

14.
EL DAÑO MORAL INDEMNIZABLE.
PERSPECTIVA JURÍDICA

Don José Guerrero Zaplana
Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo
Audiencia Nacional

Texto procedente del libro "Las Reclamaciones por Defectuosa Asistencia Sanitaria". Editorial Lex Nova 5ª Edición. Año 2006

I. DELIMITACIÓN INICIAL

La primera regulación que se produjo sobre esta materia se encontraba en la Ley de Expropiación Forzosa, solo permitía la indemnización de «los bienes o derechos a que esta ley se refiere». La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado amplió el ámbito indemnizatorio al hablar de la indemnización de «toda lesión que se sufra en cualesquiera de sus bienes o derechos»; esta misma expresión es la que se utiliza en la Ley 30/1992 que habla de «toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos» (artículo 139.1).

El daño moral es hoy día no solo generalmente admitido como indemnizable, sino que muchas de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se ven ante los Tribunales de justicia, se formulan, exclusivamente, pretendiendo esta clase de indemnizaciones. Esto no ha sido siempre así, sino que cuando se trataba de reclamaciones que se regían por lo dispuesto en la Ley de expropiación forzosa, se entendía que el daño moral no era indemnizable al no poderse decir que se estaba estableciendo una indemnización sobre bienes o derechos susceptibles de expropiación (sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de abril de 1972 o 12 de marzo de 1975).

Los supuestos de reclamación por daños morales son cada vez más abundantes y junto a las clásicas reclamaciones relativas al daño moral por el fallecimiento de un pariente o por las lesiones padecidas o por la defectuosa asistencia medica recibida, se plantean reclamaciones por los daños morales originados en el retraso por la Administración en homologar un título académico o por los daños morales derivados del defectuoso funcionamiento de las oficinas del INEM que provocaron que no pudiera obtener un empleo, etcétera. Es frecuente que muchas de las reclamaciones en las que se solicita la indemnización por los daños morales enmascaren reclamaciones por daños no justificables, en las que no es posible cuantificar el importe de dichos daños y, por ello, se reclaman bajo este concepto de daño moral.

En cualquier caso, y como no podía ser de otra manera, los daños morales, aun considerándose evaluables económicamente, no puede dudarse de que

deben ser sometidos a una valoración conjunta, racional y prudente en la que se tomen en consideración todos los elementos de cuantificación que se puedan aportar por la parte interesada y que, además, es necesario que en dicha valoración se actúe con especial cuidado y mesura pues, precisamente por su dificultad de valoración, puede inducir a los perjudicados a tratar de imputar a los daños morales aquellas cantidades que no pueden probar como daños materiales, que precisan de una cuantificación y prueba mucho más exigente.

También es útil realizar alguna consideración sobre la necesidad de que las sentencias que se pronuncien con ocasión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial detallen y pormenoricen el razonamiento lógico que han podido seguir para fijar el importe indemnizatorio finalmente señalado. En relación a esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.^a de 17 de Enero de 2006 (recurso 8425/1999) se ha referido, tras la cita de la jurisprudencia constitucional relativa a la necesidad de motivación de las sentencias, a la suficiente explicación ofrecida por la sentencia de instancia sobre la cantidad fijada como indemnización en el caso objeto de recurso: "se indican los criterios jurisprudenciales a tener en cuenta para efectuar la valoración del daño y cuantificación de la reparación, para pasar a examinar la valoración realizada por la parte, señalando los conceptos que no entiende indemnizables y la razón de ello, así como la distinta valoración de los conceptos que considera deben ser objeto de reparación, terminando por fijar la correspondiente indemnización, de manera que las alegaciones que formula la recurrente respecto de las secuelas (disnea, parálisis de las cuerdas vocales y alteraciones de la deglución), la graduación del daño moral, incapacidad temporal, denegación de minuta de letrada, en realidad lo que ponen de manifiesto es la disconformidad con la motivación de la sentencia, por distintas razones, y no la falta de una respuesta a tales cuestiones" por lo que considera que ninguna irregularidad se ha producido. Estas exigencias relativas a la adecuada motivación deben relacionarse con la muy restringida recurribilidad en casación de la cuestión relativa a la fijación del importe indemnizatorio, cuestión a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

