

26 de enero de aa

Responsabilidad por malpraxis médica: una perspectiva económica

Misericòrdia Carles

*Departamento de Economía de la Universidad “Rovira i Virgili”
Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.
Avda Universidad, 1.
43204 Reus (Spain)*

*Tf. 977.75.98.01 FAX 977.75.98.15
Correo electrónico: mcl@fcee.urv.es*

Resumen: 208
Abstract: 200
Manuscrito: 7.192

RESUMEN

Los cambios en la organización de las instituciones sanitarias y el incremento del número de denuncias por malpraxis de los últimos años han puesto de relieve la necesidad de estudiar el concepto de responsabilidad médica y su repercusión sobre la provisión de asistencia sanitaria. Hasta el momento, el debate se ha centrado básicamente en los aspectos legales. Sin embargo, falta discutir sus implicaciones económicas.

Este trabajo revisa las investigaciones que han realizado un análisis económico del tema. En primer lugar, examinamos las que introducen paulatinamente los conceptos de incertidumbre, aversión al riesgo o riesgo moral. Posteriormente, en el entorno sanitario, prestamos especial atención a los modelos que incluyen nuevos argumentos en la función objetivo de los profesionales o, cuando existe información asimétrica, a los que plantean un problema de negociación. Por último, consideramos el mercado de seguros de responsabilidad sanitaria, y en este apartado analizamos cómo la variable reputación, o la posibilidad de ejercer una medicina defensiva, influyen en la provisión de asistencia sanitaria.

Nuestro análisis sugiere que, debido a las características del mercado sanitario, deben utilizarse los modelos propuestos por la economía de la información en el análisis económico formal, pero conviene plantear hipótesis alternativas para adaptar dichos modelos a la especificidad de los distintos sistemas sanitarios.

Palabras clave: *Normas de Responsabilidad, Malpraxis médica, Seguro de responsabilidad sanitaria*

LIABILITY FOR MEDICAL MALPRACTICE: AN ECONOMIC APPROACH

ABSTRACT

In recent years, changes in the organisation of health care institutions and increases in the frequency and severity of medical malpractice claims have been quite considerable. This explains why there is such interest in studying the causes of medical injuries and the repercussion of the new situations on the provision of health care. So far, discussion has focussed on legal aspects and the economic implications have been largely ignored.

This paper reviews those studies that have made an economic analysis of the system of liability rules. Firstly, we examine the studies that gradually introduce the concepts of uncertainty, risk aversion or moral hazard. Secondly, in the health care environment, we pay particular attention to models that add new arguments to the professional's objective duties, and bargaining models with asymmetric information. Finally, we consider the medical malpractice insurance market, and investigate how reputation or the possibilities of exercising defensive medicine influence the physician's behaviour.

Our analysis suggests that the models proposed by the economy of information are very useful for making economic analyses of liability in medical malpractice. However, alternative hypotheses also need to be formulated so that these models can be adapted to the specificity of different health systems.

Key words: *Rules of liability, Medical malpractice, Medical malpractice insurance*

1. INTRODUCCIÓN

Los objetivos de las normas de responsabilidad profesional son prevenir los errores y/o comportamientos negligentes de los agentes minimizando los costes totales y compensar las pérdidas de los pacientes que han sufrido daños¹. Su análisis económico se centra en el primer objetivo y construye modelos que pretenden una provisión eficiente de servicios sanitarios. Desde este punto de vista, tales normas son instrumentos útiles que deberían crear los incentivos necesarios para alcanzar la asignación óptima al igualar el coste marginal de la inversión en prevención con el beneficio marginal en términos de reducción del coste esperado por daños.

Tomando como referencia el análisis económico de la responsabilidad profesional, este trabajo se estructura de la siguiente forma. En la primera parte (apartado 2) se muestra cómo las investigaciones sobre responsabilidad profesional en general se fueron adaptando a los supuestos de los modelos de la economía de la información. En la segunda (apartado 3) se discuten las causas y evolución de las reclamaciones por malpraxis médica. Además, basándose en la relación médico - paciente, se introducen los elementos que condicionan la viabilidad de una demanda por negligencia sanitaria. En la tercera (apartado 4) se estudia el vínculo entre responsabilidad sanitaria y mercado asegurador. Tanto un seguro sanitario para el consumidor, como un seguro de responsabilidad civil para el profesional, influyen en su comportamiento e, indirectamente, en la provisión sanitaria, que es el objetivo del análisis económico de la responsabilidad sanitaria. Y, finalmente, la presente revisión acaba con un apartado de conclusiones (apartado 5).

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Inicialmente, el análisis económico formal de la responsabilidad profesional suponía información perfecta y no contemplaba resultados inciertos, pero la realidad de los mercados profesionales acabó imponiéndose y se fueron introduciendo nuevos supuestos más complejos y pragmáticos. El estudio temporal de algunos modelos permite observar cómo se estudian paulatinamente conceptos de incertidumbre, aversión al riesgo, riesgo moral y relaciones basadas en los modelos principal - agente.

