
“LOS DAÑOS MORALES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA: ANÁLISIS JURÍDICO Y PRÁCTICO DE LAS CUESTIONES MÁS PROBLEMÁTICAS”

Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Fecha finalización del trabajo: 1-4-2015

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS MORALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA**
- 2. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA**
- 3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES**
- 4. LA CARGA DE LA PRUEBA Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES**
- 5. LA SUCESIÓN PROCESAL EN LOS DAÑOS MORALES**
- 6. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS MORALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

La figura del daño moral tiene su origen en la doctrina francesa, cuyos juriconsultos denominaban con la expresión "domages morales", y consiste, desde un punto de vista etimológico, en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos inflingidos a la víctima o a su entorno por un evento dañoso.

El daño moral implica, por tanto, una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

Si partimos de la definición de "daño" como el mal o perjuicio producido a una persona y le añadimos el término "moral", en referencia a la suma de elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano, podremos acercarnos al concepto de daño moral, que entendido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

Dentro de las características del daño moral se pueden enumerar, entre otras, las siguientes:

El daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano, ya que el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto.

El daño moral no es patrimonial, ya que no acarrea ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente evaluables y se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

Una de las cuestiones jurídicas tradicionales mas problemáticas y discutidas que se ha planteado en el ámbito jurídico, es la relativa a si los daños morales pueden ser objeto de reparación.

En España, en la actualidad, la práctica totalidad de la doctrina moderna admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial, siendo una cuestión principal y especialmente analizada por la doctrina civilista. En este sentido, DE CASTRO señala que «el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter

indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general»; HERNANDEZ GIL utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de derecho comparado que representa el derecho anglosajón.

DIEZ PICAZO, por su parte, pone de manifiesto que el derecho de daños se vio afectado desde el siglo XIX como consecuencia de la revolución industrial, que dio lugar a un enorme aumento de los accidentes causados por los ferrocarriles, por el transporte urbano, por el manejo de las nuevas fuentes de energía, como gases y electricidad, y también por el aumento de los accidentes de trabajo.

Ante el problema que significaba para los afectados por estos accidentes probar en sede judicial la existencia de culpa en el agente causante de los daños sufridos, la jurisprudencia, siempre aplicando el principio “pro damnato”, comenzó a establecer unas medidas tendentes a facilitar al dañado la consecución de su resarcimiento, y así, dentro de esas medidas surge la aparición del daño moral como concepto indemnizable.

En todo caso, la doctrina española es unánime al afirmar que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la «reparación integral del daño», que es el objeto principalmente del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina moderna, se postula por algunos sectores la no resarcibilidad del daño moral, y así los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada diversidad en su argumentación (la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales por su propia naturaleza, la incapacidad de conseguir el fin que toda reparación persigue ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral, que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.....)

Desde un punto de vista jurisprudencial, hay que señalar que el reconocimiento del daño moral como concepto susceptible de reparación no ha sido realizado de una manera uniforme en el tiempo por las distintas salas del Tribunal Supremo.

Precisamente ha sido en el ámbito civil el que primero ha procedido al reconocimiento jurisprudencial del daño moral como concepto indemnizable, y ello a pesar de que el daño moral, como categoría jurídica, no fue objeto de regulación específica en el Código Civil, atribuyéndose el mérito de ser pionera en el reconocimiento judicial del daño moral a una sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre 1912, cuyo supuesto de hecho está representado por una mujer que interpone demanda contra la empresa editora y el director del periódico “El Liberal” por publicar en primera página y con texto destacado en fecha 1 de diciembre de 1910, una noticia que era falsa y que entendía que menoscababa su honor y honra, solicitando indemnización por los daños morales sufridos, alegando los demandados, que recurrieron en casación, que este tipo de daños no eran indemnizables en el ordenamiento jurídico español.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre 1912, confirma la sentencia recurrida, señalando que “el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, título 9.º, de la Partida 7.a,”

A partir de esta resolución judicial fueron numerosos los pronunciamientos que reconocieron la posibilidad de la indemnización de los daños morales, con fundamento en una interpretación sistemática y extensiva de los artículos 1101, 1106 y 1902 del Código Civil, que aluden respectivamente a “la indemnización de los daños y perjuicios causados”, “todos” y “reparar el daño causado”, entendiéndose que dentro de estos conceptos se incluye el denominado daño moral (STS de 14 de diciembre de 1917; STS de 12 de marzo de 1928; STS de 10 de julio de 1928; STS de 31 de marzo de 1930; STS de 25 de junio de 1945; STS de 21 de enero de 1957; STS de 7 de febrero de 1962; STS de 11 de mayo de 1977; STS de 31 de mayo de 1983; STS de 6 de julio de 1990; STS de 19 de noviembre de 1991; STS de 26 de octubre de 2006.....)

