

Actualidad del Derecho Sanitario

Publicación mensual de Derecho Médico y de la Sanidad

ADS

nº 148

2008 / AÑO XIV

SUMARIO

TRIBUNA / DOCTRINA

Conflicto de estatutos laborales: hablan los tribunales

IÑIGO BARREDA. DIRECTOR DE ADS. (Pág.317)

Formación MIR y responsabilidad profesional

ANTONIO HIDALGO. MÉDICO FORENSE. JULIA GONZÁLEZ. JURISTA Y CRIMINOLOGA. (Pág. 318)

● CIVIL

Daño desproporcionado: el shock anestésico tras amigdalectomía no prueba la negligencia (Pág. 324)

Vasectomía fallida / La carga de la prueba se invierte e incumbe al médico (Pág. 328)

Indemnizado el error diagnóstico de VIH por no realizar pruebas de confirmación (Pág. 332)

CIRUGÍA ESTÉTICA: condena a médico, seguro y clínica por perjuicios estéticos graves (Pág. 335)

CIRUGÍA BARIÁTRICA: absolución por buena praxis y consentimiento correcto (Pág. 338)

LIBROS, RESEÑAS (Pág. 367)

Absolución por falso positivo VIH al no mediar mala praxis (Pág. 342)

● CONTENCIOSO

El estatutario tiene derecho al régimen de permisos del funcionario (Pág. 345)

● SOCIAL

GRANDES INVÁLIDOS: la rehabilitación de mantenimiento es prestación pública (Pág. 348)

ONCOLOGÍA: la técnica más avanzada en hospital privado no la sufraga el Estado (Pág. 351)

BOLETINES OFICIALES (Pág. 371)

● NORMATIVA

CANTABRIA / Orden. Regulada la prolongación de la jubilación (Pág. 355)

GALICIA / Unidades hospitalarias de rehabilitación psiquiátrica (Pág. 359)

MURCIA / Resolución. Reubicación laboral por riesgo para embarazo (Pág. 361)

MURCIA / Coste medio de consulta por gastos de receta médica (Pág. 364)

MURCIA / Resolución. Reubicación laboral de madres por lactancia (Pág. 364)



Instituto
de Fomento Sanitario

A B R I L

2 0 0 8

Particularidades de la formación especializada del médico en relación a la responsabilidad profesional

El requerimiento de la sociedad hacia el médico en cuanto al resarcimiento de los daños que pudieren derivarse para el paciente, como consecuencia del desarrollo de su propia actividad profesional, ha sido una de las características constantes de la relación entre ambos, que habiendo estado presente en todas las épocas históricas ha adquirido connotaciones muy particulares en nuestros días con un notable incremento de las denuncias penales de esta naturaleza y sobre todo de las demandas civiles. La situación, complicada y difícil de afrontar por sus propias características, se enturbia todavía más cuando se suscita en el ámbito de la formación de Especialistas en Ciencias de la Salud mediante el sistema de Residencia recogido en el *Real Decreto 127/1984, de 11 de Enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista* (recientemente derogado, como analizaremos con posterioridad, por el RD 183/2008, de 8 de Febrero) y en la *Ley 44/2003, de 21 de Noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias*.

Bajo este planteamiento y con esta justificación, desde SEMERGEN (*Sociedad Española de Médicos de Atención Primaria*) se han venido organizando, desde hace ya varios años, distintas actividades docentes dedicadas al tema que nos ocupa, con el concurso de los mismos Residentes, sus Tutores y otros profesionales del ámbito de la Sanidad y la Justicia, permitiéndose de esta manera conocer mutuamente las inquietudes de los colectivos participantes sobre el supuesto concreto, la realidad diaria de la faceta asistencial de la Residencia (atención prestada a los pacientes y usuarios del SNS) y las posibilidades de mejora de la estructura de trabajo, estudiando el marco legal actual (*Tabla-1*) y la jurisprudencia sobre casos basados en la relación triangular Residente-Tutor-Administración.

Antonio Hidalgo Carballal

Médico forense.

Coordinador Nacional de la Sección de Medicina Legal del Grupo de Trabajo de Bioética y Humanidades de SEMERGEN.

Julia González Pernía

Jurista, Criminóloga.

Grupo de Trabajo de Bioética y Humanidades de SEMERGEN.

