

**20.**  
**RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL VERSUS**  
**RESPONSABILIDAD COLECTIVA: BAREMO DE DAÑOS**

*Ricardo Ferré Alemán*  
Presidente  
Colegio Oficial de Médicos de Alicante

Hace ahora un año comparecí en este mismo foro exponiendo la necesidad que la sociedad española tenía, y sigue hoy teniendo, de un baremo de daños médicos que permitiera establecer un marco jurídico seguro para la indemnización de las consecuencias no deseadas del acto médico o de, en general, la asistencia sanitaria pública o privada.

Un año después, parece que la inmensa mayoría de quienes hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos sobre esta cuestión estamos de acuerdo en esa necesidad, e incluso en su carácter de inaplazable. Por eso, en este momento, no cabe hablar más de si el baremo es necesario o no sino de cómo creemos que debe ser ese baremo.

Se ha citado en numerosas ocasiones como argumento la existencia de un baremo de referencia, el que a raíz de la Ley 30/1995, de ordenación del seguro privado, se aplica a los accidentes de circulación, y que muchos jueces y tribunales han adoptado voluntariamente como guía y ayuda a la hora de pronunciarse en litigios de responsabilidad sanitaria, y también los abogados de una y otra parte han utilizado en este tipo de procedimientos judiciales más allá de su origen que, como he dicho, se vinculaba exclusivamente a los asuntos de tráfico.

Pero los expertos nos han dicho que este baremo no puede aplicarse sin más a las indemnizaciones por daños sanitarios, y que plantea numerosas lagunas motivadas por la circunstancia de que fue pensado para una materia distinta. En esto coinciden los juristas y aquellos compañeros de profesión dedicados especialmente a la valoración del daño corporal, tanto en la Medicina Forense como en el ejercicio privado.

¿Qué hacer, por tanto, ante esta situación?

En este sentido, yo mismo dije en mi intervención del año pasado que la simple extensión del baremo que rige para los accidentes de circulación “no sería más que un parche de urgencia, que debería ser sustituido al más corto plazo”, y ello porque muchos de los eventuales daños que pudieran derivarse de la asistencia sanitaria no encontrarían una tipificación adecuada y “habría de recurrirse entonces a la analogía o a buscar la circunstancia más parecida, lo que llevaría de nuevo a una indeterminación e inseguridad jurídica, que es precisamente lo que pretendemos erradicar”. Y concluí diciendo que “el baremo ha de ser específico para los daños derivados de la asistencia sanitaria”.

Podría pensarse que esto nos lleva a idear un baremo nuevo, o si se quiere a completar las lagunas del baremo de circulación, adaptándolo además a las particulares características del acto médico o de la asistencia sanitaria que producen consecuencias indeseadas. Pero esto sólo sería lo correcto si no tuviéramos otros modelos de referencia a los que acudir. En la práctica legal española existe, además del baremo de accidentes de circulación, otro baremo quizá menos publicitado. Me refiero al baremo utilizado para la calificación de minusvalías y que goza del beneplácito de los sectores que usualmente recurren a él.

Y finalmente es obligado citar un tercer baremo que, si bien todavía no ha tenido aplicación práctica, es una referencia de indudable futuro: el denominado "baremo europeo", o más correctamente la "Guía Baremo europea para la evaluación de lesiones físicas y psíquicas", cuyo Proyecto fue aprobado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo en el año 2003. Es éste un modelo que debe ser tenido en cuenta, a pesar de que su falta de aplicación práctica hasta la fecha no ha permitido evaluar adecuadamente el mismo y calibrar sus posibles virtudes y defectos. Es un modelo a tener en cuenta, ya que la Propuesta de Recomendación del Consejo de la Unión Europea, fruto de los trabajos de la citada Comisión, advertía en su apartado 4) que "en el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario y habida cuenta de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, es conveniente recomendar a los Estados miembros que, cuando procedan a la evaluación de los daños corporales, tengan en cuenta un baremo de evaluación europeo".

Nos hallamos, pues, con tres modelos ante nosotros: el baremo de accidentes de circulación, el baremo de calificación de minusvalías y el proyecto de baremo europeo. Todos ellos tienen aspectos interesantes y positivos, y según la opinión de los expertos a los que he tenido ocasión de consultar, en mayor o menor medida todos deben ser considerados. Ello nos conduce, sin duda, a tomar opciones desde el punto de vista técnico, pues los modelos aludidos no son coincidentes en cuanto a sus características y puntos de partida. Quizá la primera decisión debiera afectar a la oportunidad de seguir el criterio basado en el diagnóstico del daño o secuela o, por el contrario, el criterio de la pérdida de función ocasionada por el daño. El primero de ambos criterios es más rigurosamente objetivo, si bien presenta, en opinión de los expertos, dificultades para encajar determinados daños funcionales. El segundo de los criterios acusa, por el contrario, un matiz subjetivo que debe llevar a ponderar en ocasiones factores difícilmente mensurables.