Además, en el orden civil se ha reconocido la indemnidad de los daños morales en todos aquellos supuestos de responsabilidad civil “ex delito”, por aplicación de la normativa penal, como a continuación analizaremos.

Iniciada, como hemos expuesto anteriormente, la indemnización de los daños morales en el campo de la culpa extracontractual, y contractual, se ha adoptado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad, de manera que en la actualidad se ha diversificado el ámbito de aplicación, siendo que las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación, entre otras, con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo); los ataques al prestigio profesional (sentencias del Tribunal Supremo de 28 febrero, 9 y 14 diciembre 1994, y 21 octubre 1996); propiedad intelectual (igualmente con regulación legal); responsabilidad sanitaria (sentencias del Tribunal Supremo de 22 mayo 1995, 27 enero 1997, 28 diciembre 1998 y 27 septiembre 1999); y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), fundamentado en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (STS de 27 julio 1994), o motivado en el incumplimiento contractual (sentencias

del Tribunal Supremo de 12 julio 1999, 18 noviembre 1998, 22 noviembre 1997, 20 mayo y 21 octubre 1996).

En el ámbito penal, desde la introducción del artículo 104 del Código Penal de 1944, que preveía el resarcimiento no sólo de los daños materiales sino también de los daños morales, antecedente del vigente artículo 110 del Código Penal 10/1995 de 23 de Noviembre, regulado en el Título V bajo la denominación de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y costas procesales, han sido numerosos los pronunciamientos de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo que han reconocido la indemnización del daño moral (STS de 29 de mayo de 1952; STS de 12 de noviembre de 1957; STS de 24 de junio de 1964; STS de 7 de Octubre de 1970; STS de 30 de junio de 1979; STS de 22 de abril de 1984; STS de 17 de enero de 1991; STS de 19 de enero de 1994; STS 3 de noviembre de 2006.....)

En el ámbito administrativo, para la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la dificultad de valorar y cuantificar económicamente los daños morales en sentido estricto, además de la inexistencia de normativa expresa, supuso inicialmente que no los reconociera como conceptos indemnizables, siendo ilustrativos de este criterio, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Abril de 1972,(RJ 1972/2660); 17 de Enero de 1975 (RJ 1975/4); o 5 de Febrero de 1980(RJ 1980/582).

Sin embargo, a partir de la STS de 12 de Marzo de 1975 (RJ 1975/1798) que inicia la nueva orientación jurisprudencial, con el conocido caso de “los novios de Granada” por la que el Tribunal Supremo consideró imputable a la Administración el daño ocasionado por un enfermo mental, ingresado en un Hospital al arrojarle por una ventana y caer sobre una pareja por considerar que el interno “no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina”, y de las sentencias del Tribunal Supremo, de 2 y 4 de diciembre de 1980, 30 de marzo de 1982 y 13 de julio de 1983, comienza una doctrina permisiva deducible de la literalidad del antiguo artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, alusiva, en general, a bienes y derechos, y que para la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1980 tiene su fundamento en que la exclusión de los daños morales del ámbito procedimental y procesal del

derecho administrativo, cuando su resarcimiento se reclama, tanto desnaturalizaría la general referencia que se hace por el artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa, Decreto de 26 de abril de 1957, a bienes y derechos, se opondría de manera manifiesta a la finalidad de responsabilizar al patrimonio de la Administración Pública de las consecuencias dañosas de su actividad (sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de julio de 1984).

A partir de estos pronunciamientos, han sido numerosas las ocasiones en las que se ha reconocido junto al daño material, el daño moral o “pecunia doloris” entendido como compensación del dolor o sufrimiento que determinados actos tienen sobre las personas, como son la muerte de seres queridos o la existencia de dolor por las lesiones producidas (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1982,(RJ 1982/4773); 18 de Marzo de 1985 (RJ 1985/2635); 1 de Diciembre de 1989 (RJ 1989/8992); 13 de Enero de 2000 (RJ 2000/659); 23 de Octubre de 2003,(RJ 2003/259).

2. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

En materia sanitaria, la presencia de daños de naturaleza moral suele ser muy frecuente, consecuencia de la naturaleza del hecho productor del daño, y de la propia naturaleza del daño, ya que el menoscabo sobre la salud e integridad de las personas, además del propio daño, ocasiona no solamente alteraciones físicas, sino de otra índole (laborales, familiares....) que se tratan de englobar y reparar bajo la denominación de “pretium doloris”.

El daño moral en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria no sólo es generalmente admitido sino que muchas de las reclamaciones y resoluciones judiciales están exclusivamente fundamentadas en esta clase de indemnización, siendo cada vez más abundante junto a las clásicas reclamaciones fundamentadas en el fallecimiento de un familiar, o por las lesiones padecidas derivadas de la defectuosa actuación sanitaria, plantear reclamaciones de responsabilidad por

daños morales fundamentado en retraso o error diagnóstico, ausencia o falta de información en el consentimiento informado....