Tal es la importancia que se le concede a la cuestión de la **responsabilidad profesional del médico**, que en el *programa formativo* de la Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria aprobado por la *Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo 1198/2005, de 3 de Marzo* (BOE 3 de Mayo de 2005), en su *Punto 8* relativo a los "Contenidos formativos del área docente de competencias esenciales" se dedica el *Punto 8.3* a "**La gestión de la atención**", presentándose como uno de sus contenidos "**La responsabilidad civil y médico legal**" (*Punto 8.3.6*) considerándose todas sus actividades en un nivel de responsabilidad primario dentro de las tres categorías consideradas en el programa (*Tabla-2*), en relación a los diferentes subtipos de prioridades académicas (*Tabla-3*).

La publicación del *Real Decreto 1146/2006, de 6 de Octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud*, el conocido como "Estatuto del Residente", permitió incluir por primera vez, y de una forma sistemática y pormenorizada, los aspectos laborales de la necesaria relación que une a los especialistas en formación con los centros en los que se están formando durante el tiempo que dura la impartición del correspondiente programa forma-

tivo. Sin embargo destacaban en aquel texto las carencias referentes a los aspectos propios de la formación en sí misma, que no se trataban en ninguno de sus puntos.

El aspecto más formativo del periodo de Residencia, ha quedado legislado en tiempos muy próximos por el nuevo *Real Decreto 183/2008, de 8 de Febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada*, que constituye el marco general en el cual se permitirá seguir avanzando en el proceso de adaptación del sistema a las previsiones de la *Ley 44/2003, de 21 de Noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias* (Capítulo II. Formación especializada en Ciencias de la Salud, Sección 2ª. De la estructura y formación en las especialidades en Ciencias de la Salud). La principal nota a destacar en relación al presente tema de estudio, es su Capítulo V dedicado precisamente al "*Deber general de supervisión y responsabilidad progresiva del residente*".

Y es que debemos partir de la base de que la formación postgrado del MIR se caracteriza por su componente mixto teórico y práctico, programado y sometido a un sistema de

evaluación continuada, junto con un contrato laboral que vincula al Residente y a la Administración sanitaria. El sistema de Residencia al que se refiere el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de Noviembre, implica la **prestación profesional de servicios** por parte de los titulados universitarios que cursan los programas oficiales de las distintas especialidades en Ciencias de la Salud.

Partiendo del lógico planteamiento de que esta característica de la atención a los pacientes de los centros docentes hospitalarios y extrahospitalarios será la que planteará cuestiones relativas a la responsabilidad profesional del MIR, los supuestos concretos causantes del resultado lesivo al paciente, no difieren en lo fundamental respecto de los que podemos encontrar en la actuación de cualquier otro Médico, si bien en el Residente, al tratarse como ya hemos dicho de un profesional todavía en fase de aprendizaje, se incluye la extralimitación de las funciones encomendadas en virtud del año académico concreto.

En función del componente práctico (asistencial) de este sistema, el Residente tiene la doble condición de personal en formación y trabajador por cuenta ajena (trabajador público), indicándonos la jurisprudencia del **Tribunal Supremo** la prevalencia de la primera frente a la segunda (Sentencias de 16/11/93 y 16/11/96) al no tratarse todavía de un Especialista sino de un profesional aún en periodo de aprendizaje postgrado.

La función asistencial ha de tener un carácter marcadamente instrumental que permita adquirir los conocimientos prácticos necesarios para poder ejercer la especialidad concreta de manera autónoma y efectiva.

Dicho sistema formativo implicará la **asunción progresiva de responsabilidades** en la especialidad que se esté cursando y un nivel decreciente de **supervisión**, a medida que se avanza en la adquisición de las competencias previstas en el programa formativo, hasta alcanzar el grado de responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la profesión sanitaria de Especialista.

Así, los Residentes se someterán a las indicaciones de los Especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio de plantear a dichos Especialistas y a sus Tutores cuantas cuestio-

nes se susciten como consecuencia de dicha relación, existiendo un **deber general de supervisión** inherente a los profesionales que presten servicios en las distintas unidades asistenciales donde se formen los Residentes, de tal manera que aquellos estarán obligados a informar a los Tutores sobre las actividades realizadas por los Residentes. Igualmente el **Tutor**, con la finalidad de seguir dicho proceso de aprendizaje, mantendrá entrevistas periódicas con otros Tutores y profesionales que intervengan en la formación del Residente, con los que analizará el proceso continuado de aprendizaje y los correspondientes informes de evaluación formativa que incluirán los de las rotaciones realizadas.

