

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA POR ERROR EN LA IDENTIFICACIÓN DE NEONATOS*

Comentario a la Sentencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pamplona/Iruña (Sección 3) de 6 de septiembre de 2021

Carmen González Carrasco**

Catedrática de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Responsable de formación MBE Legal

Title: Liability of the Public Health System for mistake in the identification of neonates. Comment on the Judgment of the Court of Pamplona/Iruña (Section 3) 6th September 2021

Resumen: El comentario analiza la identificación y la valoración del daño resultante de la incorrecta identificación de neonatos con entrega a progenitores distintos de los biológicos, así como el valor de los protocolos de seguridad en relación el régimen de responsabilidad patrimonial sanitaria y discute el criterio de imputación causal consistente en la pérdida de oportunidad en relación con la argumentación de la Sentencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Pamplona/Iruña (Sección 3) de 6 de septiembre de 2021.

Abstract: The comment analyzes the identification and assessment of the consequent damage from the incorrect identification of neonates with delivery to different progenitors than biological ones, as well as the value of patient safety

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN-31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6452-2911>; Maria.Gonzalez@uclm.es

protocols in relation to the health patrimonial liability system; the paper also discusses the criterion of causal imputation consisting of the loss of a chance in relation to the Judgment's argument of the Court of Pamplona / Iruña (Section 3) 6th September 2021.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, protocolos de seguridad del paciente, aspectos funcionales del servicio, error en la identificación neonatal, pérdida de oportunidad, daño moral.

Keywords: Patrimonial liability of the Health Public System, Patient Safety Protocols, functional aspects of the service, error in neonatal identification, loss of a chance, moral torts.

SUMARIO

DOCTRINA.....	
HECHOS	
COMENTARIO.....	
I. INTRODUCCIÓN	
II. DIFERENCIACIÓN ENTRE ACTOS MÉDICOS Y ASPECTOS FUNCIONALES DEL SERVICIO	
III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y ADECUACIÓN CAUSAL	
IV. IDENTIFICACIÓN TEMPORAL DEL DAÑO Y "PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD"	
V. DAÑO PSICOLÓGICO, DAÑO MORAL Y SU VALORACIÓN	
1. <i>La colaboración de la Administración en la minoración de las consecuencias del daño causado</i>	
2. <i>El argumento del carácter no vinculante del baremo de accidentes de tráfico</i>	
VI. EL <i>DIES A QUO</i> DE LOS INTERESES MORATORIOS	

DOCTRINA

"Debemos partir que el hecho dañoso y los daños causados, psicológicos y morales parten de una fecha concreta cual es de agosto de 2015. Fecha en que se supo la real no filiación biológica. Y es cierto que con ella nace la perdida de oportunidad habida una vez sabida esa no real filiación y la responsabilidad sanitaria que en este pleito se ha declarado existente. Pero es desde esa fecha cuando derivan los daños psicológicos y morales".

HECHOS

Una mujer recién dada a luz salió del Servicio de Maternidad de un hospital del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (SNS-O) con su nombre marcado en la pulsera que fue colocada por el personal sanitario en el tobillo de la que fue identificada como su niña. Más de dos décadas después, se demostró la ausencia de vínculos biológicos entre ellas. La Administración sanitaria y su aseguradora, en el

recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria de la responsabilidad reclamada por ambas, así como también por el padre y hermanos putativos, alegó que la actuación se había ajustado a los protocolos de identificación existentes en el momento de los hechos y mantuvo la falta de acreditación del supuesto de intercambio de los bebés por parte del personal sanitario.