El fundamento que subyace en el resarcimiento del daño moral es el reconocimiento del principio de que la responsabilidad patrimonial conlleva la reparación integral de los daños y perjuicios producidos (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2003, RJ 2003/672).

En la actualidad, por tanto, la jurisprudencia ha reconocido ampliamente que la indemnización puede extenderse tanto a los daños materiales, que son susceptibles de valoración económica de forma mas clara, como a los daños morales que retribuyen otros conceptos, y cuya conversión económica presenta una mayor complejidad al retribuir daños no patrimoniales relativo a conceptos y valores de carácter no material que suponen una pérdida susceptible de reparación específica, sin perjuicio de reconocer el carácter limitado de dicho concepto, y así en la sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 se declara que “Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.”

En el Consejo de Estado, sin embargo, la inclusión de los daños morales como institución indemnizable es más temprana y se remonta al Dictamen de 22 de Octubre de 1970, y está basada en una doctrina permisiva deducible de la literalidad del antiguo artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, alusiva en general a bienes y derechos. En el ámbito autonómico de Castilla-La Mancha, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha reconoce, con carácter general, el resarcimiento de los daños morales en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria y así, a título expositivo se

pueden citar, entre otros, el Dictamen 142/2005, de 5 de Octubre, en un supuesto en el que una paciente acude al Servicio de Ginecología de un Hospital a causa de un pequeño bulto y sin practicar prueba recomendada se dictamina la benignidad del mismo, acudiendo meses después y confirmándose masa tumoral cancerígena, en donde por el superior órgano consultivo de Castilla-La Mancha “se reconoce relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitario imputados y los daños morales padecida por la interesada como consecuencia del retraso en el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad oncológica”; o en el Dictamen 62/2005 de 11 de Mayo en el que se produce un retraso en el diagnóstico como consecuencia de la demora en la práctica de una mamografía, señalándose por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha “que en el proceso del desarrollo del tumor padecido por la reclamante, un acortamiento significativo del plazo de diagnóstico, habría podido tener cierta incidencia sobre los ámbitos de consideración incluidos dentro de la categoría de los daños morales señalados en la sentencia citada, procediendo reconocer a la misma una indemnización por dicho concepto”.

En cualquier caso, por el propio Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha se pone de manifiesto la dificultad inherente en orden a la determinación y valoración de los daños morales, declarándose en el Dictamen 166/2005, de 22 de Noviembre, que “ Por lo que a los daños morales se refiere, éstos por su carácter afectivo y de “pretium doloris”, carecen de módulos objetivos, lo que conduce que para su determinación deban tenerse en cuenta otros elementos, como son la actitud que ha tenido la Administración sanitaria ante el paciente y la dinámica de la propia enfermedad”.

En el ordenamiento jurídico español son diversas las normas que contienen el concepto de “daño moral” en su articulado como concepto susceptible de resarcimiento, en sus respectivos ámbitos de aplicación, incluso con carácter preceptivo y así:

- El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección del Derecho al Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen señala que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará

atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. “

- El artículo 110 del Código Penal 10/1995, de 23 de Noviembre, en el Título V, de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y costas procesales dispone que “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1. La restitución.
2. La reparación del daño.
3. La indemnización de perjuicios materiales y morales”

- El artículo 140.2 a) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que “En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.

- El artículo 43.2 a) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, según la redacción dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, declara que “ Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado, las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico”

- El artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, dispone que “Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la

ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley”

Como apuntábamos anteriormente, la problemática general del daño moral se plantea en términos similares en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria, siendo cada vez más frecuente los supuestos en que se ejercitan acciones resarcitorias fundamentadas no solamente en los daños materiales sino también en los daños morales padecidos presuntamente imputables a los servicios sanitarios.

Dentro del concepto de daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria se suelen incluir, entre otros, los perjuicios derivados del fallecimiento de un familiar, de un error o retraso de diagnóstico.....Un supuesto específico, no exento de controversia, que cada vez tiene una mayor presencia en los órganos judiciales es el relativo al derecho de indemnización por daños morales en aquellos casos que la praxis médica es acertada, pero no ha sido correctamente informado, vulnerando así lo dispuesto en la 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, al considerar que al no darle información al paciente, se le privaba de la posibilidad de decidir y participar en el tratamiento.

En este sentido, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Septiembre de 2005 (Recurso 5078/2002) declaraba que “Como ya anticipamos esa falta de consentimiento constituye una infracción de la “lex artis ad hoc” en el servicio público sanitario, y ha de ser indemnizado cuando no habiéndose cumplido, y llevada a cabo la intervención se produce, como en este caso, el resultado que nos es conocido.”

