En Logroño, a 27 de julio de 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido, en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D^a Amelia Pascual Medrano, y D. Enrique de la Iglesia Palacios, con asistencia telemática, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, habiéndose ausentado la Consejera D^a Ana Reboiro Martínez Zaporta por concurrir en la misma causa legal de abstención, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

38/22

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, relativa a la *reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria formulada por D^a AGH, por los daños morales y extra patrimoniales padecidos y que padece en la actualidad derivados de su errónea identificación en el momento de su nacimiento y estancia posterior en el complejo hospitalario San Millán-San Pedro de Logroño, y que valora en 3.005.060,52 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

La Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja ha tramitado un expediente de responsabilidad patrimonial de cuya documentación resultan de interés los antecedentes que se exponen a continuación.

Primero

La asistencia hospitalaria recibida por la reclamante entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002.

1.- En lo que interesa al caso, el día 13-6-2002 nacieron dos niñas en el Hospital San Millán de Logroño (HSM). Una, a las 13 horas y con 2.270 gramos de peso, dada a luz por D^a BHI; otra, a las 18:15 horas y con 2.290 gramos de peso, cuya madre biológica fue D^a EKL.

2.- Al nacer, las dos niñas fueron trasladadas directamente desde la estancia en la que tuvieron lugar los dos partos hasta la Unidad de Neonatología del HSM, en la que ingresaron

y en la que fueron colocadas en incubadoras consecutivas, las nº 1 y nº 2. Al día siguiente, 14-6-2002, el personal de dicha Unidad hospitalaria trasladó a las dos recién nacidas, desde las incubadoras nº 1 y nº 2 en las que se encontraban, a dos cunas, las nº 6 y nº 7 de la misma Unidad Neonatal del HSM.

Ambas niñas fueron dadas de alta varios días después, y lo fueron directamente desde la Unidad de Neonatología, sin pasar por las habitaciones de la Unidad de Obstetricia del HSM. La reclamante, el 18-6-2002. La otra niña, el 15-6-2002 según unos documentos del expediente (p. ej. pág. 274) o el 16-6-2002 conforme a otros (p. ej. pág. 207).

3.- Al causar alta y salir del hospital para sus respectivos domicilios, las niñas no fueron entregadas a sus correspondientes padres biológicos, sino que cada una lo fue a los progenitores de la otra. Así, la reclamante, que era hija biológica de D. DMK y de D^a EKL, fue entregada a D^a BHI. Y D^a DMK, que era hija biológica de D^a B y de D. CGJ, lo fue a los Sres. M-K.

A partir de ahí, desde el momento de sus respectivas altas y durante los años siguientes, cada una de las niñas permaneció integrada en el núcleo familiar al que equivocadamente había sido atribuida, sin ser conscientes, ni ellas ni sus familiares, del error padecido en el HSM en los días inmediatamente posteriores a los nacimientos.

4.- Sobre el momento y la forma en que pudo producirse la confusión entre las dos neonatas, y el consiguiente error de asignación a sus verdaderos progenitores, la Inspección Médica del Gobierno de La Rioja (Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones de la Consejería de Salud) emitió, a petición de la hoy reclamante, una “Información Reservada” fechada el 5-7-2019, para cuya redacción la Inspección Médica recabó información de diversos servicios del Hospital San Pedro (los de Archivo, Obstetricia y Ginecología y Pediatría).

Previo examen de las historias clínicas de las dos niñas y de las anotaciones que el personal de la Unidad Neonatal del HSM realizó entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002, ese Informe considera verosímil *“sin poder hablar de certeza, sino de probabilidad”* que *“dadas las circunstancias que rodearon ambos nacimientos ... dicho cambio se produjera en el momento en que se decide que ambas niñas pasen de sus incubadoras a cunas, seguramente antes del contacto con sus madres en el lactario...”*.

Según se relata en dicho Informe, *“la recién nacida que ingresó en la incubadora 1 (...) tiene anotado al día siguiente de forma gráfica, «sale de incubadora 2 a cuna 7 (I-2 a C-7)» y la recién nacida de la incubadora 2 de igual forma consta anotado “sale de incubadora 1 a cuna 6 (I-1 a C-6) ...”*.