También es necesario delimitar la exigencia de motivación de modo tal que no se convierta esta en una pretensión de pormenorización excesiva pues, como señalan las sentencias de la Sala Tercera de fechas 7 de julio de 2004, con referencia a las de 21 de marzo y 14 de mayo de 2002, "el derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión "la ratio decidendi" en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, F.2, 100/1999, de 31 de mayo, F.2, 165/1999, de 27 de septiembre, F.3, 80/2000, de 27 de marzo, F.4, 210/2000, de 18 de septiembre, F.2, 220/2000, de 18 de septiembre, F.2 y 32/2001, de 12 de febrero F.5).

II. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL. MODALIDADES DE REPARACIÓN

La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la Ley 30/1992, del principio de reparación «integral». La sentencia del Tribunal Supremo Sala 3.^a que acabamos de citar de fecha 17 de Enero de 2006 (recurso 8425/1999) acepta la fundamentación de la sentencia de instancia en las consideraciones que realiza sobre que la responsabilidad patrimonial de la Administración conlleva la reparación integral de los daños y perjuicios producidos; en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1998 estableció que «a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se persigue la consecuencia de una situación de indemnidad o reparación integral por aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público». Por lo tanto, para determinar en cada caso si se ha llegado a dar cumplimiento al principio de reparación integral, lo que es preciso es determinar si el patrimonio del administrado ha quedado inalterado, pues solo en ese caso podrá entenderse que la reparación ha sido íntegra, real y efectiva.

De ahí que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante —artículo 1106 del Código Civil—, (aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes), sino que comprende también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados o personas de su entorno.

En atención a que en esta materia rige el principio de reparación integral, hay que tener en cuenta que, cuando se indemnizan daños morales, no se puede admitir una reparación que solo tuviera en cuenta el valor del bien afectado, sino que es necesario, también, atender al momento del pago, al valor adquisitivo, al de afección y a la posible depreciación; obrar de otra manera supondría una indemnización por el valor propiamente nominal sin que se obtuviese una reparación integral.

A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que derive de una apreciación racional aunque no matemática pues se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la sentencia de 23 de febrero de 1988, «las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas» en una suma dineraria. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable «componente subjetivo en la determinación de los daños morales».

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 4 de Noviembre de 2005, dictada en el recurso 3787/2002 ha compendiado la doctrina de la Sala en materia de fijación del importe indemnizatorio y ha señalado tres apartados que resumen buena parte de la doctrina de la Sala en la materia:

- a) Ciertamente la doctrina jurisprudencial ha proclamado el principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados (Sentencias de esta Sala de 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001).
- b) Como también ha proclamado reiterada doctrina jurisprudencial (valgan por todas Sentencias de 25 de Septiembre 2.001, 9 de Octubre 2.001) la determinación del "quantum" indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios.
- c) En materia de indemnización de daños morales esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, hasta conformar doctrina legal (Sentencias, entre otras, de 20 de julio de 1996, 5 de febrero de 2000, 7 de julio y 22 de octubre de 2001 -recursos de casación 694 y 5096/1997-), que «la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación siempre que éste haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación, ya que dicho recurso de casación, como hemos declarado en nuestras Sentencias de 8 de noviembre de 1995, 2 de marzo y 20 de julio de 1996, tiene como finalidad someter al conocimiento del Tribunal competente el examen de la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia realizadas por el Tribunal de instancia, tanto en relación con el proceso cuanto con la cuestión debatida en el mismo por motivos tasados», llegando a expresar en esa última sentencia de 22 de octubre de 2001 que «aunque el Tribunal de Casación 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 el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia».

