

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Coruña. Vocal del Consejo Consultivo de Galicia. Socio de la FICP.

~La prevención de errores médicos mediante el Derecho sancionador. Algunos aspectos de la responsabilidad extrapenal: los dictámenes previos a la vía contencioso-administrativa~

A la vista del programa del Congreso, la ponencia que en su día me propuso Javier De Vicente obedece al deseo de que yo relatase mi experiencia en esta materia en mi condición de Conselleiro del Consello Consultivo de Galicia, cargo que ocupé durante más de seis años.

Intentaré, pues, exponer la función y la utilidad de tales dictámenes en la vía administrativa, con base en la referida experiencia vinculada a nuestra Comunidad Autónoma. Y aclaro que tal experiencia es perfectamente trasladable a otras CCAA, habida cuenta de que las regulaciones legales de los Consejos consultivos son, *mutatis mutandis*, similares.

Desde su creación, la competencia del Consello Consultivo de Galicia para emitir dichos dictámenes provenía originariamente de la Ley de Galicia 9/1995, de 10 de noviembre, y de su Reglamento, aprobado por el Decreto 282/2003, de 22 de mayo. En el art. 11,j) de dicha Ley se establecía que el Consello Consultivo de Galicia será consultado preceptivamente en las “reclamaciones de responsabilidad patrimonial”. Y en el art. 17.1,e) del Reglamento se indicaba que son competencia de las secciones del Consello Consultivo las “reclamaciones en concepto de indemnización de daños y perjuicios que se formulen contra la Comunidad Autónoma”.

Con posterioridad, en el año 2008 (Ley 16/2008, de 23 de diciembre, disposición final tercera), se llevó a cabo una reforma de la Ley 9/1995, a propuesta de los miembros del Consello Consultivo (entre los que me contaba), en la que se incluyó una cuantía mínima (hasta esa fecha inexistente) para que tuviese que pronunciarse necesariamente el Consello, una cuantía que se fijó en 1.500 euros (“cuantía superior a 1.500 euros”) y que era aplicable a todas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, y no solo a las relativas a la materia sanitaria.

En la actualidad, tras la aprobación de la nueva Ley 3/2014, de 24 de abril, en su art. 12,j, se elevó ese límite hasta los 30.000 euros para los casos que aquí nos interesan,

o sea los relativos a la Administración autonómica (dado que ahora se prevé otro límite, de 15.000 euros, para las reclamaciones ante las Administraciones locales).

Pues bien, la existencia de tales **límites económicos** suscita ya la **primera controversia**. ¿Debe existir algún límite cuantitativo? En caso afirmativo ¿cuál es la cifra concreta que resultaría aconsejable? A mayores, y sentada la conveniencia de un límite, ¿debería establecerse uno específico para las reclamaciones en el ámbito sanitario, diferente del genérico aplicable a las restantes reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración? Vayamos por partes.

En principio, creo que es razonable que exista un límite mínimo, que permita excluir los llamados asuntos de bagatela, cuya tramitación en la inmensa mayoría de los casos no suele requerir, desde luego, un sesudo dictamen del Consello Consultivo; y que además en no pocos casos se trata de una reclamación (como dicen los economistas) “antieconómica”, en el sentido de que prácticamente acarrea más gastos el mero hecho de tramitar la reclamación que pagarla (ej. real, y relativamente frecuente: rotura de montura gafas de pasta en el hospital con una reclamación de 100 euros).

Ahora bien, creo que ese límite no debería ser muy alto. La razón reside en que en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas el dictamen del Consejo Consultivo cumple una evidente función social, al contribuir a ofrecer una tutela jurídica gratuita y relativamente rápida a muchos ciudadanos que probablemente no estarán dispuestos a acudir a la vía judicial ante los elevadas costes que le puede suponer el proceso y la tardanza en resolver.

El límite de 1.500, que se había fijado en la Ley gallega de 2008, parece un límite razonable (incluso cabría discutir si podría ser aún inferior). De ahí que, el límite actual fijado en la Ley de 2014 (de 30.000) me parezca muy elevado. Con todo, quiero ser cauto y simplemente afirmo que la cuestión merecería una reflexión más detenida; eso sí, entiendo que, en cualquier caso, dicha reforma habría necesitado una cumplida justificación, puesto que en los restantes Consejos Consultivos del Estado español encontramos límites de lo más variado, incluyendo la inexistencia de límite alguno.