Se apunta, incluso, una tercera vía, permítaseme la expresión, que conjugaría en determinadas ocasiones la posibilidad de adoptar un criterio, o alternativamente el otro. Esta propuesta que pudiera parecer fruto de la indecisión, se halla sin embargo sólidamente fundamentada y tiene por objeto conseguir que en la mayor medida posible el baremo de daños sanitarios sea lo más completo que esté en nuestra mano conseguir. Evidentemente, el uso alternativo de uno u otro criterio deberá justificarse con relación a unas pautas contenidas en el propio baremo que lo alejen de toda sospecha de ambigüedad o aleatoriedad.

En lo que se refiere a la cuantificación monetaria, parece adecuado no separarse de las cuantías que en la actualidad resultan para supuestos iguales o semejantes de la aplicación del baremo de accidentes de circulación, por evidentes razones de unificación y justicia, ya que como se ha dejado dicho, es éste el que en la práctica se utiliza tanto en numerosos litigios como en las soluciones transaccionales entre las partes. Por otra parte, la comparación llevada a cabo por los expertos nos lleva a tasas semejantes en la aplicación del baremo de minusvalías.

Otro aspecto a tener en cuenta es la especificación de circunstancias que afectan particularmente al ámbito sanitario y que difícilmente van a concurrir en otros supuestos de responsabilidad. De ahí que sea necesario contemplarlas, supliendo así las carencias de otros modelos excesivamente generalistas (como es el caso del Proyecto de baremo europeo), o, al contrario, sectoriales (como el baremo de accidentes de circulación). Esto se traduce en la introducción de resultados dañosos tales como las infecciones, daños y secuelas de neonatología, etc. Igualmente, deben contemplarse situaciones características del ámbito sanitario como las que aluden a la falta de información al paciente.

Muy importante es la referencia a los daños morales. No se debe dejar pasar la oportunidad de establecer un criterio para la valoración de este tipo de daños, pues de lo contrario quedaría abierta la puerta a indemnizar discrecionalmente por el concepto de daño moral. No hay que olvidar la experiencia de que en determinados tribunales de justicia se han fijado cuantiosas sumas por falta de consentimiento informado y, en ese mismo asunto, exiguas cantidades por daño físico o incluso ninguna cantidad.

Deben, por ello, preverse y ponderarse situaciones tales como:

- a) El daño moral por disminución de la expectativa de vida;
- b) El daño moral por disminución de la calidad de vida;
- c) El daño moral por ausencia de información, privando de la posibilidad de no someterse a la intervención o tratamiento;
- d) El daño moral por imposibilidad de tener descendencia;
- e) El daño moral por alteración importante de la vida sexual;
- f) El daño moral por necesidad de intervención reparadora o tratamiento.

Cito los más frecuentes casos de daño moral, y en los que la situación actual permite una conocida disparidad de criterios a la hora de establecer indemnizaciones. La valoración de tales daños debiera realizarse conforme a criterios consensuados y preestablecidos.

Otro aspecto a considerar es la situación previa del paciente. Se deberá tener en cuenta valorando su situación anterior cuando ya existiera una lesión acreditada. No puede ser de otro modo, ya que de no hacerse así estaríamos indemnizando no sólo la real consecuencia dañosa de la asistencia sanitaria sino, por añadidura, cualquier percance anterior, indemnizado o no, o cualquier defecto físico o funcional previo a la intervención. Esto, que es evidente en

oftalmología, da lugar, a pesar de la evidencia, a discrepancias en la valoración del daño que afortunadamente en la mayoría de los supuestos se resuelven gracias al buen sentido de los jueces.

Tampoco debiera ignorarse la posibilidad de la concurrencia de culpas, y ya no me refiero a la culpa compartida entre diversos profesionales sanitarios sino al caso, que no es infrecuente, de culpa compartida entre el profesional y el paciente. Es el caso del paciente que no sigue las instrucciones del médico en el post-operatorio o que no le facilita correctamente los datos precisos en el pre-operatorio, pero que aun así no exime totalmente de culpa al profesional pues la intervención de éste no puede considerarse correcta conforme a la *lex artis ad hoc*. Debiera tenerse en cuenta la concurrencia de conductas del paciente que influyan en la producción del resultado dañoso, que no determinen de por sí la producción del daño, pero contribuyan a su producción o agravamiento.

Finalmente, creo obligado decir, saliendo al paso de determinadas opiniones minoritarias, que la aplicación de un sistema de valoración que asigne unos determinados importes económicos a las correspondientes tasas de lesión psicofísica o daño moral no significa, sin embargo, que nos hallemos necesariamente en un contexto de responsabilidad objetiva. Antes al contrario, la doctrina jurisprudencial en materia de daño sanitario se ha orientado, salvo excepciones, de una manera inequívoca hacia la responsabilidad culposa. Por tanto, la aplicación del baremo no conduce a una objetivación de la responsabilidad, sino exclusivamente a una objetivación de la lesión o daño y de su traducción en una compensación económica. Serán los Jueces y Tribunales quienes deberán determinar en todo caso los presupuestos para que exista responsabilidad, entendida ésta en la generalidad de las situaciones como responsabilidad por culpa o negligencia.