En cualquier caso, para que el daño moral sea indemnizable es necesario, al igual que sucede con el daño material, que concurren todos los presupuestos generales que se enuncian en los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las particularidades propias derivadas de la diferente naturaleza jurídica y que son objeto de análisis a continuación.

3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES

Una de las primeras cuestiones que se plantean en relación al daño moral, es precisamente la relativa a la legitimación activa, es decir quienes pueden ser considerados desde un punto de vista jurídico como perjudicados a los efectos de solicitar resarcimiento por los daños morales sufridos. Especialmente controvertido es el supuesto relativo al fallecimiento de una persona derivado del anormal funcionamiento de la Administración Sanitaria, y la determinación de los parientes que ostentarían derecho a solicitar resarcimiento por el daño moral sufrido (independientemente de si se solicita conjunta o independientemente del daño material).

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, al carecer de módulos objetivos vinculantes como acontece en otras materias, accidentes de tráfico por ejemplo, son diversos los criterios legales que pueden ser utilizados a título orientativo, sin que la mencionada cuestión haya sido analizada por la jurisprudencia española de forma sistemática y uniforme, y así, en el ordenamiento jurídico español existen diversas normas jurídicas que regulan con distinta amplitud los sujetos que ostentarían la condición de perjudicado, a los efectos de solicitar una indemnización por los daños morales padecidos, y así se puede distinguir:

- El artículo 113 del Código Penal 10/1995, de 23 de Noviembre, dispone que “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.”

- El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen señala que “El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los

tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella. “

- El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en relación con las resoluciones anuales de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante la anualidad correspondiente, fijan el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, regulando de forma minuciosa y detallada en sus Anexos los perjudicados/interesados de la indemnización (en la que se incluyen los daños morales), dependiendo del supuesto fáctico en que se incardine y dando respuesta de forma expresa a las cuestiones jurídicas mas controvertidas (cuando se trate de hijos, se incluirán también los adoptivos, las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho, la cuantía total de la indemnización se distribuirá al 50 % entre los abuelos paternos y maternos...).

Esta regulación tan reglada de los perjudicados/beneficiarios de la indemnización (incluyendo daños morales) no exenta de plantear problemas, incluso de naturaleza ética o moral, ha sido validada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y así, a título de ejemplo, en un supuesto en el que una sentencia de instancia no concedió la indemnización a dos hermanos mayores de edad, que si había sido otorgada sin embargo a uno de sus hermanos menores, que reclamaban por daño moral, debido a que, al ser mayores de edad, no estaban incluidos como perjudicados/beneficiarios en la tabla I (grupo IV) del anexo sobre "valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en

accidentes de circulación", baremo introducido por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados que modificó el Decreto 632/1968 sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Los dos hermanos mayores de la víctima interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia alegando, entre otras cosas, que se habían lesionado sus derechos a la igualdad, al establecer discriminación entre hermanos por razón de edad (artículo 14 de la Constitución Española), y su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

El Tribunal Constitucional en la STC 274/2005, de 7 de Noviembre, (fundamento jurídico cuarto) declara que " En el fundamento jurídico cuarto de la expresada Sentencia 190/2005 afirmamos que "el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en éstos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concreta circunstancia que se describe en la rúbrica de dicho grupo, esto es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico cuando ésta carece de cónyuge e hijos atendiendo a la ratio limitadora de las compensaciones económicas que preside el sistema, y es que la concurrencia con unas u otras personas puede dar lugar a supuestos indemnizatorios diferenciados, dado que 'la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor' (STC 105/2004, de 28 de junio, FJ 7)".

"Por otra parte -decíamos asimismo en el mismo fundamento jurídico 4 de la citada STC 190/2005-, la finalidad de la regulación cuestionada no es solo la de reparar predominantemente un daño afectivo, pues a ésta "se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección:

la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE). Debe destacarse, en este contexto, que varios de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución -"principios rectores de la política social y económica"- tienen como función precisamente la de identificar grupos de personas necesitados de especial protección [menores y madres (art. 39 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etc.]. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la ley, como en la de igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado art. 14 CE". Añadíamos que "en este sentido, es de subrayar que la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima -aparece expresamente recogida en el art. 12 CE-, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce -art. 39.3 y 4 CE. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable".

"Así las cosas", concluíamos el fundamento jurídico 4, "no puede considerarse contrario a las exigencias de igualdad que impone el art. 14 CE que los hermanos menores de edad de la víctima gocen de una protección (la derivada del reconocimiento de la condición de perjudicado-beneficiario) que no se dispensa a los mayores de edad".