La sentencia dictada en primera instancia, por el contrario, considera probado que hubo una deficiencia identificativa del bebé en cuestión, la cual hubo de ser provocada por un incumplimiento de los parámetros de seguridad exigidos y aportados, ya que si se hubieran cumplido, el intercambio no se habría producido; pero rebaja sustancialmente el montante de la indemnización en virtud de una delimitación temporal del daño moral padecido, que fija en el momento del descubrimiento de la disociación biológica entre madre e hija y no en el de la entrega de la neonata a los padres en el momento del alta hospitalaria. Así, a la hija y principal interesada, que había solicitado la cantidad de 700.000 euros en concepto de daños psiquiátricos, psicológicos y morales, le concede 200.000 euros; a los padres putativos, que habían solicitado la cantidad de 350.000 euros cada uno en concepto de daños psicológicos y morales, les concede 50.000 euros; y a los hermanos, que habían solicitado la cantidad de 175.000 euros para cada uno en concepto de daños psicológicos, les concede 10.000 euros. La sentencia desestima totalmente el recurso en cuanto a la cantidad total de 9.462 euros solicitada por cada uno de los demandantes en concepto de reintegro de gastos devengados como consecuencia del hecho dañoso, así como en lo que se refiere a las cantidades que devenguen en lo sucesivo como consecuencia de los tratamientos médicos, psiquiátricos, psicológicos y terapéuticos de cualquier índole como consecuencia de los daños padecidos por tal hecho.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

Si la valoración y la reparación del daño moral autónomo es siempre un problema difícil de resolver, la solución a adoptar se complica extraordinariamente cuando el origen del daño es un suceso tan infrecuente, irreparable y afectante a la esfera personal y familiar como un error en la identificación neonatal que tiene como consecuencia la entrega de un bebé a una familia distinta de la biológica, con la que aquel crece y se convierte en la persona que resulta ser, más de veinte años después.

Antes de entrar en el análisis del núcleo central de la cuestión litigiosa, conviene detenerse en dos aspectos de especial interés que no han sido abordados en la sentencia objeto de este comentario: la diferenciación entre actos médicos y aspectos funcionales del servicio, en relación con el valor de los protocolos de seguridad del paciente, y la función del art. 148 TRLCU en el conjunto del sistema de la responsabilidad civil sanitaria. Por otra parte, la resolución realiza algunas afirmaciones que también merecen un comentario detenido, en concreto, la alusión a la doctrina de la pérdida de oportunidad como fundamento de la estimación parcial

y la incorrecta relación entre responsabilidad objetiva y rechazo de los criterios de imputación causal adecuada o eficiente. Finalmente, en el comentario se analizará la forma en la que la sentencia resuelve el problema de la identificación y valoración del daño y la siempre insatisfactoria cuantificación del daño moral.

II. DIFERENCIACIÓN ENTRE ACTOS MÉDICOS Y ASPECTOS FUNCIONALES DEL SERVICIO

Afirma la sentencia que “en los supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones médico-sanitarias la jurisprudencia declara que no resulta suficiente la constancia de una lesión para apreciar la existencia de esa responsabilidad, porque ello comportaría extender la responsabilidad objetiva hasta unos límites irrazonables. Para evaluar si concurre o no esa responsabilidad se utiliza el criterio de *Lex Artis* ya que esa técnica permite evaluar si ha habido una correcta actuación médica, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que la medicina y la ciencia médica no pueden evaluarse por sus resultados, sino por la aplicación y utilización de los medios diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos existentes para la curación y restablecimiento del enfermo”. En efecto, la jurisprudencia es unánime en el sentido de que el sistema de responsabilidad sanitaria no puede convertirse en un asegurador universal de resultados adversos con independencia del análisis de la culpa en la actuación de los profesionales sanitarios. Pero no es este un supuesto de responsabilidad por actos médicos, sino de responsabilidad por fallos relacionados con los aspectos funcionales y organizativos del servicio sanitario, que no está sometido al criterio de la *lex artis*, sino al de adecuación a las normas organizativas del servicio y a los protocolos de seguridad del paciente.