Uno de los trabajos pioneros fue el de Brown en 1973². Estableció la terminología propia de este tema, desde el punto de vista económico, para el mercado americano y construyó una primera taxonomía de las posibles normas por responsabilidad. Además, describió de manera muy amplia qué se entiende por actuación diligente (*standard of care*). Para ello, Brown plantea un duopolio de Cournot que puede resolverse como un juego no cooperativo con dos jugadores (proveedor y víctima) entre los que no existe ninguna relación contractual. Supone que, si ambos actúan con diligencia, disminuirá la probabilidad de accidente, pero reducirla tiene un coste. Su objetivo es disminuir esa probabilidad de accidente minimizando la suma de los costes de ambos jugadores más los costes esperados de accidente, es decir, los costes totales. En términos económicos, construye una función de producción donde los inputs son los comportamientos diligentes de ambos agentes que, combinados con una determinada tecnología, permiten obtener un output que equivale a la reducción de la probabilidad de daños. En este contexto, aplica hasta ocho normas de responsabilidad distintas, entre las cuales destacan tres y el resto son combinación de éstas. En la primera, la víctima es responsable en cualquier caso. En la segunda, *strict liability*, el

proveedor es responsable en todas las circunstancias. En la tercera, la más habitual, *negligence rules*, el proveedor es el responsable si no actúa con el esfuerzo “correcto”. Obviamente, no existe una única definición de *standard of care* sino que se pueden encontrar diferentes acepciones. De hecho, cada ordenamiento jurídico utiliza un significado concreto de *standard of care*. La diferencia fundamental se produce entre el sistema anglosajón y el derecho continental; sin duda Brown se ubica en el primero de ellos y nuestro sistema jurídico pertenece al segundo. No obstante, su trabajo sirve de referencia para una aproximación general. Ello no descarta que los análisis aplicados deban tener en cuenta estas diferencias.

Por su parte, Shavell, en 1980³, continúa utilizando algunos de los supuestos de Brown, entre otros la inexistencia de incertidumbre, pero introduce la posibilidad de que entre proveedor y cliente se haya formalizado una relación contractual. Basándose en esta relación, compara las tres normas anteriores de responsabilidad en tres situaciones distintas: en la primera el consumidor conoce la probabilidad de error o negligencia del proveedor; en la segunda sólo conoce el riesgo medio de los proveedores; y en la tercera, aun existiendo una relación contractual entre ambos, el consumidor desconoce por completo el riesgo del proveedor. Del resultado se deduce una correlación positiva entre información del consumidor y eficiencia de las soluciones.

Pero los mercados profesionales no responden, ni mucho menos, a unos supuestos tan restrictivos. El mismo Shavell introduce, en 1982⁴, cambios significativos en los modelos económicos: los resultados son inciertos, los agentes pueden ser aversos al riesgo, y puede existir un mercado asegurador. Sin duda, estos nuevos supuestos afectan a la distribución del riesgo de la relación aproximándola al reparto real. En un modelo en el que ambos agentes pretenden maximizar la utilidad esperada de la renta e intercambian una única unidad de servicio con una

elasticidad de demanda próxima a cero, Shavell diseña dos situaciones alternativas. Si no existe el mercado de seguros, es mejor aplicar un régimen de *strict liability* cuando los proveedores son neutrales al riesgo: en este caso, los profesionales soportan el riesgo y los consumidores están protegidos, mientras que, en caso contrario, resulta útil un sistema de *negligence rules*: en esta ocasión, las víctimas soportan el riesgo. Sin embargo, con un mercado asegurador se altera la distribución del riesgo; ambos agentes pueden protegerse comprando una póliza (un seguro sanitario en el caso del consumidor y un seguro de responsabilidad médica en el caso del proveedor), y entonces sus comportamientos dependen, indirectamente, del precio de la póliza. La situación es aún más compleja si la actuación de los proveedores no es observable; entonces el resultado puede ser un seguro parcial.

La introducción de incertidumbre en los modelos económicos abre una nueva línea de investigación en este campo. Por una parte, parece obvio que si el vínculo entre profesional y consumidor está fundamentado en la relación de agencia, los modelos deben considerarla. Por otra parte, no es extraño que en los mercados profesionales intervengan más de dos agentes (habitualmente una empresa contrata a un proveedor para que preste un determinado servicio a un grupo de consumidores). Si el profesional no actúa correctamente, será la entidad la que soportará las consecuencias sin que, por lo general, pueda influir en la probabilidad de error o negligencia. En estas situaciones es frecuente suponer que tanto el consumidor como el proveedor son aversos al riesgo, mientras que la entidad se suele considerar como neutral al riesgo. Newman y Wright (1990, 1992)⁵⁻⁶ utilizan este contexto y parten de estos supuestos en sus dos trabajos. En el primero, formulan un modelo principal – agente, aplican normas de *strict liability* y consiguen el esfuerzo socialmente óptimo del proveedor mediante el contrato entre empresa y profesional, tanto si existe riesgo moral como si no lo hay. En el segundo de los trabajos, comparan los

niveles de esfuerzo que se consiguen si se aplican normas de *strict liability* o de *negligence rules*. Los resultados muestran que el esfuerzo puede ser distinto según el tipo de normas, en función de la definición de *standard of care*.

La presencia de riesgo moral entre empresa y proveedor acaba afectando al sistema judicial. Los tribunales no conocen cuál es el esfuerzo ejercido por el profesional y no pueden compararlo con el “comportamiento correcto”, cuyo valor, obviamente, se puede suponer equivalente al del esfuerzo socialmente óptimo. Los resultados de los modelos construidos en el ámbito de la economía de la información proporcionan la solución: cuando el esfuerzo no es observable, el principal, a través del contrato, inducirá al agente a ejercer un determinado esfuerzo, y los tribunales, observando el resultado, podrán inferir la actuación del proveedor y compararla con la de referencia. Es decir, se deduce que los tribunales deberían tener en cuenta el problema de riesgo moral a la hora de imponer las sentencias en casos de responsabilidad profesional.

En definitiva, para conseguir una provisión de servicios de mayor calidad, el análisis económico formal de la responsabilidad profesional va introduciendo paulatinamente en sus modelos los supuestos de los modelos de agencia, cuyas hipótesis están mucho más próximas a la realidad. La aplicación de este tipo de modelos a la responsabilidad sanitaria de un país en particular vendrá determinada por su modelo sanitario y su sistema judicial. No obstante, conceptos básicos como comportamiento diligente o normas para distribuir la responsabilidad pueden ser introducidos de forma genérica y servir de referencia para un posterior análisis más conciso de la responsabilidad médica.

3. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y EL MERCADO SANITARIO

3.1. Las reclamaciones por malpraxis: causas y evolución

La profesión médica es una de las primeras en elaborar sus códigos de conducta. Los primeros antecedentes se remontan al Código de Hamurabi, a las contraprestaciones que se exigían a los médicos en tiempos de Alejandro Magno y a las condenas que determinaba el Fuero Juzgo. Los conceptos de daño e indemnización han ido cambiando a lo largo de los años, pero los cambios más significativos en los sistemas de normas de responsabilidad médica se producen como consecuencia de las actuales estructuras sanitarias, la creciente complejidad de las terapias, las nuevas formas de prestación de servicios y, consecuentemente, a partir del incremento del número de reclamaciones.

En general, se puede decir que numerosos países industrializados, independientemente de su sistema sanitario, han seguido la misma evolución respecto al volumen de reclamaciones por malpraxis. Algunos de estos países tienen costes sanitarios altos; otros, honorarios contingentes para los abogados que intervienen en las demandas judiciales; unos, sistemas legales muy restrictivos; otros, sistemas legales muy permisivos, y en ningún caso puede establecerse una correlación directa entre una única causa y la tasa de crecimiento de las demandas. De este modo, el número de daños producidos de forma negligente o, en general, los factores técnicos o de organización, no explican por sí solos dicha evolución. Se apuntan otros elementos sociológicos como la despersonalización en el ejercicio de la medicina, el cambio en el rol de las actividades profesionales, o la creencia de que es necesaria una indemnización siempre que el paciente sufra algún percance. Todas estas variables, técnicas y sociológicas, hacen que nuestra sociedad

demande más responsabilidad y, en definitiva, mayor calidad a los profesionales sanitarios, es decir, se produce una mayor concienciación social frente a las prestaciones sanitarias deficientes.

Por otra parte, en los últimos años se ha producido un cambio mucho más profundo en el ejercicio de la medicina que afecta a la toma de decisiones en la práctica de la medicina y que sin duda afectará a la evolución de las reclamaciones por malpraxis y a su proceso de resolución. Cervera y Viñes (1999)⁷ afirman que durante años los principios en los que se basaba la práctica profesional han sido los mismos: la observación de la naturaleza, el razonamiento, la experiencia personal y la decisión. Sin embargo, la complejidad de los procesos actuales ha favorecido la aparición de la medicina basada en la evidencia (MBE) que supone añadir a la experiencia profesional la evidencia clínica disponible, publicada y explicitada en las guías clínicas o protocolos. Por lo tanto, se produce una transformación que al combinar la libertad individual con la utilización de la evidencia científica, puede reducir el riesgo de error que conlleva la toma de decisiones bajo incertidumbre. Por consiguiente, se verán afectados tanto la responsabilidad del médico como, indirectamente, los procesos judiciales por negligencia médica.

Actualmente, es Estados Unidos, sin duda, el país que encabeza el número de denuncias por imprudencias médicas, la mayoría de las cuales se tramitan por vía civil. La información empírica se sistematizó inicialmente en dos trabajos⁸: el primero, realizado en California (1974), concluía que el 4,65 % de la muestra de pacientes hospitalizados (20.864 pacientes en 23 hospitales) sufría algún percance, del que el 17 % se debía a negligencias médicas; el segundo, realizado en Nueva York (1984), aseguraba que un 3,7% de los pacientes de la muestra (31.429 pacientes en 51 hospitales seleccionados aleatoriamente) sufría algún tipo de daño, de los cuales el 28% era atribuible a negligencias médicas. Es decir, alrededor del 1% de los pacientes sufría alguna lesión

por negligencia. No obstante, estos resultados deben compararse con cautela, ya que ambos trabajos utilizan razonamientos distintos para la definición de daño o lesión y las cifras sobre negligencias médicas han variado significativamente en los años posteriores.

En otros países es difícil conseguir tanto el número de negligencias médicas como el de reclamaciones. Aún así, Danzon (1990)⁹ compara los resultados de Estados Unidos con los de otros estados, como por ejemplo Reino Unido o Canadá, que tienen sistemas sanitarios eminentemente públicos, y observa cómo a pesar de que tanto el sistema legal como el sistema sanitario americano favorecen, en términos absolutos, un incremento del número de reclamaciones, sus tasas de crecimiento en los últimos años son muy parecidas a los de estos otros países.

Los datos en España proceden de fuentes muy diversas y sólo muestran resultados parciales. J.J. Llovet¹⁰ analizó la evolución de las reclamaciones por malpraxis médica en 1993, afirmando que, dados los condicionantes del propio sistema legislativo, la estructura del sistema sanitario, y la menor conflictividad de la relación médico - paciente, la situación en España era distinta y resultaba improbable que pudiera llegar a alcanzar cotas tan espectaculares como las de la economía estadounidense. Para su estudio utilizó dos bases estadísticas distintas. De las memorias de la Organización Médica Colegial, y extrapolando los datos obtenidos de la Comunidad de Madrid, dedujo que el índice anual de reclamaciones por cada 100 facultativos era del 0,4% en el año 1990, aunque previsiblemente la base de datos había subestimando algunas variables que podrían incrementar ligeramente este porcentaje. De los datos recogidos del Tribunal Supremo destacaba el incremento de los últimos años. En la Sala de lo Civil se habían dictado 46 sentencias desde 1870 hasta el 31 de diciembre de 1992, de las cuales 20 se habían

realizado sólo entre 1990 y 1992. En cuanto a la Sala de lo Penal, y para el mismo periodo de tiempo, se contabilizaban 133 facultativos afectados en 93 sentencias. La década de los ochenta representó un salto cualitativo, igual que en el caso anterior, y 30 se produjeron en los dos primeros años de la década de los noventa.

