

## **LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS SANITARIOS: AVANZANDO HACIA UN BAREMO**

**Dr. EUGENIO LABORDA CALVO**  
**Presidente S.E.V.D.C**

Dice la letra de la canción de Dani Martín, “Cero”-..... Todo lo que vimos se nos fue Soñé que siempre iría al lado Eso que inventamos ya no es Ahora solo existe..... y he de quedarme ahí.

Han sido muchos años de trabajo, diferentes grupos de profesionales desarrollando una actividad intelectual encaminada a cumplir un deseo de la clase médica desde hace muchos años UN BAREMO DE DAÑO SANITARIO.

Y nos hemos quedado en ser una Disposición Adicional Tercera , en la Ley 35/2015

**Disposición adicional tercera. Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.**

El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.

**¿ CON EL NUEVO BAREMO DE TRAFICO AVANZAMOS HACIA EL BAREMO SANITARIO?.**

Tradicionalmente se ha venido utilizando el “baremo” de accidentes de tráfico para determinar cuál debería ser la reparación del daño causado. Pero ha de considerarse que las reclamaciones por los daños ocasionados por la actividad sanitaria han ido creciendo a un ritmo constante; lógicamente las indemnizaciones; traduciéndose en una alta litigiosidad, incertidumbre, por la dispersión y la dispersión de los criterios judiciales.

Por iniciativa del Pleno y consiguiente mandato de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Sanidad, se constituyó el pasado 23 de enero de 2013 un Grupo de Trabajo sobre Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario.

Los trabajos llevados a cabo se centraron en ofrecer una herramienta nueva (Baremo) para contribuir a una mayor seguridad

jurídica, transparencia, agilidad y reducción de la litigiosidad, partiendo de la convicción de que es necesario mejorar la situación actual de aplicación analógica del Baremo de Accidentes de Tráfico a las indemnizaciones derivadas de actuaciones en el ámbito sanitario.

Pero ya en el año 2.005 en el VIII Congreso Nacional de Gestión de Riesgos Sanitarios, se desarrolló una ponencia el Baremo de Daños Sanitarios, titulada Su oportunidad, Su viabilidad. El Punto de Vista del asegurador.

Cuando menos llevamos, 10 años desarrollando diferentes trabajos y una actividad profesional encaminada al desarrollo de un BAREMO DE DAÑO SANITARIO, porque la aplicación de un baremo como sistema de valoración de los daños personales supone una referencia clarificadora para fijar una indemnización y no un precio, como reparación de un daño y no debe olvidarse que el Baremo de Valoración por lesiones en accidentes de tráfico No es un Sistema Médico, sino un sistema indemnizatorio económico jurídico.

Para establecer la necesidad de un Baremo de Daños Sanitarios, se establecieron unas consideraciones generales :

\* La inexistencia de un Baremo para establecer las indemnizaciones por daños relacionados con la actividad sanitaria en centros públicos o privados.

Hay coincidencia en la necesidad de contar con un baremo a estos efectos, objetivo que se ha planteado ya con anterioridad, pero que, por distintas vicisitudes, no llegó a elaborarse. La utilidad del baremo es general, tanto para centros públicos como privados, aunque esta herramienta pueda tener significados específicos en función del distinto marco jurídico en el que operan unos y otros centros.

\* Los problemas que ello genera para los profesionales, para los centros e instituciones sanitarias y a los pacientes.

La falta de criterios y de estándares debidamente baremados contribuye a la incertidumbre y, en no pocos casos, a problemas de seguridad jurídica y de agilidad en la solución respecto de conflictos tanto cuando afectan a profesionales, como a instituciones sanitarias o a los propios pacientes.

Como ventajas que supondría su regulación se señalaba:

a) mayor seguridad jurídica,

b) reducción de litigiosidad,

- c) agilidad en el cobro de indemnizaciones,
- d) previsibilidad de costes y cuantías,
- e) determinación de las primas...

Se propone la realización de un Baremo de Daño Sanitario; esta propuesta no se establece "exactamente" para unificar las indemnizaciones que deben darse en caso de negligencias médicas, sino que trata de solventar la falta de una tabla que evalúe el daño producido por una práctica médica, ya que para esta circunstancia actualmente se aplica la baremación de daño producido por accidentes de tráfico.