Siendo el **Tutor**, como órgano docente de carácter unipersonal, **el primer responsable del proceso de enseñanza-aprendizaje del MIR**, resulta incuestionable que **una de sus principales funciones ha de ser la de supervisarlos**, favoreciendo la ya referida creciente adquisición de responsabilidad, es decir de autonomía profesional.

Esta asunción progresiva por parte del MIR, conlleva recíprocamente una menor tutorización según el año de Residencia.

Hasta el momento, la graduación de esta supervisión, su cualificación y cuantificación real, constituía un frecuente foco de debate y polémica entre los profesionales implicados, tanto a nivel de Residentes como de Tutores, Adjuntos y otros colaboradores docentes.

El reciente Real Decreto 183/2008, de 8 de Febrero, responde a esta cuestión, al menos en parte, habiendo solventado el tan controvertido extremo de la firma de **informes de alta médica**.

Así en el caso del primer año se exige la **supervisión de presencia física**, realizada por todos los profesionales que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad por los que el personal en formación esté rotando o prestando servicios de atención continuada. Los mencionados Especialistas visarán por escrito las altas, bajas y demás documentos relativos a las actividades asistenciales en las que intervengan estos Residentes. (Clásico, resultaba con anterioridad en este aspecto, el **informe de 28 de Febrero de 2000 de la Asesoría Jurídica Central del INSALUD**, considera-

do como eje central de dilucidación, en cuanto a ratificar que la **facultad de firma autónoma** estaría concretada por la superación de las evaluaciones pertinentes según el plan formativo del programa de la especialidad).

Menor claridad expositiva se utiliza en el caso de Residentes a partir de segundo año, a quienes se reconoce una supervisión decreciente de carácter progresivo, al considerar que el Tutor podrá impartir, tanto al MIR como a los Especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, instrucciones específicas sobre el **grado de responsabilidad** de los Residentes a su cargo, según las características de la especialidad y el **proceso individual de adquisición de competencias**.

Así, **la responsabilidad de la supervisión, no concierne única y exclusivamente al Tutor, sino también a todos los Especialistas** ya formados que desarrollan su labor asistencial en los dispositivos del centro o unidad donde esté estudiando y ejerciendo el MIR.

A éste, se le reconoce por lo tanto el derecho a conocer a los referidos profesionales presentes en la unidad en la que preste servicios, pudiendo recurrir y consultar a los mismos cuando lo considere necesario.

Para documentar aquella estrategia de tutorización, las Comisiones de Docencia elaborarán **protocolos escritos de actuación** para graduar la supervisión de las actividades que lleven a cabo los Residentes en áreas asistenciales significativas, **con referencia especial al área de urgencias** o cualesquiera otras que se consideren de interés.

Dichos protocolos se elevarán a los órganos de dirección del correspondiente centro o unidad para que el Jefe de Estudios de formación especializada consensúe con ellos su aplicación y revisión periódica. La Orden SCO/581/2008, de 22 de Febrero, reconoce esta facultad a la Comisión de Docencia en el punto I de su Anexo. **La evaluación continuada** del Residente será el elemento que permita delimitar el alcance de la necesaria tutorización de las actividades realizadas, en cuanto que la superación de los controles docentes establecidos será la consecuencia de la obtención por el MIR de la pericia suficiente para no necesitarla.

En cualquier caso, abogando a la **pruden-**

cia, como virtud del Médico sensato, conocedor de sus propias limitaciones y carencias, consideramos que corresponde al propio MIR determinar la necesidad de supervisión, realizando un ejercicio de humildad profesional en el criterio de definición de casos o situaciones para cuya adecuada resolución requiere ayuda.

De conformidad con todo lo expuesto hasta el momento, la valoración de la supervisión efectivamente realizada por el Tutor y demás colaboradores docentes, se muestra como fundamental en la valoración jurídica de aquella asunción de cometidos no debidos, en íntima relación con el concepto de **"in vigilando"** del artículo 1903 del Código Civil.