Por su parte, C. Guillen et al. (1998)¹¹ afirmaban que entre 1995 y 1997 se denunciaron 932 casos de negligencia médica en los tribunales, de los que 90, es decir el 9,6%, obtuvieron una indemnización. Mientras, un informe técnico de Zurich España (2001)¹² con datos de la Subdirección General de Inspección Sanitaria del Insalud mostraba que entre 1995 y abril del 2001 se abrieron 3241 expedientes, de los cuales 3047 correspondieron a riesgos clínicos y 194 a riesgos no clínicos.

Del primero de estos trabajos podría sorprender el elevado número de denuncias penales, respecto a las civiles, tramitadas por el Tribunal Supremo. Esta asimetría se justificaba por tener la vía penal una tramitación más rápida y unos costes más bajos. Además, sus connotaciones, que pueden suponer prisión o inhabilitación profesional, son a veces suficientes para iniciar un proceso de negociación entre las partes. Quizás pensando en una sentencia desfavorable, el número de denuncias que en general llegan a juicio son una minoría. En realidad, las compañías de seguros intentan evitarlos negociando frecuentemente con los demandantes.

Respecto a este tema, los modelos económicos más recientes han planteado dos cuestiones. En primer lugar, la decisión del paciente depende de variables como la expectativa de una sentencia favorable y los incentivos para iniciar una reclamación que le ofrece tanto el sistema sanitario como el judicial. Así, el consumidor, que se supone averso al riesgo, considera tanto los

beneficios esperados como los costes totales del proceso. En segundo lugar, aunque los modelos generales de responsabilidad profesional no han explicado por qué muchas de las reclamaciones se resuelven con acuerdos extrajudiciales, Sieg (2000)¹³ construye un modelo de negociación con información asimétrica a favor del proveedor sanitario para explicar por qué frecuentemente se producen estas negociaciones. Supone que interponer una demanda es costoso y ambas partes tienen incentivos para ponerse de acuerdo al margen de los tribunales. Plantea un juego en dos etapas; en la primera, el demandante ofrece un acuerdo al demandado que éste acepta o rechaza; en la segunda, si se ha aceptado la oferta, se negocia fuera de los tribunales, en caso contrario, el resultado dependerá de la sentencia judicial. El modelo explica los resultados empíricos gracias a una serie de hipótesis. En primer lugar, clasifica a los proveedores en dos categorías distintas. La primera compuesta por los profesionales que reconocen su inocencia (poseen información asimétrica a su favor); obviamente, éstos nunca negociarán fuera de l sistema judicial. La segunda formada por los médicos que esperan una sentencia contraria y que, por lo tanto, estarán dispuestos a negociar. El modelo supone que muchos de los demandados son del segundo tipo y por este motivo se dan habitualmente negociaciones extrajudiciales. Simultáneamente, el demandante debe presentar una amenaza creíble por si el demandado no acepta la negociación y debe acudir finalmente a los tribunales.

Si se acepta esta clasificación de proveedores, más probable si sopesamos la incertidumbre que acompaña tanto al diagnóstico como a los resultados del tratamiento, las nuevas medidas que potencian los procesos de negociación tienen mucha más razón de ser. Con esta misma finalidad, los Colegios de Médicos han apoyado la creación de tribunales de arbitraje de daños médicos en los últimos años, ofreciendo a pacientes y profesionales una vía alternativa para resolver las

demandas por malpraxis. De esta forma, se abre una nueva línea de investigación que entronca de nuevo con los modelos de la economía de la información.

3.2. La relación médico – paciente y la responsabilidad profesional

Para poder discutir y analizar económicamente un régimen de responsabilidad sanitaria debe valorarse tanto los supuestos y resultados de los modelos de responsabilidad profesional general como la estructura y funcionamiento de los sistemas sanitario y judicial. Entonces es especialmente importante conocer si la relación médico - paciente es contractual o extracontractual, si se aplican normas de responsabilidad objetivas o subjetivas y, además, examinar el problema del reparto de información, y por consiguiente de responsabilidad, entre los agentes.

Del examen de los modelos de responsabilidad profesional en general es fácil observar cómo algunos de los supuestos no tienen una aplicación directa en este mercado; por ejemplo, difícilmente el paciente (la víctima) puede influir decisivamente en el riesgo de malpraxis del médico (proveedor), y por tanto parecen más apropiados aquellos modelos que dan un mayor peso específico a la capacidad individual del proveedor para influir en la probabilidad de error o negligencia. En cambio, el altruismo, argumento básico en los modelos sanitarios, no se introduce en los de ámbito más general. Esta variable no es nueva en el entorno sanitario, de hecho es habitual cuando se estudia el comportamiento médico. Así, por ejemplo, cuando buscamos el contrato óptimo entre proveedor sanitario y paciente, la utilidad del primero depende tanto de sus propios objetivos como del bienestar de los pacientes a quienes representa. En este

sentido, Danzon (1994)¹⁴ utiliza una función de utilidad del médico que depende de su elección renta – ocio y, a su vez, de la utilidad del paciente, cuyos argumentos son la renta y la salud. En este caso, el comportamiento diligente se relaciona directamente con el tiempo destinado a cada paciente: las normas de responsabilidad influyen sobre el tiempo; éste determina la probabilidad de malpraxis y, finalmente, tal probabilidad afecta a la utilidad de ambos jugadores. El modelo permite observar cómo la provisión óptima se consigue, precisamente, gracias al altruismo, aunque no existan normas por responsabilidad, y cómo se establece una relación inversa entre fuentes de compensación de daños y actuación preventiva del médico altruista.