En concreto, si repasamos las leyes de otros Consejos consultivos equiparables al nuestro en número de dictámenes anuales, podremos comprobar que lo usual es una cifra sensiblemente inferior a 30.000: así, por ejemplo, Valencia tiene 15.000 euros, Castilla y León y Canarias 6.000 euros y Castilla-La Mancha tan solo 600 euros.

Por último, a mi juicio, no habría que descartar una previsión específica en materia sanitaria con respecto al límite que se incluya para la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración. La razón estriba en las peculiaridades del ámbito sanitario, que abogarían por un límite inferior.

Y no me refiero ya solo a la propia doctrina jurídica específica creada sobre la responsabilidad en el ámbito sanitario, que jurisprudencialmente se ha ido desgajando progresivamente de la genérica responsabilidad patrimonial hasta el punto de que haya podido hablarse ya de un supuesto de responsabilidad subjetiva (o, cuando menos, no puramente objetiva), por más que modernamente el TS haya aceptado algunas reclamaciones por responsabilidad puramente objetiva (STS 9-10-12: caso de la vacuna triple vírica, que causa sordera bilateral, a pesar de no existir vulneración de la *lex artis* ni vulneración del consentimiento informado; o caso de vacuna de la gripe que deja a un paciente con síndrome de Guillain-Barré, en silla de ruedas; TS argumenta que la vacuna beneficia a toda la sociedad).

Me refiero además, y sobre todo, a la *complejidad*, que suele ser mucho mayor en el ámbito sanitario, en el que frecuentemente la parte reclamante se enfrenta a unos informes de los servicios médicos de la Administración tendentes en la inmensa mayoría de los casos a avalar la actuación de los profesionales sanitarios; por tal motivo, la parte reclamante se ve obligada a aportar dictámenes periciales que contradigan tales informes.

Recuérdese al respecto que en el ámbito de la sanidad rige el criterio específico de la adecuación de los servicios sanitarios a la llamada *lex artis ad hoc*, que requiere una actuación médica en consonancia con las técnicas y los conocimientos adecuados al caso concreto y al estado actual de estos.

En particular, cabe mencionar aquí el complejo problema de diferenciar entre un diagnóstico erróneo y un diagnóstico insuficiente (vid. CCG 267/09): en el diagnóstico erróneo existe una incorrección o inadecuación de las pautas de actuación seguidas por los facultativos; en cambio, en el diagnóstico insuficiente lo que hay es una previsión de la patología que en principio es correcta de acuerdo con la sintomatología presentada por el paciente y con las pruebas realizadas, pero dicha previsión no excluye otras patologías más severas, de tal manera que habría sido posible la utilización de una praxis médica más ágil y eficiente.

Pues bien, esta distinción es especialmente importante desde el punto de vista de la carga de la prueba. En el diagnóstico insuficiente es el reclamante el que (siguiendo la regla general) debe acreditar que tal insuficiencia se debe a una falta de atención al paciente o a un deficiente uso de los medios sanitarios públicos disponibles; por el contrario, en el diagnóstico erróneo es la Administración sanitaria la que tiene que probar que el personal sanitario actuó diligentemente, operándose, pues, una inversión de la carga de la prueba, inversión que se justifica por el hecho de que la existencia de un daño y la ausencia de un diagnóstico previo de la dolencia del paciente comportan la presunción de que existe un error en el diagnóstico y que, por tanto, es la Administración la que tiene que desplegar una actividad probatoria encaminada a demostrar que la falta de un diagnóstico adecuado obedeció a circunstancias insalvables y extrañas al funcionamiento del servicio público.

En todo caso, lo que pretendo resaltar es que la aludida complejidad no existe en otros terrenos, como, señaladamente, el del tráfico viario (p. ej., los frecuentes casos de accidentes por baches en la calzada o por sustancias deslizantes o accidentes causados por animales salvajes). Aquí la cuestión litigiosa es sencilla, en el sentido de que no se precisan normalmente dictámenes periciales, y basta con la prueba de la realidad de los hechos, unos testigos y un informe (casi siempre objetivo y fiable) de la Guardia civil o la Policía local o de los servicios de mantenimiento.