Es evidente, y prueba de ello es el caso anteriormente examinado, la dificultad que conlleva establecer un sistema reglado de legitimación de daños morales, pero ello supondría garantizar a todos los ciudadanos, los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y evitar que se produzcan arbitrariedades. En cualquier caso, a pesar de la diferente naturaleza jurídica, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, y a falta de un baremo de daños sanitarios en el momento actual, resultaría coherente con el principio de unidad de sistema que debe predicarse de cualquier ordenamiento jurídico, la aplicación del mismo criterio que se establece en el baremo de accidentes de

tráfico a los efectos de la determinación de las personas que ostentan la condición de perjudicadas para solicitar el resarcimiento de los daños morales sufridos.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada y los daños presuntamente padecidos, siendo ésta una formulación enunciada en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo, y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, lo que es reconocido jurisprudencialmente (STS de 19 de Mayo de 1987, STS de 11 de Mayo de 1992).

No obstante, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en relación con la carga de la prueba de los daños morales se constatan diversos pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, aparentemente contradictorios respecto al grado probatorio exigido, que sin embargo gozan de una formulación sistemática, como se expone en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 31 de mayo de 2000, que señala que "La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfa) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 febrero 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 junio 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (s. 14 diciembre 1993), o no se admita la indemnización - compensación o reparación satisfactoria- por falta de prueba (S. 19 octubre 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (s. 23 julio 1990, 29 enero 1993, 9 diciembre 1994 y 21 junio 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes,

como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (s. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad (Ss. 15 febrero 1994, 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria."

Hay que destacar que en materia de imputabilidad, dentro de la exigencia del requisito de relación de causalidad, se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente la denominada "teoría de la pérdida de oportunidad", que se aplica especialmente en los supuestos de retraso o error de diagnóstico, tratamiento o asistencia tardía....para atender a algunos supuestos en los que el daño efectivo y la relación de causalidad, es difícil de apreciar. Consiste además, en indemnizar no tanto el daño efectivo producido, sino considerar como tal la mera probabilidad (más o menos cierta) que si la administración sanitaria hubiera actuado de otra manera el paciente hubiera tenido la posibilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su vida o integridad física o moral.

Esta teoría aplicada con rigor y prudencia puede resultar muy positiva en materia de imputabilidad de los daños morales, sin perjuicio de la problemática práctica que plantea su aplicación, y que será objeto de análisis en la parte final del presente trabajo.

Una de las mayores dificultades que se plantea del reconocimiento de los daños morales en materia de responsabilidad patrimonial, es el relativo a la cuantía de la indemnización que debe fijarse en cada caso. Esta situación ha sido reconocida incluso por nuestros propios Tribunales, y así en la STS de 28 de Diciembre de 1998 (RJ 1998/10161) en la que se afirma que "en el área de los daños morales es francamente imposible llevar a los mismos las normas valoradoras que establece el artículo 141.2 de la LRJ-PAC cuando habla de "las valoraciones predominantes en el mercado"; que "el pretium doloris carece de parámetros o módulos objetivos lo que conduce a valorarlo en una cifra que si bien debe ser razonable, siempre tendrá un componente subjetivo", STS de 16 de Enero de 2003 (RJ 2003/1031). En esta línea jurisprudencial, la STS de 1 de

Febrero de 2003, (RJ 2003/2358) se declara que la indemnización económica del perjuicio moral “se reserva al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin otra limitación que la razonabilidad en su determinación”.

Además de que la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al órgano de instancia, constituye doctrina legal del Tribunal Supremo (STS de 20 de Julio de 1996, 5 febrero de 2000, 22 de Octubre de 2001, 27 de junio de 2007...) que la misma no sea revisable en casación siempre que aquel haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación, y que aunque el Tribunal Supremo tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado dicho órgano judicial de instancia si éste ha respetado el único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por el propio Tribunal de instancia

En materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, respecto a la cuantificación del daño moral, hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de que el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas señala que: “ La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”, en la práctica judicial se ha generalizado la utilización de los criterios orientativos en materia de accidentes de tráfico, inicialmente fijados por la Ley 30/95, de 8 de Noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados, que si bien no eran de imperativa aplicación en esta materia, si que se venían recogiendo en los distintos tribunales como criterios objetivos orientadores del daño (sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 2005 ,o de 30 de Enero de 2006).

El Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que ha modificado la Ley 30/95 de 8 de Noviembre de

Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberá procederse a actualizar las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior.

Así, en la resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar anualmente, en el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se adjunta un anexo, en cuyas Tablas I, III y V que se corresponden con la indemnización básica por muerte, indemnización por daños permanentes, e indemnización por incapacidad temporal, expresamente se refiere “incluidos daños morales”

Por ello, la consecuencia jurídica lógica que se derivaría es, que en aquellos supuestos que los órganos judiciales utilicen como criterio para la cuantificación de los daños causados en responsabilidad patrimonial sanitaria, el baremo indemnizatorio por accidentes de tráfico, los daños morales estarían incluidos y subsumidos por aplicación de la normativa citada, en la cuantía por daños que sea fijada conforme aquella.