Y, ciertamente, así lo reflejan las anotaciones practicadas en esos días (13-6-2002 y posteriores) por el personal de la referida Unidad hospitalaria:

- Respecto de la niña, “DMK”, que el día 13-6-2002 es ingresada en la Incubadora 2 (y así se anota), se hace constar en la anotación del día siguiente, 14-6-2002, que pasa de la Incubadora nº 1 (no de la Incubadora nº 2) a la Cuna nº 6 (“I-1 – C-6” (págs. 214 y 215 del expediente), y que se mantiene en esa Cuna nº 6 el 15-6-2002 (pág. 216).
- Y de la recién nacida, “AHI”, que, aquel mismo 13-6-2002 fue trasladada a la “Inc. 1”, se refleja el día siguiente, 14-6-2002, que fue llevada de la Incubadora nº 2 a la Cuna nº 7 (“Inc. 2 – C-7”), donde permanece hasta el 18-6-2002 (págs. 208 a 213).

Por otro lado, la Información Reservada de 5-7-2019 argumenta que esa explicación sobre el momento en que tuvo lugar la confusión entre las dos niñas vendría reforzada por las siguientes circunstancias: i) las dos nacieron con escasas 5 horas de diferencia, y con prácticamente el mismo peso, bajo en los dos casos; ii) las dos fueron trasladadas directamente de la estancia en que nacieron a la Unidad de Neonatos; iii) ambas ingresaron en incubadoras consecutivas (la nº 1 y la nº 2); iv) en los días siguientes, las dos fueron sometidas a las mismas pautas vigilancia y seguimiento; v) las dos presentaban grupos sanguíneos (O + y A+) “compatibles con el posible error cometido”; y vi) en ambas se produce una incidencia en las anotaciones de control de peso en sus dos primeros días de vida, peso cuya evolución no se corresponde con la que sería esperable: Una de ellas ingresa en la Unidad con un peso de 2.145 gramos (había nacido con 2.270 gramos) y al día siguiente, 14-6-2002, pasa a 2.260 gramos, anotándose una ganancia no de 115 gramos, sino de “+55” gramos; y la otra ingresa en la Unidad con un peso de 2.290 gramos y al día siguiente, 14-6-2002, mantiene el mismo peso.

5.- El Informe de 5-7-2019 expone también varias circunstancias adicionales que pudieron impedir que el error de asignación fuera detectado a tiempo, antes del alta de las dos neonatas. En primer lugar, el Informe indica que en los supuestos en que un niño era ingresado en la Unidad Neonatal inmediatamente tras producirse el parto, las madres, si acaso tenían contacto visual con el bebé tras darle a luz, no lo tenían durante un tiempo suficiente como para poder reconocerle más tarde:

“... la coincidencia en la sala de partos o colindantes de las dos niñas es prácticamente imposible, porque en estas circunstancias el bebé es trasladado con más o menos celeridad a la Unidad de neonatos (prematuros), y que el contacto entre recién nacido y madre, de existir, sería breve, no propiciaría un reconocimiento del bebé como propio a posteriori”.

Tampoco los familiares podían ver desde cerca a los niños ingresados en la Unidad de Neonatología:

“...los familiares no accedían a la Unidad de Neonatos, y si los padres tuvieron la posibilidad de ver a sus bebés sería desde cristales en la sala contigua con los recién nacidos en la incubadora. En la zona de cunas tampoco se permite a los padres la entrada, sino que se les entrega al recién nacido en momentos determinados en el lactario (sala aparte)”.

Y, sobre la forma en que, según los protocolos de la época, se aseguraba la identificación madre-hijo, el Informe explica que:

“... el bebé pasaba a identificarse mediante pulsera y recogiendo huellas dactilares de los dedos índice y medio del bebé e índice de la madre que se plasmaban en el Documento de Identificación Sanitaria Materno-Filial (...).

... se utilizaba la pulsera madre-hijo, que, en algunos casos, dadas las características de los bebés, más pequeños y sensible, podía crear complicaciones o desprenderse, en estas situaciones se dejaba en la propia incubadora o cuna y en ocasiones se entregaba a los padres, reforzando la identificación mediante el número de incubadora o cuna que ocupaban”.

Los documentos acreditativos de la recogida de las huellas dactilares de la reclamante y de su madre no figuran incorporados al expediente remitido a este Consejo.

6.- Sea como fuere el modo concreto en que se desarrollaron los acontecimientos entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002, el hecho cierto es que, al salir del HSM, el error de identificación de las menores se había cometido ya, y por razón de ese error, al causar alta hospitalaria, las recién nacidas fueron asignadas a los progenitores equivocados:

-La niña, D, que nació de D^a E, fue entregada, como si fuera y se llamara A (la reclamante) a D^a B y a D. C.