Además, con un límite tan elevado como el de 30.000 euros, quedarían fuera todas las reclamaciones basadas en la llamada pérdida de oportunidad, que no implican una infracción de la *lex artis*, y en las que la cuantía de la reclamación queda siempre, desde luego, por debajo de los 30.000 euros, porque –como es sabido– en la pérdida de oportunidad el concepto indemnizable no es el daño material causado, sino el daño moral derivado de la posibilidad de aplicar un tratamiento potencialmente más eficaz o con mayor antelación (nuestro Consello consultivo suele valorar dicha pérdida en unos 5.000 euros como máximo, que, aunque se multipliquen, por cinco hijos no llega a los 30.000 euros). Y algo similar sucede con los supuestos de mera falta del consentimiento del paciente, al tratarse también de casos de daño moral (salvo en los supuestos en los que la ausencia de consentimiento creó el riesgo que se materializó en el resultado, y existía otro tratamiento alternativo, supuestos en los que habrá indemnización por el daño causado), daño moral que, por cierto, se admite recientemente por el TC incluso cuando el resultado hubiese sido correcto, curativo, y no hubiese lesión -vid. STC

37/2011-, contradiciendo así una determinada línea jurisprudencial que, no exenta de vacilaciones, venía descartando la responsabilidad de la Administración cuando no existía lesión o, aunque existiese lesión, cuando el acto médico, realizado conforme a la *lex artis*, era la única alternativa posible.

Otra de las cuestiones que quisiera plantear es la relativa a la **limitada capacidad** del Consejo consultivo para dirimir temas espinosos, sobre todo cuando únicamente se cuenta con los informes de los servicios médicos de la Administración, lo que suele ser habitual en la práctica, puesto que normalmente el reclamante no aporta en la vía administrativa informes periciales que contradigan la versión de los servicios de la Administración, incluso en el caso de que hubiese recurrido a letrados especializados en Derecho de la salud para efectuar su reclamación en vía administrativa. En efecto, con frecuencia el letrado (por la razón que sea) prefiere no desvelar todas sus cartas en su reclamación administrativa y no aporta los necesarios informes periciales que permitan cuestionar la versión de la Administración, reservándose para la vía contencioso-administrativa. El dictamen del Consejo consultivo se convierte así en un mero trámite obligado para que se pronuncie la Administración y poder después proseguir cuanto antes en la vía jurisdiccional. Y, en fin, de este modo la función del Consejo Consultivo pierde buena parte de su utilidad.

A este modo de proceder de la parte reclamante tal vez pudiera contribuir el prejuicio de que el dictamen del Consejo Consultivo va a ser favorable a la propuesta de resolución que elabora el instructor, una propuesta que, eso sí, en la inmensa mayoría de los casos se pronuncia en sentido desestimatorio de la reclamación presentada. Y dicho prejuicio podría confirmarse en la práctica con el dato de que estadísticamente los informes de los Consejos Consultivos suelen ser mayoritariamente favorables a las propuestas de resolución elaboradas por el instructor.

Ahora bien, vaya por delante que este razonamiento puede ser circular, y encerrar una petición de principio, dado que si el reclamante no aporta en su favor todos los datos (singularmente informes periciales contradictorios) que puedan avalar su pretensión, el Consejo Consultivo tendrá difícil elaborar un dictamen contrario al sentido de los informes firmados por los servicios médicos, a poco que el objeto de la reclamación comporte un mínimo grado de especialización.

Pero, en segundo lugar, quiero salir al paso del recelo que pueda existir con respecto a la independencia del Consejo Consultivo. Ciertamente, es comprensible que

el reclamante sospeche de la imparcialidad de los informes de los servicios médicos implicados, que en la inmensa mayoría de los casos son parte directamente interesada y concernida por la reclamación (aunque no siempre), y también es comprensible que sospeche de la imparcialidad del instructor, que, por cierto, en no pocas ocasiones (y ante la ausencia de un informe del servicio correspondiente o ante las deficiencias que pueda presentar) llega a extralimitarse en sus funciones y a confeccionar él mismo un informe pericial para justificar la propuesta de resolución desestimatoria que efectúa. Sin embargo, y hablo por mi experiencia, los Consejos Consultivos elaboran sus dictámenes con plena independencia y analizan con rigor si la propuesta desestimatoria aparece plenamente justificada por parte de la Administración y si es coherente con los informes médicos que aportan sus servicios y con todos los factores concurrentes del caso.