La reparación a que pueda haber derecho sobre la base de lo dispuesto en la aplicación al caso concreto del principio de reparación integral ha permitido a la jurisprudencia contencioso administrativa (aplicando el mismo principio que resulta de lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil) incluir dentro de los conceptos a reparar tanto el daño emergente como el lucro cesante. La doctrina jurisprudencial puede compendiarse en los siguientes principios:

- Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes pues no son computables las ganancias que son solo posibles.

- También se excluye la posibilidad de que a través del lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto y sin causa.
- Se exige, tanto en el caso de daño emergente como en el de lucro cesante, una prueba rigurosa; exigiéndose una especial prudencia en lo que se refiere a la valoración del lucro cesante.
- En ocasiones, la jurisprudencia admite la aplicación, en el momento de la valoración, del principio de equidad; fue tomado en cuenta en un caso en que se valoraban los perjuicios derivados de la no celebración de una exposición pictórica, entendiéndose que debía valorarse no solo los gastos de montaje y la frustración del pintor por no dar a conocer su obra sino también «el desmerecimiento ante la opinión pública».
- En alguna ocasión (por ejemplo, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación a la valoración de los perjuicios derivados de la anulación de una Orden Ministerial que redujo el margen del beneficio de las farmacias), se aplicó para la valoración el método estadístico y ello como único modo de concretar el importe indemnizatorio ajustado a la realidad del daño verdaderamente sentido.

A la hora de fijar los importes y modalidades de la indemnización, sobre todo en lo que se refiere a las reclamaciones en materia sanitaria, no debe olvidarse lo dispuesto por el artículo 141.4 de la Ley 30/1992, que prevé la posibilidad de que la indemnización se sustituya por una compensación en especie o por pagos periódicos «cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado»; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 2.2 del Real Decreto 429/1993 que, sin embargo, vincula esta posibilidad a los supuestos en que exista «acuerdo entre la Administración Pública y el interesado». Esta posibilidad supone una excepción al principio genérico de indemnización en dinero y trata de evitar que se lleve a efecto una compensación en dinero de daños que, a veces, resultan difícilmente cuantificables.

La posibilidad de fijar la indemnización mediante pagos periódicos se ha utilizado en diversas ocasiones por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional en casos de personas que han quedado tetrapléjicos o en un estado de coma vigil y cuya expectativa de vida no aconseja fijar una cantidad alzada para capitalizar y que produzca una renta, y ello por no considerarse una solución que responda al principio de reparación integral, ya que la adecuación y corrección de dicha cantidad dependerá siempre del tiempo en que se prolongue la vida del lesionado, circunstancia que se desconoce al momento de fijarse el importe de la indemnización (sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4.ª de fecha 21 de marzo de 2000; recurso 1246/1996).

III. LA VALORACIÓN DEL DAÑO. LOS DAÑOS MORALES

Fundamentalmente, la cuestión relativa a la fijación del daño procede de lo que resulta tanto del artículo 141.2 (que fija los criterios para la valoración de la

indemnización) como del artículo 141.3 (que establece el momento en que se debe proceder a la valoración así como la posible actualización de la indemnización). Procede, ahora, efectuar algunas consideraciones sobre la doctrina jurisprudencial resultante de las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia.

El principio básico sigue siendo el que se refiere a la exigencia de reparación integral del daño causado, pero la aplicación de dicho principio puede dar lugar a diversos problemas derivados de la concreción sobre los hechos que se tratan de indemnizar.

Para la valoración de las secuelas que se puedan derivar de la asistencia sanitaria, es doctrina jurisprudencial consolidada la posible utilización de los baremos que se publican en relación con los accidentes de tráfico (la última actualización de este baremo se ha producido mediante la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2006, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación); la aplicación de dichos baremos se realiza siempre como orientativa y tomando en consideración que la indemnización más ajustada suele ser la que supere ligeramente la que correspondería con la estricta aplicación de los referidos Baremos para conseguir, de ese modo, que se dé cumplimiento al principio de reparación integral pues en los casos de responsabilidad patrimonial no se trata de atender al principio de indemnización mínima que se trata de cubrir en los casos de seguro obligatorio de vehículo a motor.