El art. 148 TRLCU y otras normas complementarias, los arts. 27 y 28 de la Ley 16/2003 de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud, imponen una garantía de calidad y de seguridad tanto en la Medicina Privada como en la Pública (artículo 29). Según el TS, la responsabilidad objetiva prevista en la norma es predicable únicamente de los “servicios sanitarios” en su aspecto puramente funcional, y no a la prestación individual médica [SSTS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), 4 marzo 2013 (RJ 2013, 2167), 24 mayo 2012 (RJ 2012, 6539), 27 diciembre 2011 (RJ 2012, 166), entre otras muchas anteriores]. Y la exoneración de responsabilidad exige que, en virtud del principio de facilidad probatoria, que sea el centro sanitario demandado el que acredite la inexistencia de deficiencias funcionales del servicio y la dificultad de impedir la infección que se presenta [SSTS, 1ª, 5 enero 2007 (RJ 2007, 552) y 4 julio 2007 (RJ 2007, 5124)]. Se trata de daños evitables con un *checklist* adecuado, (STS -1ª 1152/2002, olvido de gasa en abdomen), infecciones nosocomiales *por ausencia de normas o medios de asepsia* (STS 3ª 9/10/2012, RJ 2012, 9798; STS 1ª 446/2019, 18 de julio (RJ 2019/3471) *falta de supervisión* de médicos internos residentes MIR, por normas de programación *inadecuadas* de guardias en ginecología y obstetricia [STS (1ª) 336/2012 de 24 mayo (sufrimiento fetal)], o de la *defectuosa organización* horaria de la anestesia en quirófano (JCA Sevilla: 5.9.2019). Como puede comprobarse, el criterio subjetivo del incumplimiento de protocolos y medidas de seguridad siempre aflora en la aplicación de la responsabilidad derivada del art.

148 TRLCU y 27 y 28 de la Ley 16/2003 de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud, incluso en los casos en los que el TS ha pretendido una objetivación total¹.

Además, el régimen de responsabilidad (cuasi) objetiva que puede deducirse de estas normas cede ante la causa de exoneración de por los llamados "riesgos del desarrollo". Según el mismo, el prestador de servicios sanitarios (sea público o privado), no responderá si, a pesar de transitar por un ámbito de responsabilidad guiado por estándares de calidad y seguridad "objetivas", el daño sufrido por el paciente tiene su causa en una circunstancia que el estado de la ciencia y de la técnica existente en el momento de su producción no permitía prevenir o evitar. Por ello, la Administración reclamada, (SNS-O), a quien, efectivamente, "corresponde la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido", había alegado en su defensa la aplicación de todos los protocolos de seguridad disponibles en esa época: diferenciación por nidos independientes con acceso permitido únicamente al personal sanitario y a los padres con supervisión, y pulsera identificativa con el nombre de la madre.

La sentencia no niega el valor de los protocolos en general, sino que aplica un mecanismo presuntivo a la prueba de su incumplimiento: "de todos los protocolos supuestamente cumplidos por el SNS-O y aportado a autos, la realidad es que si se hubieran cumplido, el intercambio no se hubiera producido", porque la hipótesis alternativa (el posible intercambio accidental una vez fuera del hospital, cuando los respectivos padres ya conocían a sus supuestas hijas biológicas) es contraria a las reglas del criterio humano. *Re ipsa Loquitur*.

III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y ADECUACIÓN CAUSAL

Según la sentencia, "(...) no son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que - válidas como son en otros terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas".

Se trata de un *obiter dicta* poco afortunado que considera incompatibles los sistemas de responsabilidad objetiva con la aplicación de los "criterios de imputación objetiva del daño", que se refieren a verificar la imputación causal más allá de la causalidad puramente material (adecuación, fin de la norma infringida, conducta alternativa lícita, prohibición de regreso, no incremento del riesgo...). Aun suponiendo que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria quedase algún resquicio de responsabilidad objetiva pura, el carácter objetivo de la responsabilidad solo afectaría a la relajación de la prueba de la culpa, pero no a la necesidad de probar una relación causal suficiente, que es requisito ineludible de toda declaración de responsabilidad. Y más en concreto, de valorar ésta según un filtro de imputación jurídica que determina bajo qué circunstancias jurídicamente relevantes, un resultado puede ser imputado a un agente. Cuando tras probar la Administración sanitaria reclamada la existencia