Así las cosas, los informes periciales que pueda aportar el reclamante cobran una importancia decisiva para que el Consejo Consultivo pueda construir su dictamen en sentido favorable a su reclamación. En cambio, en ausencia de tales informes periciales de parte, el Consejo Consultivo se ve obligado a aceptar como válida la versión de la Administración, que suele ser bastante contundente y de contenido muy técnico, por más que en no pocas ocasiones el Consejo Consultivo sospeche que un informe pericial de la parte reclamante podría haber refutado los argumentos de la Administración.

Y, por cierto, esta es la razón por la cual en muchos dictámenes del Consejo Consultivo suela incluirse una cláusula final en la que, en esencia, se viene a decir que el dictamen favorable a la propuesta del instructor se basa en la contundencia de los informes del servicio médico implicado en el caso y en la ausencia de un informe pericial de la parte reclamante que lo contradiga (y, además, en no pocos casos, el dictamen se basa en la ausencia de alegación alguna por parte del reclamante en la fase de alegaciones, cuando se le da traslado del contenido de los informes de la Administración).

Efectuadas estas precisiones previas, cabe entonces entrar a valorar con mayor conocimiento de causa **la utilidad del Consejo Consultivo** a la hora de emitir sus dictámenes preceptivos en materia de responsabilidad sanitaria.

Prima facie cabría pensar que su utilidad es **reducida**, en especial si se atiende exclusivamente a la perspectiva cuantitativa, habida cuenta de que en la mayoría de sus

dictámenes se avala la propuesta de resolución del instructor (que, según indiqué, también en la inmensa mayoría de los casos es desfavorable para el reclamante).

Ahora bien, frente a esta primera impresión cabría oponer importantes **matizaciones**.

1) Ante todo, debe efectuarse una observación con respecto a la mera estadística: hay que reconocer que en no pocas ocasiones las reclamaciones de los pacientes son claramente infundadas, puesto que el ciudadano considera, erróneamente, que la prestación de servicios médicos a cargo de la Administración sanitaria es una prestación de resultados y no lo que realmente es, o sea, una prestación de medios, y que estos medios son limitados, porque de lo que se trata en el ámbito sanitario es de fijar las prioridades que deben abordarse y la forma en que deben distribuirse racionalmente los recursos sanitarios disponibles. Piénsese que en este ámbito siempre habrá una situación de tensión entre las necesidades acuciantes de un paciente individual y la de los restantes usuarios presentes y futuros del Sistema Nacional de Salud.

2) El Consejo Consultivo cumple una relevante función a la hora de velar por la pureza del procedimiento administrativo. Existe un alto número de dictámenes que comportan una devolución del expediente al órgano instructor para que complete la instrucción, sea porque no existen todos los informes de los servicios médicos necesarios para justificar la propuesta, sea porque faltan datos relevantes de la historia clínica, sea porque no se da la preceptiva audiencia a la parte reclamante, sea, en fin, porque la motivación del propio instructor resulta insuficiente.

Es cierto que en la mayoría de los casos el dictamen del Consejo consultivo va a confirmar, a la postre, el sentido de la propuesta realizada por el instructor, pero, incluso en ese supuesto, se asegura la corrección del procedimiento administrativo y el acopio del mayor número de datos posible, algo importante de cara a la reclamación en vía contenciosa.

3) Existen casos, desde luego, en que el Consejo consultivo emite un dictamen desfavorable ante la propuesta del instructor, convirtiendo la propuesta denegatoria de la instrucción en otra que acepte la reclamación de la parte, aunque ciertamente tales casos no sean mayoría.

También existen supuestos en los que se elevan las indemnizaciones que figuran en la propuesta de resolución. Téngase en cuenta al respecto que la propuesta de la

Administración suele acoger el baremo de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor. Ahora bien, este baremo no posee carácter vinculante en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (STC 101/2000), por lo que, si bien se puede invocar como criterio meramente orientativo, puede después adaptarse a las circunstancias del caso concreto. Y en este sentido el Consejo consultivo aplicó en casos recientes el baremo recogido en la Resolución de 21 de enero de 2013 de la dirección general de seguros y fondos de pensiones, con el resultado de incrementar sensiblemente la indemnización (CCG 106/2014).