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

Ante la inexistencia de un baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario los Jueces y Tribunales siguen aplicando, con carácter analógico, el baremo de daños para accidentes de tráfico que se contiene en la Ley de Ordenación del Seguro Privado. Pero esta es una solución perecedera e insatisfactoria porque muchas de las lesiones que acontecen en los accidentes de tráfico no tienen su correlativo equivalente en el ámbito sanitario. Asimismo, las indemnizaciones fijadas en ambos baremos para daños similares no tendrían por qué ser coincidentes necesariamente ya que las derivadas del tráfico traerían su causa en el accidente (acontecimiento brusco e inesperado), mientras que las derivadas del acto sanitario traerían su causa, en la mayor parte de las ocasiones, en la enfermedad común o profesional (acontecimiento larvado). De igual modo, la propuesta del Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario planteado por el Consejo Asesor de Sanidad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad supondría, objetivamente, una reducción del número de procedimientos judiciales y de peticiones de indemnización desproporcionadas, una regularización de la cuantía de las primas pagadas a las aseguradoras, así como un mayor número de acuerdos extrajudiciales y de terminación convencional de los procedimientos civiles vía Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación.

Se propusieron Criterios para elaborar este Baremo de Daño Sanitario:

- Estará concebido como una herramienta jurídica complementaria del baremo de accidentes de circulación.
- Se referirá inicialmente a las especialidades sanitarias
- Sería susceptible de ampliaciones.
- Se limitara a cuantificar el montante indemnizatorio
- No constituye una alternativa al consentimiento informado.
- Tendría Carácter orientativo y de ayuda para la tarea de Juzgados, Tribunales y órganos Administrativos
- Se utilizaría para cuantificar la indemnización en cualquiera de las jurisdicciones ante las que se plantee una reclamación por mala praxis.
- La Estructura será similar a la de accidentes de circulación
- Se modulará por tramos de edad, la puntuación.
- El valor del punto se actualizaría con la misma periodicidad que el de tráfico.
- Se consideraría la introducción de factores de corrección , existencia previa de la enfermedad, concurrencia de daño moral o extrapatrimonial..
- La justificación: la socialización de riesgos y el debido aseguramiento de los mismos.
- Se debe llevar a cabo mediante una disposición de rango legal.
- Describir las características básicas del BAREMO, para un posterior desarrollo reglamentario.
- Se propone el marco de la ley 16/2.003 de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud , incorporando una Disposición Adicional con dos epígrafes: Referido a la actividad sanitaria en el Sistema Nacional de Salud y otro dirigido a las actividades sanitarias de carácter privado.
- Incentivar la mediación

Lo que nos conduce a que es importante poder definir el ámbito de aplicación, de este esperado baremo de daños sanitarios, porque son diferentes las imputaciones que existen en el ámbito de la responsabilidad sanitaria dependiendo del sujeto responsable: Profesional, Centro público o Centro privado. Oscilando desde una responsabilidad civil por culpa, una responsabilidad civil objetiva hasta una responsabilidad patrimonial.

La opinión del tribunal Constitucional sobre el carácter vinculante del Baremo (tráfico), pero extrapolable al Sanitario El Tribunal Constitucional **DEFENDIÓ** “...la decisión del legislador de establecer, con carácter vinculante, un sistema legal de predeterminación y cuantificación tasada de las indemnizaciones por los daños corporales producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor,... **por su alta siniestralidad y por la garantía en la reparación del daño que supone**

*el aseguramiento obligatorio,...un ámbito que en la actualidad se estructura fundamentalmente a partir de un principio de socialización del riesgo, lo que ha exigido, al menos parcialmente, una inevitable superación del modelo de responsabilidad subjetiva basado exclusivamente en la culpa (reproche culpabilístico), para incorporar otras fórmulas jurídicas, como la del aseguramiento obligatorio, la creación de fondos de garantía o la supervisión pública de ciertas actividades vinculadas con el sector, mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaridad con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico de naeminem laedere, inseparable de la noción de culpa o negligencia...”*

Concluyendo debe señalarse que los trabajos desarrollados para la realización de un Baremo de Daño Sanitario, se pretendía:

- ✓ Fomentar un trato análogo en situaciones semejantes de responsabilidad sanitaria
- ✓ Servir de Marco para alcanzar acuerdos transaccionales
- ✓ Agilizar al máximo el pago por siniestros de Responsabilidad Sanitaria
- ✓ Reducir la Litigiosidad
- ✓ Permitir a las compañías de seguros poder establecer previenes y una prima fundada y adecuada

Los objetivos que se perseguían:

- ❖ Reducir las indemnizaciones por errores sanitarios
- ❖ Ofrecer unas pautas indemnizatorias suficientes, respetuosas con la dignidad y atendiendo a la integridad de la persona
- ❖ Cuidar que la valoración de los posibles daños, y la determinación de los límites de indemnización del seguro obligatorio, no impliquen una desorbitada justificación de incremento de las primas de seguros.