¹ V.gr. a STS de la Sala 1ª (civil) núm. 446/2019 de 18 julio (RJ 2019\3471), que aplica el art. 148 TRLCU a las infecciones nosocomiales cuando aparecía probada una indebida prolongación de la estancia en UCI.

en el centro de los protocolos de seguridad exigibles en la época del intercambio, la sentencia aplica la presunción de que existió un error en la aplicación del protocolo de identificación, la relación causal queda probada (pues, que la prueba de su aplicación incorrecta corresponda al demandante no significa que sea éste quien haya de traerla al proceso), y, por lo tanto, la afirmación de que la adecuación causal no es relevante tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva es gratuita, además de incorrecta.

IV. IDENTIFICACIÓN TEMPORAL DEL DAÑO Y "PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD"

La sentencia delimita temporalmente el daño moral padecido que fija en el momento del descubrimiento de la disociación biológica entre madre e hija. Sigue en este punto la solución adoptada por la STSJ de Canarias de 11 de diciembre de 2009, con algunas diferencias que después se comentarán.

Según puede leerse en el fundamento de derecho séptimo, "(...) debemos partir que el hecho dañoso y los daños causados, psicológicos y morales parten de una fecha concreta cual es de agosto de 2015. Fecha en que se supo la real no filiación biológica. Y es cierto que con ella *nace la perdida de oportunidad* habida una vez sabida esa no real filiación y la responsabilidad sanitaria que en este pleito se ha declarado existente. Pero es desde esa fecha cuando derivan los daños psicológicos y morales". En un párrafo anterior del mismo fundamento de derecho se constata que, en opinión de la juzgadora, el supuesto y la forma de cálculo de la indemnización procedente es "similar al de la pérdida de oportunidad".

Comienza a ser preocupante la alegría con la que los juzgados se refieren a la pérdida de oportunidad como criterio de imputación, alejándose progresivamente de su originaria función probabilística. La pérdida de oportunidad es un método de superación de la incertidumbre causal que tiene como punto de partida una posibilidad jurídicamente relevante de haber evitado el daño con una conducta diligente. En virtud de esta doctrina, la demanda se estima, evitando la injusticia de dejar sin reparación determinados daños *probablemente* causados por la conducta del demandado, pero la indemnización neta se reduce en proporción a la posibilidad de que el daño pudiera haberse producido igualmente mediando una conducta diligente por parte del demandado (y de que por lo tanto, su conducta no fuese la causa del daño).

En el presente caso no existe tal incertidumbre. El daño, tal y como lo identifica la sentencia -daño moral por el descubrimiento de la realidad biológica-, se habría evitado de forma segura con una correcta identificación del bebé. La ausencia de prueba directa sobre el error cometido por parte del personal sanitario al servicio de la demandada no pertenece a la esfera causal, sino a la concepción dinámica de la carga de la prueba y a la plena validez de las presunciones judiciales como prueba, por lo que no era necesario acudir a esta doctrina para justificar este extremo.

La incertidumbre causal, como tal, solo rodearía a la posibilidad (incierto, y sobre todo, difícilmente constatable) de haber vivido una vida mejor que la recorrida junto a la familia no biológica. Pero entonces no tendría sentido valorar el daño desde el

momento del descubrimiento de la verdad biológica, sino desde el mismo momento de la entrega del bebé a la familia no biológica.

Algo de esto ocurrió en el caso de la STSJ de Canarias de 11 de diciembre de 2009. En aquella ocasión, la sentencia también localizó la existencia e inicio del daño moral padecido por la actora en el descubrimiento de su falta de correspondencia biológica respecto de su familia. Pero, a diferencia de la que ahora comentamos, sí que manejó un elemento de incertidumbre causal para elevar la indemnización: la actora resultó ser gemela de una hermana desconocida cuya existencia le habría podido ayudar “seguramente” a mitigar sus sufrimientos durante la grave enfermedad que había padecido². Desde el momento en que los hipotéticos cuidados de la hermana que nunca se tuvo no pueden darse por supuestos en todo caso, podríamos hablar de cierta incertidumbre causal en relación con los efectos del error de identificación neonatal.