Respecto a la aplicación de este Baremo, la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado que tal baremo tiene carácter “orientativo” y que no vincula en este ámbito jurisdiccional, siempre que se motive porqué se abandona su aplicación [así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 2005, (Ar.72); o la de 24 de Enero de 2006, (Ar.1037)].

En este mismo sentido, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en los Dictámenes que elabora en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, en relación al “quantum indemnizatorio” del daño moral, con carácter general, y sin perjuicio de reconocer la dificultad que se plantea por carecer de módulos objetivos vinculantes, aplica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad

Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, atendiendo al baremo que anualmente se publica por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se anuncian las cuantías de las indemnizaciones y que, como hemos indicado anteriormente, incluye ya los daños morales (Dictámenes 142/05 y 143/05 de 5 de Octubre, Ponente: Salvador Jiménez Ibáñez).

Especialmente interesante resulta el criterio aplicado por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en la valoración del quantum indemnizatorio de los daños morales, en aquellos supuesto en los que exclusivamente y de forma autónoma se aprecia relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitario y los daños morales (con exclusión de daños materiales) y así, en el Dictamen 142/05 de 5 de Octubre, señala que “ no obstante la complejidad apuntada, como quiera que del informe del inspector médico interviniente, es posible deducir que la afectada pasó probablemente en los 7 meses de inactividad clínica del estadio IIA al estadio IIB de la enfermedad, y que ello supone estadísticamente una reducción porcentual de 20 puntos en su expectativa de vida a 15 años vista, cabe la posibilidad de cuantificar la indemnización correspondiente a los daños morales, cifrando ésta en un 20% de la suma que correspondería por la muerte una mujer de su edad y situación familiar”, es decir que parte de la aplicación conjunta de criterios médicos y jurídicos para proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización por daños morales.

5. LA SUCESIÓN PROCESAL DE LOS DAÑOS MORALES

Otra de las cuestiones jurídicas más problemáticas que se plantean en relación con el daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, es el de su transmisibilidad procesal en el caso del fallecimiento del recurrente, en concreto si concurre o no legitimación activa para reclamar los daños físicos y morales en los supuestos de sucesión o sustitución procesal por fallecimiento del recurrente.

Hay que partir de la base que, en principio, el daño moral se configura como un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o

por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 30 de diciembre de 2002) ya que la indemnización a favor de los perjudicados en caso de fallecimiento de una persona se fija *iure proprio*, es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de parentesco, afectividad o convivencia, y que, precisamente por ese fallecimiento, sufre un daño susceptible de indemnización, daño que se califica de daño moral (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de octubre).

La idea que subyace en dicho razonamiento es que el daño moral es tan personal que no puede trascender a quien lo padece y, por tanto, la reclamación de indemnización por tales daños es intransmisible, ya que como el bien o derecho dañado está fuera del comercio de los hombres, no cabe que su resarcimiento se transmita ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Así, los derechos personalísimos, como el daño moral, no se transmitirían a los herederos y, por tanto, en aplicación estricta del art. 16 de la LEC, no sería posible la sucesión procesal, lo que llevaría a la extinción del proceso en marcha, dado que si el derecho es intransmisible (y los derechos personalísimos lo son), en el momento en el que se produce el fallecimiento se produce, asimismo, la extinción de tal derecho y, por lo tanto, este tipo de daño moral no es susceptible de ser indemnizado a los herederos.

Este planteamiento inicial ha sido matizado por la jurisprudencia, diferenciando los diversos supuestos que pueden producirse, y así para resolver tal cuestión es fundamental diferenciar desde un punto de vista sistemático:

A) Reclamación de daño moral que provoca en sí la muerte de un familiar.

Constituye pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece «ex iure proprio» a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no «ex iure hereditatis», pues tal derecho, en todos los casos no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto,

no ha podido transmitirse a los herederos. Procede traer a colación los razonamientos que el Tribunal Supremo expone y que, al respecto, señalan que: "Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditatis", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (y), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte "iure propio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis", por lo que en el caso de autos, si efectivamente concluimos que existió infracción de la lex artis en la atención sanitaria prestada al menor, solo cabe reconocer a la actora los daños morales por su fallecimiento. Por lo tanto dicho daño moral no se puede ejercitar por los herederos por el simple hecho de ser herederos, pero no porque no sea transmisible sino porque en realidad no es un daño moral del fallecido sino un daño moral propio del perjudicado por la muerte del familiar, que puede o no coincidir con la condición de heredero".

B) Reclamación de daño físico y moral propio de un paciente que ya ha fallecido antes de que el mismo haya ejercitado reclamación alguna.