En la práctica habitual, son muchas las circunstancias en las que la propia dinámica del acto médico concreto dificulta esta supervisión. El problema legal se exagera cuando la misma es realizada por otro Residente de un curso superior, quien a su vez ha de ser tutorizado por un Médico Especialista, si bien el hecho de haber superado las evaluaciones de años anteriores es garantía de su habilidad actual y de su capacidad de dilucidación de las dudas planteadas por un MIR de un curso inferior.

La supervisión por el Tutor desplaza la responsabilidad del Residente en el momento en el que el Especialista asume el caso, sin perjuicio de que el MIR hubiera podido incurrir con carecer previo, coetáneo o posterior en un actuar imprudente o negligente.

Retomando de nuevo, el carácter primordial del aspecto formativo de la Residencia, **la ordenación del tiempo de trabajo** no puede en ningún caso perjudicar la formación, la cual no debe verse afectada por factores tan variados como la presión asistencial del centro docente, la limitación de los recursos personales o las características laborales del propio Tutor, quien en función del mismo programa de la especialidad no ha de dedicarse a la asistencia más allá de 5 horas diarias, limitándose al ratio de 30 pacientes/jornada.

El artículo 11.3 del Real Decreto 183/2008, de 8 de Febrero, limita a cinco el máximo de Residentes que podrá tener asignados. En lo tocante a esta misma cuestión, el **Real Decreto 1146/2006, de 6 de Octubre, por el**

que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, dedica su artículo 5 a la "jornada laboral y descansos", limitándola a un máximo de 37'5 horas semanales de promedio en cómputo semestral, con un periodo mínimo de descanso continuo de 12 horas entre el final de una jornada y el inicio de otra. Este horario asegurará el cumplimiento del programa de la especialidad sin que se perjudique el aspecto docente. En relación a las guardias, que tendrán idéntico carácter formativo, no podrán realizarse más de 7 al mes, y en todo caso después de 24 horas de trabajo ininterrumpido se establece el mismo descanso de 12 horas.

El nuevo Real Decreto 183/2008, de 8 de Febrero, regulador del "aspecto formativo", ha modificado el punto b del artículo 5.1 del Real Decreto 1146/2006, de 6 de Octubre, regulador del "aspecto contractual", y así la excepción a este descanso de doce horas en "casos de especial interés formativo según criterio del Tutor o en caso de problemas organizativos insuperables" ha sido suprimida por "casos de emergencia asistencial", aplicándose en dichos supuestos el régimen de descansos alternativos previstos en la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

En definitiva y en términos generales, el Residente se ve inmerso en una cierta situación de desconocimiento del quantum de su responsabilidad en relación al asesoramiento del Especialista docente, situación ésta que generando una importante sensación de inseguridad legal repercute sobre el aprovechamiento completo de la formación que esta recibiendo.

Circunstancias como las expuestas, restan calidad y efectividad al sistema de especialización mediante Residencia, debiendo adoptarse las medidas que resulten necesarias para garantizar el ejercicio pleno y completo de los derechos del MIR durante este periodo de su carrera profesional.

La relación MIR-Tutor necesariamente ha de fundamentarse en la confianza, el respeto personal y profesional y en definitiva en la vocación de educar y en la aptitud de ser educado.

Desde el Grupo de Trabajo de Bioética y

Humanidades de SEMERGEN, no podemos dejar de mencionar en el presente artículo, la consideración que precisamente la Bioética merece en el programa formativo de la Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria, siendo su Punto 8.4 el dedicado a esta especial faceta, con el objetivo fundamental de incorporar la deliberación deontológica a la actividad diaria del Médico de Familia como base fundamental de su quehacer diario orientado no solo a "hacer" sino a "hacer bien" tanto en la óptica científico-técnica como en la moral.

En este mismo sentido, el reciente Real Decreto 183/2008, de 8 de Febrero, recoge en su artículo 12.4 (Evaluación, incentivación y mejora de competencias del Tutor), que "Las Administraciones sanitarias, a fin de facilitar la mejora de su competencia en la práctica clínica y en las metodologías docentes, favorecerán que los Tutores realicen actividades de formación continuada sobre (...) aspectos éticos de la profesión".