La sentencia del Juzgado de Pamplona objeto de este comentario acierta al no identificar el daño con la privación de las ventajas que habría aportado a los actores disfrutar de una vida acorde con la realidad biológica. Su criterio es correcto por tres razones: en primer lugar, porque una vida no vivida no puede medirse en términos de perjuicio o beneficio objetivo; en segundo lugar, porque las concretas expectativas vitales frustradas no cumplen el criterio de previsibilidad del daño resarcible por el deudor de buena fe (art. 1107 CC). Y finalmente, porque, tanto para la principal interesada como en el caso de los familiares putativos demandantes, pretender ser resarcidos por ventajas familiares perdidas tendría como consecuencia la necesidad de deducir el beneficio obtenido de la familia sí disfrutada, lo cual es a todas luces imposible de evaluar. Así, según el Juzgado, el daño de los recurrentes consiste en el sufrimiento psicológico o desajuste emocional subsiguiente al descubrimiento de la realidad biológica (y solo a partir del mismo). Esto es, la sentencia no indemniza la pérdida de la *chance* de una vida mejor (que requeriría la valoración de la vida de la actora desde la entrega a los padres en comparación con otra de la que, más allá de meras apariencias o suposiciones, nada podrá decirse), sino el sufrimiento provocado por la destrucción del sentido de pertenencia familiar; esto es, un daño moral que solo existe desde la conciencia de la falta de correspondencia biológica. De ahí parte la frase más importante de la sentencia: “la cantidad reclamada en concreto en su recurso presentado es desproporcionada. En primer lugar, debemos partir que el hecho dañoso y los daños causados, psicológicos y morales parten de una fecha concreta cual es de agosto de 2015”. Pero este criterio, siendo acertado, nada tiene que ver con la pérdida de oportunidad.

² STSJ de Canarias núm. 326/2009 de 11 diciembre (JUR 2010\117380) “Teniendo en cuenta que el daño moral sólo puede concentrarse en los períodos desde el conocimiento del intercambio hasta la reclamación en vía administrativa, habiendo manifestado el perito designado judicialmente que el efecto producido a las recurrentes es leve, sin que conste mayor repercusión en su vida personal, laboral y social que las evidentes para un suceso tan extraordinario, se estima ajustada a derecho que D^a Asunción, D^a Juana y D^a Valle perciban la cantidad de 180.000 euros cada una, y que D^a Angelica perciba la de 360.000 euros, habida cuenta que a esta última se le causaron mayores perjuicios, al no contar con ningún tipo de relación con sus familiares biológicos y haberse agravado su penosidad durante el tratamiento de la enfermedad grave que le fue diagnosticada, que seguramente se habría aliviado en parte de conocer la existencia de una hermana gemela”.

V. DAÑO PSICOLÓGICO, DAÑO MORAL Y SU VALORACIÓN

Además de localizar el daño en la fecha del descubrimiento y no en el momento del intercambio, la sentencia basa la valoración concreta del daño en dos circunstancias:

1. La colaboración de la Administración en la minoración de las consecuencias del daño causado

En primer lugar, la sentencia valora el hecho de que se habría acreditado por la Administración en fase previa administrativa una actuación activa por aliviar la situación dolorosa de la familia al intentar producir un esclarecimiento de los hechos y descubrir la verdadera filiación biológica de la hija; colaboración que resultó poco exitosa desde el momento en que la supuesta hija biológica de la familia demandante, supuestamente intercambiada por la actora, decidió no realizarse las pruebas biológicas que le fueron propuestas. El criterio no aparece normativamente fundamentado en la sentencia, pero es adecuado al caso. Porque, en efecto, "los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento" (art. 1.107 CC), siendo que los previsibles ante un espectador imparcial son los daños morales inconmensurables (y, por ello, discrecionales) del descubrimiento de la realidad.