Sobre ello no existe jurisprudencia pacífica, siendo cierta la existencia de una postura doctrinal que es contraria al reconocimiento del derecho de los herederos a reclamar los daños personales que puede sufrir el causante, mediante subrogación. De esta forma, dicha posición doctrinal afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, en el caso de fallecimiento, produce un derecho a reclamar la indemnización a favor de las personas vinculadas por relación familiar o por relación estable de convivencia afectiva que sufren perjuicios económicos o daños morales por el fallecimiento (cuando éste es objeto de la reclamación y no por el simple título de la herencia).

Sin embargo, y con respecto a las lesiones personales padecidas por el paciente, sólo esta persona estaría legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad, extinguiéndose tal "derecho a reclamar" con la muerte. A este respecto, ha de señalarse que, conforme al artículo 659 del Código Civil: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no extinguen por su muerte". Resulta claro, pues, que sería transmisible el derecho a la indemnización si ya estuviera reconocida por la Administración, pero no el derecho a reclamar la indemnización. En estos casos, no puede transmitirse la acción respecto de los daños personales y morales por el carácter "intuitu personae" de que participan.

En el sentido expuesto, se ha pronunciado, por ejemplo, la sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 8ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 15 de marzo de 2011, al afirmar que: "la falta de legitimación activa de las reclamantes -viuda e hijo del paciente fallecido- para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si este no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el arto. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente...".

C) Reclamación de daño físico y moral propio de un paciente que antes del fallecimiento ha ejercitado reclamación.

Hay que partir de la base que no se realiza distinción alguna entre daño físico o moral, porque son de igual carácter personal los dos y estos de por sí son intransmisibles siendo lo discutido si lo que se puede transmitir es el derecho de crédito que genera esa reclamación de daños ya formulada en vía administrativa o judicial por el causante. La sentencia del TSJ de Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 10ª, S 17-7-2013, nº 591/2013, rec. 401/2011, declara que: “En el presente caso, hay que tener en cuenta que el causante ejercitó en vida acción penal y la consiguiente acción de responsabilidad civil derivada de delito por los mismos hechos alegados en el presente procedimiento y que habiendo fallecido durante la tramitación del procedimiento penal, su viuda e hija, sucedieron a aquel en el ejercicio de las acciones, siendo así que como herederas tenían derecho a las indemnizaciones que pudieran haberse determinado a favor de su padre y esposo en concepto de responsabilidad civil derivada de delito para el caso de que el procedimiento penal hubiera finalizado por sentencia condenatoria y ello por cuanto la indemnización por razón de lesiones y secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos que tuviera el padre y esposo constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada. Por tanto, al ejercitar la acción, como aquí ocurre, es incuestionable que el derecho en que se fundamenta tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible a los herederos. Y ello sin perjuicio de la procedencia o no de la indemnización reclamada por los herederos por determinados conceptos, lo que constituye una cuestión de fondo que no puede obstaculizar el ejercicio de la acción”; o la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Sevilla), sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 15-7-2013, nº 1144/2013, rec. 256/2011, declarando que: “Primero, porque la expectativa o el derecho a recibir una indemnización se integró en el caudal hereditario de la fallecida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 659 del Código Civil, conforme al cual " La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte ". Segundo, porque la defensa de la herencia, integrando en el caudal hereditario el derecho a la indemnización es una facultad de cualquier heredero en beneficio de la comunidad, que por ello acepta tácitamente su cualidad de tal (artículo 999 del Código Civil)”; o la sentencia del TSJ de Extremadura Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 11-3-2010, nº 78/2010, rec. 389/2009, que dispone que “La cantidad que se entrega no lo es por heredar las hijas el daño moral de la madre, sino la cantidad de dinero que a ésta le correspondía por el daño moral

sufrido, que sí es susceptible de transmisión hereditaria, cuando la madre ya ha ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial, que no se ha resuelto, de manera que la tardanza en la resolución del caso no puede perjudicarles”.

Por todo lo anterior, en estos pronunciamientos judiciales se concluye la legitimación activa para continuar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por reclamación de daños personales sufridos por la anterior.