Pero nos hemos quedado en ser una Disposición Adicional Tercera , en la Ley 35/2015, y sería importante conocer el motivo, el porqué de esta situación, porqué si tanto bombo se le dio a la creación

de una comisión propuesta por el Gobierno, por la anterior ministra de Sanidad, no se puede dar una Explicación del motivo de su paralización; porque es el ministro de Justicia el que anuncia su paralización y el actual ministro de Sanidad se excusa en que técnicamente no es posible aunque yo le preguntaría, no será que lo que realmente ocurre es que no tienen verdadera conciencia de la trascendencia e importancia de la existencia de un Baremo de Daño Sanitario.

Se razona a favor de que la existencia de un Baremo de Daño Sanitario, mejoraría la asistencia sanitaria, por ofrecer seguridad, certidumbre y agilidad en la percepción de las indemnizaciones, favorecería la reducción de la litigiosidad, evitaría el desarrollo de una medicina defensiva; además ayudaría a las compañías aseguradoras a cuantificar el daño indemnizable y a calcular de forma más precisa el importe de la prima que debería pagar cada asegurado

En contra se razona que ya hay una jurisprudencia consolidada que proviene de la utilización del baremo de Tráfico. Se dice que deja sin resolver cuestiones esenciales como la pérdida de oportunidad por retraso Diagnóstico, el daño moral. Pero si en tráfico esto tampoco estaría resuelto, ni con el nuevo baremo, o se intenta. Pero no hay que olvidar que accidentes de tráfico el 58,3% son lesionados temporales, sin secuelas, el 36% son lesionados con 1 a 5 puntos, sólo un 0,2% son lesionados con más de 50 puntos; lo que quiere decir que el 94,3% son leves y no conllevan la aplicación de un factor de corrección de al menos una incapacidad parcial y en daño sanitario de entrada no podemos conocer con exactitud esta distribución por lo anárquico de su consideración.

Los datos sobre daños susceptibles de indemnización en el ámbito sanitario, considerando que en efecto, las reclamaciones por daño sanitario pueden ser de distinto tipo.

- Reclamaciones ante las Administraciones sanitarias públicas: son difíciles de cuantificar y clasificar tras la desaparición del INSALUD.
- Reclamaciones frente a entidades sanitarias privadas: hay poca información.
- Reclamaciones frente aseguradoras. Solo hay datos parciales.
- Reclamaciones en sede judicial. Muy dispersas, ya que pueden formalizarse en ámbito penal, civil o contencioso-administrativa.

Se reconoce, con carácter general, se constata, que prácticamente los únicos datos disponibles sobre reclamaciones (anticuados) son los elaborados por el INGESA.

Son datos estimados, según los cuales, entre 1995 y 2001 las reclamaciones tuvieron un crecimiento anual entre 1995 y 2001 del 30% y las reclamaciones por daños sanitarios cubiertos por el seguro de responsabilidad civil, rondarían las 3.000 en 2005 en el sector público, sólo respecto de médicos, no de otras profesiones sanitarias.

Por especialidades médicas los porcentajes serían los siguientes:

- Traumatología 15,30 %
- Obstetricia / Ginecología 14,20 %
- Urgencias / Cuidados Intensivos.: 11,10 %
- Medicina de familia: 10,10 %
- Cirugía General: 7,20 %
- Oftalmología: 6,60 %
- Cirugía vascular: 3,50 %
- O.R.L.: 3,20 %
- Pediatría: 3,10 %
- Neurocirugía: 2,90 %
- Medicina Interna: 2,40 %
- Digestivo: 2,30 %
- Oncología: 2,10 %
- Anestesia: 2,00 %
- Psiquiatría: 1,90 %
- Hematología: 1,90 %
- Urología: 1,60 %
- Cardiología: 1,30 %
- Anestesia: 1,30 %
- Neurología: 1,20 %

Para aproximarse a los datos del sector privado pueden ser útiles los datos de algunas aseguradoras que evidencian una distribución por especialidades diferente. La mayor frecuencia se daría en Medicina Familiar (28,8%), seguida de Traumatología y Obstetricia (15 %), finalizando con la ORL (3,8%).

En cuanto a qué profesionales son los más afectados por reclamaciones, es evidente que los médicos, pero otros van en alza (p. ej. odontólogos y fisioterapeutas, además de los enfermeros).

Pero no disponemos de la identificación de los diagnósticos, la intensidad de los cuadros clínicos reclamados....

Debo concluir afirmando que con el Baremo de Daño Sanitario estamos y estaremos como en aquel programa de televisión que se titulaba, QUÉ TIENE QUÉ LE SOBRA QUÉ LE FALTA