Obsérvese que ni siquiera las expectativas hereditarias no alcanzadas (previa deducción de las actuales) forman parte de los daños, pues la principal interesada en el pleito tiene a su disposición las acciones mixtas de impugnación y reclamación de la filiación, y no le faltará en este caso el principio de prueba "de los hechos en que se funde la demanda" como control previo de viabilidad de la acción (artículo 767 Ley de Enjuiciamiento Civil), ni la legitimación, pues, "a falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, *que es imprescriptible*, corresponde al padre, a la madre o al hijo" (art. 132 I CC), y aunque el art. 137 CC limitaría la acción de impugnación ejercida por la hija al año siguiente al de su mayoría de edad, es aplicable el art. 134 CC, según el cual, el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

2. El argumento del carácter no vinculante del baremo de accidentes de tráfico

En segundo lugar, la sentencia establece una cantidad discrecional a tanto alzado en la que considera incluidos tanto los gastos médicos y sanitarios, como los psicológicos o morales, todos ellos producidos hasta la fecha de la interposición de la demanda, rechazando asimismo gastos de tratamientos futuros y los derivados de la pericial elaborada y los gastos inherentes al proceso, ya que no son gastos derivados del hecho dañoso. Para justificar dicha valoración discrecional, se basa en el carácter no vinculante del baremo de tráfico en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, "si bien es cierto que la disposición adicional tercera

de la Ley 35/2015 ya anuncia que el sistema de valoración que regula servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria".

La cuestión del carácter orientativo y no vinculante del baremo a los daños derivados de la actividad de la Administración ha sido ampliamente tratada en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Pero para ese viaje no se necesitaban alforjas. El baremo actual no era aplicable al caso porque no hay ninguna partida dentro del mismo que valore un perjuicio moral independiente de un daño corporal previo, que en este caso es inexistente. El baremo de tráfico es aplicable a todos los perjuicios causados a las personas "como consecuencia *del daño corporal* ocasionado" (art. 32.1 de la LRCSCVM). Sin embargo, en los trabajos preparatorios del baremo de daños derivados de la actividad sanitaria que se desarrollaron en el seno del Ministerio de Sanidad hasta la redacción de un Anteproyecto casi ultimado a finales de 2019, sí que se contemplan otros daños, como "la vulneración del derecho de información al paciente sobre los tratamientos, pruebas o intervenciones a las que se va a someter, la falta de obtención de su consentimiento informado o la curación o mejor calidad de vida si se hubiera realizado un diagnóstico más temprano es decir, la llamada pérdida de oportunidad" a los que se refiere su Exposición de Motivos. Por ejemplo, se había venido trabajando sobre la posibilidad de cuantificar la pérdida de oportunidad en base a una horquilla porcentual dependiente de un cálculo probabilístico. Pero cuando hablamos de pérdida de oportunidad y de ausencia total de consentimiento a las intervenciones, hablamos siempre de consecuencias corporales previas que podrían haberse evitado, y sobre cuya valoración se aplicaría en el primer caso el criterio de la reducción porcentual. Y en el presente caso, como ya se ha argumentado, no existe pérdida de oportunidad, sino un daño psicológico independiente y no invalidante marcado por la discrecionalidad propia del daño moral.

La situación más parecida planteada en los trabajos preparatorios del baremo de daños sanitarios sería la posibilidad de valorar el daño moral autónomo derivado de la ausencia de consentimiento informado (daños a la autonomía del paciente, art. 7.3 del Anteproyecto frustrado), esto es, el que se produciría – en contra de la jurisprudencia dominante³- en aquellos casos en los que la actuación sanitaria no se materializa en un daño corporal. La propia regulación de este supuesto en el Anteproyecto viene a demostrar la imposibilidad de prescindir del elemento discrecional atendiendo a las circunstancias del caso⁴.