No obstante, también se puede apreciar algún pronunciamiento judicial en sentido contrario al expuesto, y así en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia núm. 875/2011, de 27 octubre (JUR 2012\22767), entre otras, se indica que “En su escrito de conclusiones, el recurrente asume el planteamiento argumental del Órgano consultivo, pero insiste en que, a su juicio, el tratamiento continuado con metotrexate sí que ocasionó la fibrosis pulmonar, por lo que debe reconocérsele la indemnización solicitada. Este nexo causal no queda acreditado, como se indicó en los párrafos precedentes, por lo que no puede prosperar tal planteamiento. Y respecto del daño moral derivado de la pérdida de oportunidad nos hallamos ante un daño personalísimo del perjudicado que no puede ejercitarse por terceros que no lo han padecido directamente, al no resultar transmisible a los mismos; como señala el Tribunal Supremo (Auto 7/Noviembre/2006), a la hora de examinar los requisitos que deben exigirse para que pueda accederse a la sucesión procesal por muerte de una de las partes, no sólo han de concurrir los presupuestos formales que, en principio, permiten tal continuidad en el ejercicio de la acción, aún desapareciendo el titular del derecho litigioso originariamente legitimado, sino que junto con estos requisitos formales ha de añadirse otro de carácter sustantivo, atinente a que tal sucesión procesal o continuidad en el ejercicio de la pretensión tenga viabilidad jurídica, por tratarse de acciones o pretensiones transmisibles, o lo que es lo mismo, que el derecho controvertido y más concretamente la acción ya emprendida para su reconocimiento y protección, sea susceptible de ser ejercitada por persona diversa a la de su originario titular, requisito que se desprende del tenor del art. 16 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y 2001, 1892) y que ha llevado a la doctrina a pronunciarse negando la sucesión cuando la acción ejercitada tenía carácter personalísimo. En el caso de autos no se reclaman por el actor unos daños

morales propios, sino los del fallecido, intransmisibles por su carácter personalísimo”

Es decir, en este pronunciamiento judicial el derecho moral se configura como un derecho eminentemente personal que no se puede transmitir a los herederos, de manera que no se puede reconocer una indemnización por este concepto. Así, la argumentación jurídica que se contiene en dicha sentencia judicial es que fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión de resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad o fallecimiento. Esa acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, se podría aceptar la sucesión en la reclamación si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, según esta sentencia judicial, no cabe reconocer legitimación activa a los herederos para reclamar *ex novo*, una vez fallecido el paciente, la indemnización de los perjuicios morales que a aquél le fueron irrogados, insistiendo en el matiz jurídico, relevante y esencial, de que diferente sería el supuesto que los daños morales reclamados por los herederos en el presente procedimiento hubieran sido en nombre propio, y fundamentados en el impacto moral y psicológico que hubieran sufrido, que no era el supuesto.

6. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, se deriva la creciente demanda de todos los operadores jurídicos (jueces, aseguradoras, abogados,.....) para que se introduzcan las necesarias modificaciones legislativas que clarifiquen las cuestiones jurídicas, todavía controvertidas, que hemos indicado en el presente artículo, así como el establecimiento de módulos objetivos y vinculantes a través de un baremo específico de daños sanitarios, que garantice la aplicación de los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad (Artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española de 1978) y evite la arbitrariedad judicial en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Por el Ministerio de Sanidad se ha anunciado la presentación al Consejo de Ministros del denominado proyecto de baremo de indemnización de daños sanitarios, que tiene por objeto la valoración de los daños causados a las personas por intervenciones sanitarias, a través del cual, según su propia exposición de motivos, debe fijarse un marco específico que definitivamente acabe con las incertidumbres que resultan de la aplicación de un sistema de valoración, que cubre contingencias muy distintas a las derivadas de la actuación sanitaria (baremo de accidentes de tráfico).

Al mismo tiempo, con la aprobación de un baremo específico, se prevé una reducción del número de demandas judiciales, y de peticiones de indemnización desproporcionadas, una regularización de la cuantía de las primas pagadas a las aseguradoras, así como un mayor número de acuerdos extrajudiciales y de terminación convencional de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Se pretende evitar que para lesiones similares se produzcan resoluciones diferentes, con las consecuencias que ello genera, tanto para las Administraciones Públicas y los profesionales sanitarios, que han de hacer frente al pago de las indemnizaciones, como para los propios pacientes y familiares, para los que es difícil entender la diferente valoración de las lesiones.

En definitiva, sería deseable que, finalmente y lo antes posible, sea aprobado el proyecto de baremo de indemnización de daños sanitarios, que ayudará, sin duda, como declaran autores como Julio Sánchez Fierro, a la mejora de la calidad asistencial a favor de los pacientes, ya que ofrece seguridad, certidumbre y agilidad en la percepción de indemnizaciones, su aplicación favorecería la reducción de una litigiosidad creciente, y evitaría el desarrollo de la medicina defensiva, que implica un aumento del gasto sanitario; asimismo, y desde un punto de vista jurídico, contribuirá a garantizar en los órganos judiciales los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad, y evitar la arbitrariedad judicial en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.



BIBLIOGRAFÍA

De Castro y Bravo, F. Temas de Derecho Civil, Madrid, 1972, Pág. 9.

Díez Picazo. Derecho de daños, Civitas, Madrid 2000, Págs. 93 y siguientes.

Hernández Gil, A. Derecho de Obligaciones, Ceura, Madrid, 1983, Pág. 115.

Martín Rebollo, Luís. Comentarios a las Leyes Administrativas, Thompson-Civitas, 2006, Pág. 579.

Zaplana Guerrero, José. Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Lex Nova, 2006, Pág. 53 y ss.