En relación a la aplicación genérica del Baremo correspondiente a los accidentes derivados de la conducción de vehículos a motor y al carácter orientativo del baremo para fijar las indemnizaciones en toda clase de reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria, procede citar diversas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como las de fechas 20 de Septiembre de 2005 (recurso 5078/2002) ó dos sentencias de fecha 30 de Enero de 2006 (dictadas en los recursos 4753/2001 y 596/2001).

La sentencia correspondiente al recurso 5138/2001 refleja el carácter meramente orientativo del baremo cuando dice que la sentencia de instancia “lleva a cabo una valoración, teniendo como tiene por probados los daños y perjuicios tanto materiales como morales que de esa situación derivan, (...) para de ese modo alcanzar una cifra global y estimada, que arranca de la experiencia de la Sala en situaciones análogas, y que parte de un hecho objetivo que son los valores del baremo existente para indemnizar los daños sufridos en accidentes de tráfico, a los que el tribunal otorga un valor orientativo siguiendo la doctrina de esta Sala, y que, a su juicio o prudente arbitrio, determina en la cantidad reconocida en la instancia y que hay que confirmar”; es decir, no exige una aplicación exacta del baremo sino solo que se aproxime a la valoración que procedería de su rigurosa aplicación.

El problema en la fijación de las indemnizaciones en los supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, se suele plantear en la producción de los llamados daños morales. Ya indicábamos en el capítulo anterior cómo la jurisprudencia era unánime en admitir la indemnización de esta clase de daños pero es necesario evitar que, sobre la base de la reparación integral, se utilice la vía de la exigencia de indemnización de los daños morales para obtener cantidades que sobrepasan ampliamente el criterio de lo razonable.

En materia sanitaria, es obvio que la presencia de daños morales es muy frecuente dada la naturaleza del hecho productor de daño y de la propia naturaleza del daño: la existencia de cualquier menoscabo sobre la salud e integridad de las personas, además de producir el propio daño, ocasiona no solo alteraciones físicas sino de otra naturaleza: familiares, sociales, económicos, laborales ó profesionales, que se tratan de incluir y reparar bajo la rúbrica del *pretium doloris*.

De nada sirve actualmente recomendar prudencia en la valoración del daño moral pues, como el daño moral, por su propia naturaleza, es imposible de valorar con arreglo a criterios puramente matemáticos, es frecuente que muchos perjudicados lo valoran con cantidades exorbitantes y carentes de la más mínima justificación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2003 (recurso 7508/1998) partiendo de la base de que el daño moral «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» plantea la exigencia de que dicha valoración debe ser suficientemente motivada y debe realizarse sobre la base de las pruebas en las que se funde la existencia del daño moral y aunque la existencia misma del daño moral no admite ni exige prueba, sí lo admiten los hechos y circunstancias en las que se basa la existencia de dicho daño.

La Sentencia de 10 de diciembre de 2002 (recurso de casación para unificación de doctrina 3865/2001) al tratar la cuestión de la valoración de los perjuicios que se habían ocasionado a un particular a resultas de la asistencia sanitaria que le había provocado una situación de incapacidad que había obligado a su jubilación prematura establece que: «Al igual que sucede con el daño moral (...) la apreciación del perjuicio patrimonial como consecuencia de la disminución de actividades durante la vida futura del lesionado tampoco permite una valoración fundada en datos cuantitativamente precisos y exige del Tribunal una ponderación de las circunstancias que previsiblemente puedan afectarle».