³ STS -3ª-, 26 de marzo 2002 -EDJ 2002/15243-, SSTS -1ª- 27 de septiembre de 2001 -EDJ 2001/30954-, 21 de diciembre de 2006 -EDJ 2006/353226-, 4 de marzo de 2011 -EDJ 2011/30414-. Pero cfr. con la indemnización por la angustia provocada por la mera ingesta del medicamento con defectos de información en el caso AGREAL, enjuiciado por la STS (1ª) de 10 de julio de 2014 (EDJ 2010/134701).

⁴ "Cuando no se haya ocasionado daño o lesión física, el importe de la indemnización, en su caso, se fijará con criterios de proporcionalidad atendiendo a la trascendencia de la infracción producida en el derecho a la autonomía del paciente, sin que pueda ser superior a 10.000-15.000 €, salvo que resulte acreditado que el paciente tuviera un conocimiento razonable de los riesgos por sus circunstancias personales o sus antecedentes médicos, en cuyo caso no habrá derecho a indemnización alguna".

Por lo demás, el presente supuesto no tiene parangón con las situaciones ordinarias de déficits en la información asistencial. Pero sí con supuesto diferente de error con consecuencias dañosas en el ámbito personal y familiar como el de la incorrecta identificación de los restos mortales de los militares fallecidos en el accidente del YAK-42 [SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 6 mayo de 2009, [ARP 2010\119]], en el que se indemnizó en 10.000 euros a los familiares de las víctimas por el daño moral en tal concepto de forma desligada del baremo y del ámbito de cobertura del seguro.

VI. EL *DIES A QUO* DE LOS INTERESES MORATORIOS

En tercer lugar, la sentencia se pronuncia sobre los intereses moratorios de la indemnización concedida en términos sorprendentes: "(...) Dicha indemnización devengará el interés moratorio legal que habrá de computarse desde la fecha de interposición de la primera reclamación contra la Administración, momento a partir del cual cabe entender a la misma incurrida en mora, 17 de mayo de 2016. Y es cierto que la indemnización concreta se cuantifica por escrito de 15 de marzo de 2018, pero ya en la reclamación presentada en mayo de 2016 se solicitaba la indemnización *de la totalidad de los perjuicios causados a los reclamantes en concepto de daños moral, psicológico, físico, pérdida de oportunidad y otros*".

La reclamación de 17 de mayo de 2016 no puede establecerse como *dies a quo* del cómputo del interés moratorio aplicable, cuando no existe ninguna base sobre la que determinar el daño indemnizable y solo a partir del escrito de 15 de marzo de 2018 se cuantifica la misma por la parte demandante. No se trata en este caso de que existan "discrepancias de las partes sobre la cuantía de la indemnización, dudas que inicialmente pudieran haber existido sobre las causas del siniestro, propuestas de acuerdo u ofrecimiento de pago de cantidades inferiores a las finalmente fijadas en sentencia" [de forma analógica a los supuestos que no excluyen la producción de la mora en el caso del asegurador, según la STS-1ª- 24 noviembre (RJ\2020\4694) y muchas otras]; es que en el caso de esta primera reclamación, la parte reclamante no cumplió siquiera el requisito de la cuantificación de la deuda de responsabilidad sobre la cual la Administración pudiera indemnizar.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial deben distinguirse cuatro elementos de reparación íntegra del daño: dentro del procedimiento administrativo que acaba con una condena a la Administración se aplica la actualización del valor dinerario desde el momento de la lesión (como deuda de valor) hasta el la finalización del procedimiento administrativo, por aplicación del Índice de Garantía de la Competitividad que se aplicaría desde el día de la lesión (agosto de 2015) hasta la finalización del procedimiento administrativo; así como los intereses de demora a aplicar a la cantidad así fijada en la resolución administrativa o en el acto de reconocimiento de la Administración, hasta su completo pago.