La forma en cómo se fija la relación entre médico y paciente determinará si la responsabilidad del profesional se considera contractual (proveniente del incumplimiento de un contrato válido) o extracontractual (procedente de una declaración legal). El carácter contractual o extracontractual ha sido uno de los temas más debatidos en los últimos años en el derecho sanitario. Tradicionalmente, la relación médico - paciente era una relación contractual. Sin embargo, la reciente evolución de la sanidad, incorporando tecnologías que hacen imprescindible el trabajo en equipo, ha invalidado en muchas ocasiones esta afirmación. Por otro lado, en estos momentos, en la mayoría de los países industrializados, los usuarios pertenecen a un sistema sanitario público, o a una entidad de seguros sanitarios privados, que les aseguran la prestación necesaria y, en este sentido, se construye una relación mucho más compleja que incorpora los elementos básicos de la definición de relación extracontractual. Además, en nuestro caso, tanto la Constitución como la Ley General de Sanidad acaban regulando la relación médico - paciente y la aproximan mucho más a una relación extracontractual.

En nuestro ordenamiento, para que una reclamación por vía civil prospere tienen que darse algunos requisitos: ante todo, una actuación negligente debe ocasionar un daño. En segundo lugar, debe establecerse y probarse un nexo causal entre una y otro, pero, además, si el sistema de responsabilidad aplicado es el de responsabilidad extracontractual con responsabilidad subjetiva (por culpa) es el paciente quien deberá probar la conducta negligente del profesional; en cambio, si el sistema es de responsabilidad objetiva (por riesgo) este requisito no es necesario. Contrariamente, si la responsabilidad es contractual se presupone la culpa del proveedor y éste deberá probar su inocencia¹⁵. A pesar de que numerosos investigadores estarían dispuestos a apoyar un sistema de responsabilidad objetiva generalizada en nuestro país, nuestro sistema de responsabilidad sanitaria ha ido acotando los supuestos concretos de responsabilidad objetiva, y por lo tanto no puede hablarse de un sistema de este tipo. Pero, por otra parte, en los textos legales, cada vez hay más referencias a la “inversión de la carga de prueba”, debido a la falta de información del consumidor y a sus dificultades para demostrar la culpabilidad del profesional.

La falta de información se hace patente en muchos momentos del proceso, y en dos ocasiones su asimetría es especialmente notable. La primera de ellas se produce cuando debe definirse la conducta negligente del proveedor; la segunda cuando debe acudirse al dictamen de los peritos.

Cualquier resolución judicial deberá basarse en la definición de “conducta diligente”. El proveedor será considerado negligente si su comportamiento no es el que determina un estándar de referencia. En nuestro ordenamiento, esta figura correspondería a la forma de actuar de un “buen padre de familia” que, en el caso de un profesional, se concreta en un parámetro de responsabilidad específica denominado comportamiento de un “buen profesional”. Pero, como ya hemos comentado, el sistema judicial no puede observar cual es el esfuerzo que realiza el

proveedor. Además, Eddy (2001)¹⁶, en un trabajo realizado para el contexto americano, introduce un nuevo elemento en torno a la discusión del *standard of care*. Si se tiene en cuenta que en la mayoría de los países se producen porcentajes elevados de variabilidad clínica, parece probable que no sea fácil hallar una única definición para el concepto “comportamiento correcto”. En este sentido, la metodología utilizada para ejercer una medicina basada en la evidencia, es decir, una búsqueda de la evidencia científica, podría ayudar al sistema judicial a dirimir las reclamaciones por malpraxis.

La falta de conocimientos técnicos tanto del paciente como de los tribunales los incapacita para probar la relación causal entre conducta negligente y daño, y es necesaria la ayuda de los peritos para saber si existe motivo de demanda. Del mismo modo, con un régimen de responsabilidad subjetiva, el demandante debe confiar de nuevo en ellos para poder probar su demanda. Sólo si el sistema fuese de responsabilidad objetiva se evitarían los inconvenientes asociados a la exigencia de probar la negligencia. Pero, con este tipo de normas y suponiendo que ambos agentes (proveedor y consumidor) estuvieran sujetos a riesgo moral, el paciente también tendrían menores incentivos para prevenir los daños y más para presentar una reclamación. Y, si la función objetivo de los proveedores incluyera, además de los beneficios, otros argumentos (por ejemplo la reputación) se estimularía claramente la selección de riesgos, explícita o implícita. Indirectamente, en el mismo sentido que en el apartado anterior, se observa cómo la aplicación de la medicina basada en la evidencia acabaría influyendo también sobre el sistema judicial en el momento de tomar la decisión.

Pero la traslación del concepto de evidencia desde el análisis económico hasta su aplicación en el sistema judicial no es trivial. Según Eisenberg (2001)¹⁷, en ambos escenarios adquiere un

significado distinto, ya que, por ejemplo, mientras en el primero sirve para la toma de decisiones en base a la probabilidad de los resultados (prevalece el aspecto probabilístico), en el segundo se trata de analizar los daños producidos a un individuo como consecuencia de la actuación de un proveedor (incide en las consecuencias individuales). Del mismo modo, en el ámbito económico puede considerarse una variable utilizada *ex - ante* en la toma de decisiones, mientras que en el sistema judicial es una información utilizada *ex - post* para determinar la causa del daño.

El reparto de información, y en definitiva de responsabilidad, se ha visto afectada en los últimos años por una nueva realidad: el consentimiento informado. La relación médico - paciente debe cumplir dos objetivos. El primero es diagnosticar la enfermedad y prescribir el tratamiento, aunque evidentemente no es posible establecer una correlación directa entre tratamiento médico y resultado en salud: el consumidor cae enfermo y demanda servicios sanitarios esperando mejorar su estado, pero la enfermedad es un proceso incierto y el médico no le puede garantizar el resultado. Por lo tanto, el proveedor sanitario adquiere una obligación de medios, pero no de resultados. Sólo excepcionalmente, existen algunos supuestos en los que la actividad médica conlleva una obligación de resultados para el profesional. El segundo objetivo que debe cumplir el profesional con el paciente es transmitirle información del curso actual de su enfermedad, de las consecuencias de la prescripción y de los tratamientos alternativos. En nuestro ordenamiento, la correcta información es un deber del personal sanitario y un derecho del paciente. Por tanto, su omisión o prestación incorrecta es una nueva fuente de responsabilidad.