A este respecto, el mismo programa formativo de la Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria matiza en su Punto 13.1 que "El Tutor debe fundamentalmente ser un buen Médico de Familia", su perfil competencial debe adecuarse a lo descrito en el Punto 2 y especialmente en el 2.1.5 "Compromiso ético" en sus relaciones con los pacientes, con la sociedad en general, con la empresa sanitaria para la que trabaja y con la industria farmacéutica, así como en sus tareas de docencia y de investigación, evitando que sus lícitos intereses particulares se antepongan a las necesidades de la población a la que atiende. En definitiva, estimular, ilusionar, e incluso inspirar profesionalmente a su alumno, formarle para el futuro en el presente que no puede retomarse ni repetirse nunca.

"Consideraré a mi maestro en medicina como si fuera mi padre; compartiré con él mis bienes y, si llega el caso, le ayudaré en sus necesidades; tendré a sus hijos por hermanos míos y les enseñaré este Arte, si quieren aprenderlo, sin gratificación ni compromiso; haré a mis hijos partícipes de los preceptos, enseñanzas y demás doctrinas, así como a los de mi maestro, y a los discípulos comprometidos y que han prestado juramento según ley médica, pero a nadie más".

Juramento Hipocrático

ANEXO

<i>Normas legales aplicables a la Residencia del Médico Especialista.</i>
<i>A) Legislación sanitaria.</i>
Ley 14/1986 de 25 de Noviembre, General de Sanidad.
Ley General de Seguridad Social (Texto refundido) (Real Decreto 1/1994 de 20-VI).
Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.
Ley 16/2003, de 28 de Mayo de cohesión y calidad del SNS.
Ley 44/2003, de 21 de Noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
Real Decreto 1030/2006, de 15 de Septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.
<i>B) Legislación especializada.</i>
Ley 24/1982, de 16 de Junio, sobre prácticas y enseñanzas sanitarias especializadas.
Real Decreto 127/1984, de 11 de Enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista.
Real Decreto 931/1995, de 9 de Junio, por el que se dictan normas en relación con la formación especializada en Medicina Familiar y Comunitaria de los Licenciados en Medicina a partir del 1 de Enero de 1995 y se adoptan determinadas medidas complementarias.
Orden de 22 de Junio de 1995, por la que se regulan las Comisiones de Docencia y los Sistemas de Evaluación de la Formación de Médicos y de Farmacéuticos Especialistas.
Orden de 22 de Noviembre de 1996, por la que se modifica el artículo 14.3 de la Orden de 27 de Junio de 1989, que regula el acceso a plazas de Formación Sanitaria Especializada.
Orden de 11 de Julio de 2000, por la que se modifica el baremo de los méritos académicos contenido en el anexo de la Orden de 27 de junio de 1989, por la que se establecen las normas reguladoras de las pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada.
Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre.
Real Decreto 904/2001, de 27 de Julio, por el que se unifican las convocatorias para el acceso a la formación médica especializada.
Real Decreto 139/2003, de 7 de Febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada.
Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo 1198/2005, de 3 de Marzo, por la que se aprueba y publica en programa formativo de la Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria.
Real Decreto 1146/2006, de 6 de Octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.
Real Decreto 183/2008, de 8 de Febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.
Orden SCO/581/2008, de 22 de Febrero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se fijan criterios generales relativos a la composición y funciones de las comisiones de docencia, a la figura del jefe de estudios de formación especializada y al nombramiento del tutor.

(Tabla-1)

Nivel de responsabilidad.	Necesidad de asesoramiento.
Primario.	Problemas cuya identificación, evaluación y tratamiento en el 90% de los casos debe de ser capaz de realizar el Médico de Familia sin consultar con otro nivel asistencial.
Secundario.	Problemas cuyo diagnóstico y tratamiento, habitualmente requiere consulta a otro nivel.
Terciario.	Problemas cuyo diagnóstico y tratamiento es competencia de otros Especialistas, por el Médico de Familia debe ser capaz de informar, apoyar al paciente y a la familia y asegurar la coordinación y la continuidad de la atención.

(Tabla-2)

Prioridad.	Exigencia.	Adquisición.
I	Indispensable.	Por todos los Residentes. Su ausencia cuestiona su aptitud.
II	Importante.	Por la mayoría de los Residentes.
III	Excelente.	No es indispensable, pero si está presente puede ser criterio de excelencia.

(Tabla-3)