisprudencial

interpretando correctamente las normas de protección de los consumidores haya incurrido en una cierta objetivización de la responsabilidad de las organizaciones sanitarias –no así de los profesionales como hemos visto de forma precedente-, situación que ha provocado que por algunos sectores –principalmente el asegurador-, se demande un baremo similar al que actualmente y desde el año 1995 existe para el seguro del automóvil<sup>29</sup>. Lo primero es una consecuencia ineludible del sistema legal instaurado por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya citada, mientras que lo segundo surge de la alarma por los datos de siniestralidad en este contexto.

Teniendo presente el doble objeto de este nuevo seguro obligatorio (el aseguramiento de toda la actividad sanitaria privada, tanto a cargo de los profesionales como de las organizaciones con ese objeto social) estamos ante una duplicidad de regímenes que si no se separan puede generar cierta esquizofrenia, pues su indiferenciación en una única modalidad de seguro no se coherente con ese distinto régimen de responsabilidad. El seguro desde la perspectiva del profesional debe limitarse a establecer un límite económico de cobertura, mientras que aquél pensado para las organizaciones sanitarias (hospitales, centros de diagnóstico, etc.) al asumir un régimen de responsabilidad objetivizado no sería desdeñable la incorporación de un sistema tabular que determinase el importe económico del resarcimiento al perjudicado. En cualquier caso la regulación de este nuevo seguro obligatorio debería salvar esas diferencias de concepto, so pena de terminar confundiendo la culpa y el riesgo como respectivos títulos de imputación en ambos contextos. Ahora bien, si un elemento aglutinador debe caracterizarlos es la certeza en ofrecer una fijación apriorística del daño, bien se enlace a un comportamiento imprudente, bien al mero riesgo sin carga de culpa. En este sentido consideramos conveniente la referencia a un baremo que uniformase las cuantías, y a través del cual se permita hacer compatible ese ideal de justicia conmutativa con la seguridad jurídica. Ya tiempo atrás RUIZ VADILLO se inclinaba “decididamente por un sistema de armonización de las indemnizaciones (...) que abarque todos los supuestos de pérdida de vida humana y daño corporal”.

No quiero concluir sin hacer mención a dos particularidades que tiene el daño en el ámbito sanitario. La primera reside en que los riesgos inherentes a los avances experimentados por esta ciencia se traducen en técnicas e instrumentales que no son inocuos; desde los comunes de toda anestesia hasta los que derivan de los modernos métodos de diagnóstico, existe siempre un margen estadístico para el error (de ahí el concepto ya expuesto de yatrogenia). Ese riesgo extraordinario o excepcional siempre debería asumirlo quien lo sufre, salvo cuando se haya omitido

su información que es requisito previo del deber de consentimiento informado. La indemnización en tales supuestos ha de ser en concepto de daño moral por infracción de un derecho fundamental que es personalísimo, salvo que esa omisión del consentimiento haya privado de la opción por otras alternativas terapéuticas, en cuyo caso entraríamos de lleno en el terreno abonado para la “doctrina de la pérdida de oportunidad”, resarcible, según nuestro criterio, en un porcentaje de la cantidad prevista para la secuela efectivamente causada, pues el daño en estos casos no consiste en el resultado dañoso efectivamente producido sino en haber perdido la posibilidad de obtener otro más favorable.

La otra particularidad de las dos que anticipábamos es la derivada de los denominados “riesgos de desarrollo”, esto es, aquellos defectos de productos que son detectados con posterioridad al momento de su puesta en circulación. El sector farmacéutico quizás represente el paradigma de este tipo de riesgos, pero las nuevas terapias génicas que ya deslumbran por la posibilidad de alterar los defectos de nuestro código genético, a modo de medicina preventiva del futuro, no ocultan el temor por las disfunciones de sus aplicaciones, máxime en esa carrera de los laboratorios y centros de investigación por llegar antes al “non plus ultra” de la alteración terapéutica de las cédulas patológicas. Salvo en aquellos supuestos, nuevamente, de mal uso de la información, los riesgos del desarrollo sólo deberían ser objeto de protección por medio de políticas sociales que paliasen sus efectos, deslindado claramente la responsabilidad como institución jurídica de la seguridad social como institución del Estado. En caso contrario el lastre que supondría el deber de resarcir por los riesgos del desarrollo podría paralizar la mercantilización de ciertos avances médicos y con ello la investigación que los propicia, que es clave para nuestro bienestar futuro, máxime por la imposibilidad de asegurar unos riesgos que ni siquiera se conocen, imperativo que deriva del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro.

## 5-.Conclusiones y propuestas.

La profesión médica se ve sometida en los tiempos que corren a las limitaciones que derivan fundamentalmente de la masificación de la asistencia y de una colectivización de la práctica clínica. Ya no controlan sus propios actos sino que son controlados dentro de una estructura jerárquica y burocratizada cuya representación típica es el hospital. Se produce una pérdida de autonomía que erosiona su profesionalidad, al restringir la capacidad de actuar discrecionalmente dentro del clásico principio de libertad clínica. Enfrente se encuentra un paciente cada más exigente en la calidad de la asistencia y en la

demanda de información de su proceso asistencial. El miedo al error propicia una medicina defensiva, pues el infortunio ya no se asume como respuesta a la iatrogenia. Los tribunales acogen un aluvión de denuncias y demandas en muchas ocasiones dirigidas desde agrupaciones y asociaciones cuyo fin reside en perseguir el error médico. La jurisprudencia no se muestra unánime en los criterios de imputación y evoluciona por momentos hacia una responsabilidad por riesgo. Se difumina el presupuesto de la antijuricidad al poner el acento en el resultado producido y no en la acción que lo propicia.