El “Consentimiento Informado”, está contemplado en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad y reconoce tanto el derecho a recibir información como el deber del paciente de manifestar por escrito la opción escogida. A partir de este momento, el paciente incrementa su información,

supera su desventaja informativa, al menos en parte, y se le considera capaz de decidir sobre los tratamientos médicos que afectan a su propia salud. De este modo, se produce una redistribución de la información en el mercado y, por consiguiente, de la responsabilidad. En este contexto, si el médico pudiera informar plenamente al paciente, su responsabilidad desaparecería, siempre que no existiera culpa o negligencia, mientras que el paciente al tomar la decisión acepta sus consecuencias. Excepcionalmente, en este caso es el profesional quien, en un juicio por malpraxis, deberá probar que ha cumplido esta función de información.

Así, en lo referente al análisis económico, el repaso de los elementos más destacados del derecho sanitario y de la relación de agencia entre médico y paciente permiten observar la importancia de esta relación singular que se establece entre profesionales sanitarios y consumidores, significativamente distinta de cualquier otra que se instaura entre proveedor y víctima en otros mercados. Un elemento sobresale por encima de los demás: la asimetría informativa entre los agentes del sistema sanitario, pero, además, en este caso su análisis debe ampliarse y abarcar también a la actuación del sistema judicial.

4. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y EL MERCADO ASEGURADOR

La demanda de una mayor calidad de los servicios sanitarios y el aumento del volumen de reclamaciones también afecta al mercado asegurador haciendo que los profesionales contraten un mayor número de pólizas de seguro de responsabilidad médica. Incluso es posible, y actualmente habitual, que un mismo profesional esté asegurado con distintas pólizas que han suscrito la institución, pública o privada donde presta sus servicios, el Colegio de Médicos al que pertenece

y él mismo de forma particular. Así, por ejemplo, las pólizas de las Administraciones Sanitarias Públicas incluyen tanto a los profesionales a nivel individual como la responsabilidad que pueda tener la propia institución. Ya en 1988, Llamas¹⁸ calculó que en España, de cada cien pólizas por malpraxis, treinta pertenecían a médicos, siendo así el segundo colectivo más numeroso después de los arquitectos y aparejadores. Lo que en un principio era sólo la creación de una modalidad más dentro del seguro de responsabilidad civil se ha convertido en un mercado complejo y con una importancia creciente.

Como ya sabemos, el paciente no tiene suficiente información para controlar el proceso. Para salvaguardarlo, el sector público interviene mediante un conjunto de normas. En este punto retomamos una de las conclusiones del trabajo de Shavell (1982)⁴ afirmando que, bajo ciertos supuestos, el mercado asegurador puede substituir a la intervención pública y ser socialmente beneficioso. Mientras que Danzon (1985)¹⁹ afirmaba que con información perfecta entre el sistema sanitario y el sistema judicial no habría necesidad de seguro por malpraxis.

Pero, por una parte, no podemos garantizar que se cumplan los supuestos de Shavell y, por otra, la información no es perfecta, ni entre el sistema judicial y el sistema sanitario, ni entre el paciente y el médico. Por ello, en este ámbito, el seguro por malpraxis es un elemento cotidiano y necesario, pero su puesta en marcha introduce nuevas cuestiones que afectan al comportamiento, tanto de los asegurados (los proveedores sanitarios) como de los aseguradores.

Cada profesional tiene una probabilidad de error o malpraxis distinta y cuanto mayor es tal probabilidad más alto debería ser el precio de la póliza. Pero la entidad aseguradora no puede ni identificar su riesgo ni observar la diligencia de su comportamiento. Por tanto, los precios de las

pólizas se calculan habitualmente en función del riesgo medio del colectivo asegurado, de su especialidad médica (no cabe duda de que ciertas especialidades tienen un mayor riesgo de error), o basándose en alguna otra característica observable.

Aunque, excepcionalmente, en Estados Unidos algunos médicos se han visto imposibilitados de ejercer su especialidad al no poder cubrir los constantes aumentos del precio de las pólizas, indirectamente, un precio más alto puede redundar en una mayor calidad de la prestación sanitaria. Es verdad que un pago superior señala unos tratamientos o una especialidad de mayor riesgo, pero también es cierto que el proveedor querrá contrarrestar esta percepción disminuyendo el riesgo de error mediante su comportamiento. Thornton (1999)²⁰, considerando los precios del seguro como un coste fijo, denominó a este efecto *tort signal* y lo introdujo en un modelo que maximiza la función de utilidad del profesional definida por su elección renta – ocio. El modelo incluye un efecto renta que influye directamente en el coste de la asistencia sanitaria al considerar un pago retrospectivo a los proveedores y hace cambiar su decisión de trabajar aumentando sus horas de dedicación, permitiendo una recuperación de parte de las pérdidas producidas como consecuencia del incremento de los costes del seguro. Sin embargo, este efecto renta no es aplicable en aquellos sistemas sanitarios como el nuestro, que no tienen un sistema de retribución retrospectivo.

La cuestión clave es cómo valorar el precio de la póliza y cuál debe ser su forma funcional. Habitualmente, la valoración se realiza *ex – ante* basándose en criterios actuariales. No obstante, algunos investigadores opinan que debería calcularse en base al coste de las reclamaciones individuales anteriores (*experience rated*). Este sistema tiene la ventaja de aproximar el pago a los costes reales, mejorando la equidad del sistema al favorecer, sobre todo, a los proveedores

con probabilidad de malpraxis baja. Pero también tiene algunos inconvenientes. Por ejemplo: el tiempo transcurrido entre el daño y la reclamación, y entre la reclamación y la sentencia, no permite determinar con exactitud el periodo necesario para el cálculo del precio y, por otra parte, también hay que tener en cuenta que la cuantía de las indemnizaciones, habitualmente, no se correlaciona directamente con el número de reclamaciones.