En fin, no faltan otros casos en que el dictamen del Consejo consultivo convierte lo que es una propuesta de mera pérdida de oportunidad (indebidamente formulada por el instructor) en una auténtica infracción de la *lex artis*.

Sirva de ejemplo de esto último un lamentable caso que tuvimos ocasión de dictaminar en el Consejo consultivo de Galicia (624/12) de una mujer embarazada que ingresa en el hospital para una cesárea programada (que, eso sí, se realiza un viernes 27 de julio) y que fallece el 31 de julio de un septicemia generalizada (por estreptococo tipo A). Un caso a mi juicio clamoroso de infracción de la *lex artis* y, por tanto, de responsabilidad criminal, que motivó diligencias penales pero que fue archivado por un conocido juez de Santiago (de cuya fundamentación se deduce que del trabajo en equipo nunca surge un delito) y que en vía administrativa solo le merecía a la propuesta de instrucción una mera pérdida de oportunidad. El argumento central de los informes médicos es el de que con las pruebas realizadas la infección no se pudo detectar hasta que el día 30 se presentó un fallo multiorgánico. Sin embargo, aquí nos bastó una mera charla con mi vecino para interpretar correctamente dos analíticas de sangre y, unidas a otros datos evidentes, averiguar que la infección y los terribles dolores que padeció la embarazada estaban ya presentes al día siguiente de la cesárea.

4) Finalmente, si dejamos a un lado los datos estadísticos globales y entramos a analizar los diversos supuestos concretos de responsabilidad en el ámbito sanitario, cabe destacar datos particulares relevantes.

Desde luego, los Consejos Consultivos pueden descubrir sin dificultad los supuestos de ausencia de consentimiento del paciente que, si bien son cada vez menos frecuentes, siguen existiendo, y en los que la carga de la prueba corresponde a la Administración. Ausencia de consentimiento que, según ya señalé, da lugar a indemnización por el daño causado si dicha ausencia creó el riesgo que se materializó

en el resultado (y existía otro tratamiento alternativo); y que en otro caso da lugar, al menos, a una indemnización por daño moral.

Asimismo los genuinos casos de pérdida de oportunidad son también relativamente fáciles de detectar (incluso en ausencia de informes periciales de la parte reclamante), dado que en los casos de tal pérdida basta con acreditar simplemente que el paciente podría haber recibido potencialmente un tratamiento más eficaz o con mayor antelación.

Y esto es importante porque en las propuestas de los instructores no es frecuente el reconocimiento de ausencia de consentimiento y de pérdida de oportunidad, tal vez por el hecho de que las Administraciones autonómicas cuentan con un seguro para los casos de responsabilidad patrimonial sanitaria que no suele cubrir los supuestos de daño moral.

Pero a todo lo anterior también hay que añadir que en algunos casos las infracciones verdaderamente graves de la *lex artis* pueden ser detectadas por el Consejo consultivo, incluso aunque no exista un dictamen pericial de la parte reclamante. Y esto es lo que sucede señaladamente en las lesiones nosocomiales, en las que también se invierte la carga de la prueba, de tal manera que es la Administración la que debe demostrar que su actuación se adecuó a la *lex artis*, y en las que puede existir responsabilidad aunque haya habido consentimiento del paciente. Así las cosas, existen dictámenes del Consejo consultivo en los que se aplica entonces el criterio del daño desproporcionado (o sea, un daño del que no se ofrece una explicación satisfactoria) y la regla de la *res ipsa loquitur* o, mejor, la regla de la prueba basada en la apariencia (*Anscheinsbeweisung*), reconocida ya por el TS (sirva de ejemplo el referido caso de la cesárea programada).

En resumidas cuentas, a la vista de todo ello, cabría plantearse, para concluir, las posibles propuestas de mejora de cara a una mayor utilidad de los dictámenes de los consejos consultivos.

Entre otras que pudieran adoptarse, hay una que me parece particularmente interesante y que ya se ha adoptado en algunos Consejos consultivos como los de Castilla-León y Castilla-La Mancha, esto es, establecer convenios con las Facultades de Medicina con el fin de que estas puedan atender consultas concretas que sean relevantes para la emisión de dictámenes, unas consultas que, rodeadas de las necesarias garantías

de imparcialidad, pueden resultar útiles y probablemente beneficiosas en términos de eficiencia o de coste de oportunidad.