El nuevo seguro obligatorio de responsabilidad puede reforzar la idea de que se está asegurando el riesgo que en abstracto representa la asistencia sanitaria, y no el que en concreto deriva de la imprudencia o la negligencia del profesional. La ausencia de una regulación que aclare las dudas al respecto puede conducir a resultados que distorsionen más este panorama. Urge por tanto una norma que unifique criterios, estableciendo límites indemnizatorios, clarificando los criterios de imputación, fijando las exclusiones de la cobertura e, incluso, incluyendo un baremo de indemnizaciones. La existencia de un régimen normativamente establecido –a semejanza del seguro obligatorio del automóvil-, otorgaría seguridad jurídica en esta materia, superaría el actual clima de litigiosidad y permitiría una mayor y más rápida satisfacción de los perjuicios. Hagamos de la necesidad virtud y afrontemos el reto de superar la contingencia actual que a nadie beneficia.

- <sup>1</sup> Beck, V., "La sociedad del riesgo", Paidós, Barcelona, 1998.
- <sup>2</sup> Cfr. Revuelta, G., Introducción a "Sostenibilidad del sistema sanitario", Fundación privada Vila Casas, Barcelona, 2001, pp.16-17.
- <sup>3</sup> Decreto 2065/1974, BOE nums. 173 y 174 de 20 y 21 de Julio.
- <sup>4</sup> Ley 14/1986, BOE núm. 102 de 29 de Abril.
- <sup>5</sup> Informe Belmont, "Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos en la experimentación", 30 de septiembre de 1978, JHEV Publication No. (05) 78-0012.
- <sup>6</sup> Jafo, J., "Historia de una nueva disciplina: la bioética" en "Derecho biomédica y bioética" (coord. Romeo Casabona, C.M.), Comares, Granada, 1998, p. 103.
- <sup>7</sup> Ruiz Vadillo, E., "La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales", Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 1996.
- <sup>8</sup> Galán Cortés, J.C., "El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios", Colex, Madrid, 1997, pp.17-18.
- <sup>9</sup> Pellegrino, E.D., "El medico como gestor de recursos: la asistencia sanitaria desde la ética y la economía", en "Limitación de prestaciones sanitarias", Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1997, p. 34.
- <sup>10</sup> Fish D., Coles C., "Developing professional judgement in health care. Learning through the critical appreciation of practice", Butterworth, Heinemann, 1998.
- <sup>11</sup> Cfr. "Yatrogenia. La otra cara de la medicina". Cuadernos Quiral, nº10, Fundación Privada Vila Casas, Barcelona, 2002, p.4.
- <sup>12</sup> Cfr. Errasti, F., "¿Qué pasa en nuestros hospitales?", El Mundo, 6 de Septiembre de 2001.
- <sup>13</sup> Ley 26/1984, BOE núm. 176 de 24 de Julio.
- <sup>14</sup> Ley 16/2003, BOE núm. 128 de 29 de Mayo.
- <sup>15</sup> Ley 41/2002, BOE núm. 274 de 15 de Noviembre, cuyo título completo es Ley reguladora básica de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- <sup>16</sup> Ruiz Vadillo, E., "El Derecho Sanitario y su marco constitucional" en "Lecciones de Derecho sanitario" (Directores Gómez y Díaz Castroverde, J.M. y Sanz Larruga, F.J.) Universidad de Coruña, A Coruña, 1999, p.25.
- <sup>17</sup> Martínez Calcerrada, L., "Derecho Médico", Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- <sup>18</sup> Así actualmente en España sólo tres compañías aseguradoras cubren la RC del médico, según "Diario Médico", ejemplar de 7 de septiembre de 2004.
- <sup>19</sup> La situación viene propiciada por estadísticas como la recientemente publicada (ver Diario Médico de 10 de Septiembre de 2004) según la cual en Gran Bretaña se producen 850.000 errores médicos al año, lo que supone el 10% de las admisiones hospitalarias.
- <sup>20</sup> Ruiz Vadillo, E., "La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina", Revista Actualidad Penal, nº27, julio de 1994.
- <sup>21</sup> Ley 31/1990, BOE núm. 311 de 28 de Diciembre.
- <sup>22</sup> Ley 13/1995, BOE núm. 119 de 19 de Mayo, art. 5.3.
- <sup>23</sup> Ley 50/1980, BOE núm. 250 de 17 de Octubre.
- <sup>24</sup> Ley 44/2003, BOE núm. 280 de 22 de Noviembre.
- <sup>25</sup> Soto Nieto, F., "El seguro obligatorio médico. Su significación en el orden penal", diario "La Ley", nº6028, 28 de Mayo de 2004.
- <sup>26</sup> Ruiz Vadillo, E., "El Seguro: expresión de Solidaridad desde la perspectiva del Derecho", Cuadernos de la Fundació Mapfre Estudios.
- <sup>27</sup> Santos Briz, J. "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal", Vol. II, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, p. 555.
- <sup>28</sup> Pantaleón Prieto, F., "Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración", Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, p.88.
- <sup>29</sup> Ruiz Vadillo, E., "El Derecho Sanitario y su marco constitucional", op. cit., p. 34.