Los problemas de información del mercado sanitario hacen necesario añadir otros argumentos en el cálculo del precio de la póliza. Por este motivo, Fournier y McInnes (2001)²¹ separan a priori a los profesionales en función de un conjunto de variables (número de pacientes tratados, años de experiencia, características personales, etc.), y posteriormente introducen los resultados de las reclamaciones pasadas. De todo ello se obtiene la heterogeneidad residual que se utiliza para estimar el riesgo de malpraxis. Con el mismo objetivo, Sloan y Hassan (1990)²², utilizan además de los datos históricos de las reclamaciones y otras variables observables, los resultados de una muestra de profesionales que en su artículo son los miembros del equipo directivo del centro sanitario. En cambio, para Rolph y Kravitz (1991)²³ la historia individual de las reclamaciones no es demasiado fiable para una prospección futura y prefieren incluir algunas características de los centros sanitarios, entre las que destacan su tamaño, localización, tipo de institución y especialización; precisamente esta última se revela como la más significativa.

En cuanto a la forma funcional del precio de la póliza, se plantean dos alternativas: un pago fijo o un pago que haga participar de los costes al asegurado. Sin duda, en caso de sufrir una reclamación, el profesional necesita asesoramiento legal que, habitualmente, le presta la misma entidad aseguradora, al igual que le proporciona defensa jurídica. Si las pólizas cubren al mismo tiempo el coste de la demanda y el coste de la defensa legal en caso de litigio, Danzon (1985)¹⁹

defiende un pago fijo (sin ninguna participación en los costes), ya que en estas circunstancias, aunque un copago incentivaría la prevención del proveedor, a su vez disminuiría el interés del asegurador en la defensa del asegurado. Pero, al mismo tiempo, según de Lorenzo y Megía, 2000, una franquicia; es decir, una participación del proveedor en los costes, abarataría el precio de la póliza y resultaría recomendable para evitar la concurrencia de seguros si se poseen diferentes pólizas al mismo tiempo, aunque este problema se podría resolver, alternativamente, con una póliza en exceso que, además, resultaría útil si se quiere ampliar el capital asegurado inicialmente²⁴.

Pero no sólo la evolución del número de reclamaciones y el aumento de la cuantía de las indemnizaciones acaba afectando al comportamiento de los profesionales. La misma compra de un seguro genera cambios en su actuación que dependerá de los argumentos de su función objetivo, una función objetivo en la que generalmente se plantea la elección renta – ocio, pero en la que también deberá incluirse la variable reputación. De hecho, una reclamación afecta al profesional a través de la disminución de sus rentas, actuales y/o futuras, y quizás de manera más contundente, a través de su reputación. No siempre resulta fácil distinguir si un comportamiento incluye medidas de autoprotección (medicina defensiva) que incrementan los costes de la sanidad. Es aún más difícil de determinar admitiendo su capacidad de inducir demanda y sabiendo que los pacientes tienen, generalmente, un seguro sanitario que no les incentiva a rechazar una prueba adicional. Ahora las pérdidas totales de utilidad equivalen a las monetarias más las de reputación, que no son observables pero afectan a su futuro profesional.

Tal como dice Quinn (1998)²⁵, se pueden desarrollar dos formas de medicina defensiva. En la primera, suponiendo que se pueden seleccionar riesgos, se elegirán tratamientos de baja

complejidad para obtener así un descenso de las reclamaciones y, consecuentemente, una disminución de las pérdidas por mala reputación. Además, si la selección es explícita, el precio de la póliza por malpraxis podría disminuir. En la segunda, habrá un incremento del número de pruebas diagnósticas y, directamente igual que en el caso anterior, se produce una disminución de la probabilidad de error y de las pérdidas por reputación, pero ahora el asegurador no puede observar los motivos de su actuación y el precio de la prima no se alterará. Esta medida también afecta indirectamente al paciente incrementando sus costes en términos de tiempo, y al asegurador sanitario a través del pago de un mayor número de pruebas.

En definitiva, la incertidumbre de verse implicado en una demanda por malpraxis y el elevado coste de la posible indemnización, junto con la pérdida de una buena reputación, originan un mercado de seguros de responsabilidad sanitaria que se caracteriza por los elementos propios de cualquier mercado asegurador. La medicina defensiva y en todo caso la ejecución del consentimiento informado pueden cambiar la probabilidad de reclamación y afectar al precio de la póliza. Una tercera medida está generalizándose en los últimos años: la adopción de un sistema de baremos para la valoración de los daños médicos. Esta medida atañe directamente a la compensación de pérdidas a los pacientes y no tanto al objetivo de inducir una provisión eficiente (objetivo económico de un sistema de normas de responsabilidad profesional). Sin embargo, puede afectar indirectamente a la probabilidad de reclamación. Debido a los incrementos significativos de las compensaciones en las recientes sentencias, las entidades aseguradoras se mostraban reticentes a la renovación de las pólizas de responsabilidad sanitaria. Fue entonces cuando numerosos investigadores abogaron por la creación de un fondo de garantía estrechamente relacionado con un baremo para la valoración de daños. No obstante, tal posibilidad tiene sus detractores, ya que ven en ella una forma de vulnerar el valor de la vida. De

todas maneras, queda abierto el debate y, no cabe duda, que deberán incluirse todas estas consideraciones en un análisis económico más profundo de la responsabilidad médica.

5. CONCLUSIONES

El objetivo económico de la imposición de normas de responsabilidad profesional es incentivar la conducta diligente de los proveedores sanitarios y conseguir una disminución del número de errores o negligencias médicas.

Las características del mercado sanitario y su relación con el sistema judicial dificultan esta tarea. Si se pretende aplicar un sistema de normas de responsabilidad, ante todo es necesario encontrar una definición exacta de actuación diligente y superar los fallos de mercado, en especial la asimetría informativa que afecta tanto al entorno sanitario como a su relación con el sistema judicial, la cual impide conseguir una provisión óptima.