En cualquier caso, es necesario que el recurrente que alega la producción de daño moral aporte algún medio de prueba que pueda servir para realizar una cierta justificación en relación al importe en el que solicita ser indemnizado por el daño moral; baste para confirmar lo dicho con la consulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de Septiembre de 2005 (recurso 5078/2002) en donde determinadas partidas que se reclamaban en concepto de daño moral fueron rechazadas al no haberse justificado oportunamente su procedencia. La

sentencia de la misma Sala de fecha 23 de Abril de 2004 (Rec. 8634/99) entiende que la sentencia de instancia no había motivado suficientemente la fijación del importe indemnizatorio y esa falta de motivación de la Sentencia constituye una infracción procesal que determina para la parte indefensa, puesto que ocasiona que el recurrente desconociera las razones de la decisión adoptada, y provoca que la Sentencia no alcance el fin que le es propio al carecer de los elementos esenciales para ello como la motivación adecuada y suficiente.

Es decir, lo que la jurisprudencia reconoce es que si bien los daños morales no pueden ser acreditados con la misma certeza que los daños materiales, la fijación del importe indemnizatorio debe realizarse sobre una serie de bases sólidas y que, además, se deben hacer constar las mismas en la propia sentencia. Por lo tanto, una cosa es que el daño moral, como tal daño, no sea susceptible de prueba y que, incluso, en muchas ocasiones dicho daño pueda presumirse, pero los elementos en los que se basa el daño moral y que le sirven de base, sí son susceptibles de prueba y deben ser acreditados con la misma certeza con la que se deben acreditar el resto de daños en relación a los que es posible formular una reclamación.

En cualquier caso, y en relación a la cuestión de la valoración del daño moral, no puede desconocerse que el acceso al recurso de casación de esa cuestión es muy difícil y ello pues diversas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como las de fechas 8 de enero de 2005 ó 30 de Enero de 2006 han establecido que es doctrina constante y uniforme de esa Sala que en atención a los márgenes angostos del recurso de casación, no se puede discutir la cuantía de las indemnizaciones señaladas por el Tribunal de instancia, pues se trata de una cuestión de hecho que sólo podría tener acceso a la casación en la forma en que los hechos declarados probados por la sentencia impugnada puedan ser combatidos en la misma a través de la invocación de la infracción de normas o de jurisprudencia en la apreciación de las pruebas; y como la valoración de hecho está excluida de control en vía casacional, si no es con invocación de infracción de preceptos sobre prueba tasada o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contrario a la lógica o irracional, resulta que es extremadamente complicado que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la adecuada valoración del daño moral realizada por el Tribunal de instancia.

ANEXO

Se recogen, a continuación, los razonamientos empleados por alguna reciente sentencia del Tribunal Supremo en el apartado de la justificación de la valoración del daño moral y fijación de las correspondientes indemnizaciones; se trata de exponer hasta que punto, todo lo dicho en los folios anteriores es cumplido por el propio Tribunal Supremo cuando tiene que fijar una indemnización en concepto de daño moral:

- En concepto de daño moral por omisión de información, dice que “Como ya anticipamos esa falta de consentimiento constituye una infracción a la *lex*

artis ad hoc en el servicio público sanitario, y ha de ser indemnizada cuando no habiéndose cumplido, y llevada a cabo la intervención se produce, como en este caso, el resultado que nos es conocido. Atendidas las circunstancias concurrentes la Sala fija como cantidad a indemnizar por esa falta, y a su prudente arbitrio, la suma de veinte millones de pesetas. (Rec 5078/2002).

- “Considerando, en atención a dicha edad (64 años) y a la inexistencia de otras circunstancias especiales, y en función de lo que viene siendo aceptado en análogos supuestos, procedente fijar la cuantía de dichos daños en un importe de 60.000 euros por todos los conceptos, comprendida ya su actualización a la fecha de la sentencia. (Recurso 3184/2001).
- Teniendo en cuenta lo que acabamos de decir, creemos, de acuerdo con la doctrina sustentada por esta Sala, que en el caso enjuiciado procede fijar una indemnización por el daño moral por los perjuicios derivados del deterioro en la calidad de vida de don Santiago García y por los sufrimientos padecidos por su viuda e hijo, la cantidad de cinco millones de pesetas - 30.050,61 euros-. (Recurso 2168/99).