Según establece el art. 34.3 de la Ley 40/2015 (LRJSP), "(...) La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la

Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas". El precepto aplicable a los intereses moratorios desde la resolución administrativa estimatoria hasta su pago (en el caso de que hubiera estimado la reclamación) es el artículo 24 de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra, según el cual, "(...) Sin perjuicio de lo previsto en la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública de Navarra dentro de los dos meses siguientes al día de la notificación de la resolución correspondiente o del reconocimiento de la obligación, deberá abonarle, desde el día siguiente y hasta su total cancelación, el interés señalado en el apartado 2 del artículo 18 de esta Ley Foral (interés legal del dinero), sobre la cantidad debida....todas aquellas otras dilaciones en el procedimiento de pago imputables al acreedor no serán tenidas en cuenta a efectos del cómputo del periodo de devengo de intereses de demora".

En el caso de que la resolución no satisfaga el interés del perjudicado y éste acuda a la vía judicial en vía de recurso, la restitución íntegra del interés dañado obliga, por su parte, a la compensación por la dilación en la obtención de la indemnización desde su reclamación hasta la resolución judicial que la concede, estimando el recurso del reclamante frente a la denegación de la Administración; y a los intereses procesales que se regulan en el art. 106 LRJCA desde la notificación de la sentencia hasta el completo pago por parte de la Administración.

En lo que aquí interesa, al interés de demora que la sentencia impone en este caso es aplicable la doctrina de la restitución íntegra según la cual será aplicable el interés legal del dinero (que absorbe la actualización) desde la reclamación hasta la fecha de la sentencia que estima el recurso y declara la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero una cosa es que, en el procedimiento administrativo, el valor de la indemnización debiera haber sido actualizada con el IPREM desde el momento de la lesión, como deuda de valor (según la sentencia, desde agosto de 2015), y otra cosa es que el primer conocimiento de una reclamación no cuantificada por el propio reclamante (la de 17 de mayo de 2016), tenga la virtualidad de constituir en mora a la Administración. No tiene tal efecto una reclamación totalmente ilíquida que no cuantifica el daño ni aporta al acreedor las bases para su cuantificación, como ocurrió con la inicialmente presentada en este caso, al mezclar conceptos dispares como "el daño moral, psicológico, físico, pérdida de oportunidad y otros".

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

ARCOS VIEIRA, M^a.L., *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor. 2005.

ASÚA GONZÁLEZ, C. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

Responsabilidad civil médica /en/ Reglero Campos, Fernando (coord.). Tratado de Responsabilidad Civil, 5ª Ed., Tomo II, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *La prestación de servicios sanitarios como relación de consumo*, Cizur Menor, Aranzadi 2017.

DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., "Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria" (working paper nº180, *InDret* 1/2004).

Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario, Granada, Comares, 2006.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Comares, 2008

GASCÓN ABELLÁN, M.F., "Nexo causal e incertidumbre. Probabilidad, estándares de prueba y oportunidades perdidas", *Revista de Ciencia Forense*, 14, 2017, pp. 77-96

«Prueba de la causalidad en pleitos de daños y "pérdida de oportunidad"» en M.J. Herrador (coord.), *Derecho de Daños*, Madrid, Sepin, 2011, pp. 195-227.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., "Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad médico-sanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad" En *Responsabilidad civil y seguro: Cuestiones actuales* / Mariano José Herrador Guardia (dir.), 2018, ISBN 9788417317102, pp. 361-455.

"Infecciones nosocomiales no son siempre evitables (a propósito de la aplicación del art. 148 TRLCU a las infecciones intrahospitalarias)". Recuperado a partir de: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4464-las-infecciones-nosocomiales-no-son-siempre-evitables-a-prop%C3%B3sito-de-la-aplicaci%C3%B3n-del-art-148-trlcu-a-las-infecciones-intrahospitalarias>. Fecha de publicación: marzo 2020.

MORENO ALEMÁN, J., "Seguridad del paciente en el área quirúrgica: aspectos jurídicos positivos de la implantación del checklist o lista de verificación quirúrgica", *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (8) 2014, pp. 162-181. Recuperado a partir de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/412>

LUCÁN, M.A., "Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos" en Reglero Campos, Fernando (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Tomo II, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.