Las pautas de conducta de todos los participantes giran en torno a la relación de agencia imperfecta entre médico y paciente y, por lo tanto, el análisis formal de su comportamiento debe estudiarse desde la perspectiva de los modelos principal – agente, introduciendo los efectos de la incertidumbre, la aversión al riesgo, y siguiendo los modelos propuestos por la economía de la información, de la misma manera como se ha venido haciendo en otros aspectos del ámbito sanitario. Esta base teórica permite incluir variables determinantes como la reputación o el altruismo, que aquí tienen un significado especial. Debido a las consecuencias de una sentencia

contraria, la relación entre mercado sanitario y mercado asegurador debe examinarse con una atención particular.

La mayoría de los trabajos formales están basados en un sistema de retribución retrospectivo, que es el que rige, mayoritariamente, en el mercado americano y que permite trasladar el incremento de los costes a los honorarios. No obstante, en la mayoría de países, los proveedores sanitarios no cuentan con esta opción. Las formulas reguladas, o los sistemas públicos, se identifican precisamente por tener sistemas más prospectivos. En ese caso, el profesional no puede incrementar sus rentas trabajando más tiempo, ni puede, en general, seleccionar riesgos explícitamente. Por lo tanto, dado un determinado sistema sanitario, y suponiendo que no es posible la selección de riesgos, variables como la reputación, la señalización del riesgo, o el altruismo influyen decisivamente en la forma de actuar y son un excelente mecanismo para potenciar la calidad o el esfuerzo exigible al proveedor.

En el análisis aplicado, las experiencias del mercado de Estados Unidos son las que han servido de base para trabajos que hacían referencia a otros países. No obstante, la creación de bases de datos sistematizadas propias permitiría valorar correctamente la importancia de los errores o negligencias y las causas de la evolución de las reclamaciones en distintos países. Sólo entonces los trabajos podrán analizar las relaciones actuales entre instituciones sanitarias, profesionales y entidades aseguradoras, y sólo así podrán ofrecerse alternativas al mercado sanitario y al sistema legal para mejorar los resultados.

6. BIBLIOGRAFÍA

- (1) Danzon PM. Liability for medical malpractice. In: Handbook of Health Economics. A.J. Culyer and J.P. Newhouse ed. Amsterdam: North – Holland, 2000; p. 1339-404.
- (2) Brown JP. Toward and economic theory of liability. J Legal Stud 1973;2:323-49.
- (3) Shavell S. Strict liability vs. negligence. J Legal Stud 1980;9:1-25.
- (4) Shavell S. On liability and insurance. Bell J Econ 1982;13:120-32.
- (5) Newman HA, Wright DW. Strict liability in a principal - agent model. Int Rev Law Econ 1990;10:219-31.
- (6) Newman HA, Wright DW. Negligence versus strict liability in a principal - agent model. J Econ Bus 1992;44:265-81.
- (7) Cervera S., Viñes J.J. El ejercicio de la medicina en el contexto médico – social del año 2000. Rev Esp Salud Pública 1999;73:13-24.
- (8) Weiler PC, Hiatt HH, Newhouse JP, Johnson WG, Brennan TA, Leape LL. A measure of malpractice. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- (9) Danzon PM. The crisis in medical malpractice: a comparison of trends in the United states, Canada, the United Kingdom and Australia. Law Med Health Care 1990;18:1-2 Spring-Summer:48-58.
- (10) Llovet J.J. Las reclamaciones judiciales por mala praxis médica. Rev Esp Salud Pública 1993;67:315-323
- (11) Guillen C., Aguinaga I., Guillen F. La medicina basada en la evidencia en el sistema judicial norteamericano. Disponible en: <http://www.efnavarra.es/salud/anales/textos/vol21/n3/cartas1.html>
- (12) Zurich España. Análisis de riesgos de responsabilidad civil de explotación. Informe Técnico 2001
- (13) Sieg H. Estimating a bargaining model with asymmetric information: evidence from medical malpractice disputes. J Polit Econ 2000;108:1006-21.

(14) Danzon PM. Alternative liability regimes for medical injuries: evidence from simulation analysis. *J Risk Insur* 1994;61:219-44.

(15) Plaza J. El nuevo marco de responsabilidad médica y hospitalaria. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002

(16) Eddy D.M. The use of evidence and cost effectiveness by the courts: how can it help improve health care?. *J Health Polit Policy Law*. 2001;26(2):387-409

(17) Eisenberg J.M. What does evidence mean? Can the law and medicine be reconciled? *J Health Polit Policy Law*. 2001;26(2):369-83

(18) Llamas, E. La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Editorial Trivium, SA., 1988.

(19) Danzon PM. Liability and liability insurance for medical malpractice. *J Health Econ* 1985;4:309-31.

(20) Thornton J. The impact of medical malpractice insurance cost on physician behaviour: the role of income and tort signal effects. *Appl Econ* 1999;31:779-94.

(21) Fournier GM, McInnes MM. The case for experience rating in medical malpractice insurance: an empirical evaluation. *J Risk Insur* 2001;68:255-76.

(22) Sloan F, Hassan M. Equity and accuracy in medical malpractice insurance pricing. *J Health Econ* 1990;9:289-319.

(23) Rolph JE, Kravitz RL, McGuigan K. Malpractice claims data as a quality improvement tool. *J Am Med Assoc* 1991;266:2093-97.

(24) Lorenzo R., Megia I. Responsabilidad legal del profesional sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario [edición electrónica] 2000 Disponible en: <http://www.aeds.org/respprofesipresent.htm>

(25) Quinn R. Medical malpractice insurance: the reputation effect and defensive medicine. *J Risk Insur* 1998;65:467-84.