-Y la niña, A, que nació de D^a B, fue entregada como si fuera y se llamara D a D^a E y a D. F.

7.- De este modo, el 19-6-2002 se practicó en el Registro Civil inscripción de nacimiento de D^a AGH, la reclamante, como hija de D. CGJ y de D^a BHI.

Cabe reseñar aquí que en las anotaciones de la Unidad de Neonatología practicadas entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002 se había acompañado el nombre de “A” con los dos apellidos de B “HP”.

Segundo

Los pronunciamientos judiciales y administrativos relativos a la capacidad de los miembros de la familia G-H. El fallecimiento de D^a EKL.

1.- Mediante Resolución de 23-12-2000, la Consejería de Justicia, Familia y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja declaró, con efectos desde el 18-10-2000, que D^a B tenía una minusvalía del 65%.

A su vez, por Sentencia de 16-12-2013 (Procedimiento nº 518/2013), el Juzgado de Familia de Logroño acordó que D^a B tenía *“parcialmente afectada la capacidad... debiendo ser sometida a curatela”*, y nombró para ella un curador, su padre, que años más tarde fue sustituido mediante Auto del mismo Juzgado de 22-5-2019 (Procedimiento nº 1750/2018), que designó a otra curadora.

2.- La documentación incorporada al expediente tramitado con ocasión de la presente reclamación evidencia, aunque no conste en él la correspondiente resolución judicial, que también el Sr. GJ fue declarado totalmente incapaz para regir su persona y bienes; situación en la que se encontraba antes del 14-10-2014, pues así lo refiere la resolución judicial, emitida en esa fecha, a la que de seguido se aludirá.

3.- Previa propuesta efectuada el 25-2-2014 por el Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, el Juzgado de Familia de Logroño dictó Auto de 14-10-2014 (JV 448/2014) por el que sometió a la hoy reclamante a acogimiento familiar permanente -que ya había sido acordado administrativamente el 5-9-2003 y atribuyó las funciones tutelares a la abuela materna de la menor.

4.- El 18-8-2018 falleció D^a EKL.

5.- El 13-3-2019, el propio Juzgado de Familia de Logroño resolvió, por Auto dictado en esa fecha (Procedimiento nº 1484/2018), y a solicitud de la propia reclamante, concederle el beneficio de la mayor edad.

Tercero

Las pruebas biológicas a que fue sometida la reclamante, y los procedimientos judiciales relativos a su filiación

1.- En el año 2015, representado por su tutora, D. CGJ, -a quien inicialmente se había atribuido la condición de progenitor de la reclamante- promovió un procedimiento para la impugnación de dicha filiación (Fil. 1278/2015).

En el seno de dicho procedimiento, el Instituto de Medicina Legal de La Rioja, recogió a presencia del Letrado de la Administración de Justicia, muestras biológicas de D^a B y de D^a A (1-6-2016) y de D. C (11-11-2016).

El 1-2-2017, el Instituto Nacional de Toxicología remitió al Juzgado de Familia de Logroño un informe con el resultado obtenido del análisis genético de dichas muestras, del que se desprendía que D. C no era progenitor biológico de la reclamante, y que tampoco D^a B lo era. Estos resultados fueron confirmados por un segundo informe del Instituto Nacional de Toxicología, de 26-5-2017, también enviado al Juzgado de Familia.

Sobre la base de dichas pruebas periciales, el Juzgado de Familia de Logroño, mediante Sentencia de 5-6-2017, estimó la demanda presentada por D. C, de modo que (limitándose a lo que constituía el objeto del procedimiento entablado por él y dejando al margen *“las cuestiones relativas a la maternidad biológica de la menor”*) declaró *“que la menor de edad... no es hija biológica del demandante D. C... por lo que procede la anulación de tal filiación paterna que consta inscrita en el Registro Civil”*.

Firme dicha Sentencia, el 5-2-2019 se canceló parcialmente la inscripción registral practicada el 19-6-2002, haciéndose constar en el Registro Civil de Logroño la modificación de la filiación de la reclamante y que ésta no es hija de D. C.

2.- Durante los años 2019 y 2020 se realizaron por el SERIS, a instancia de la reclamante, diversas indagaciones para averiguar qué había sucedido durante el ingreso hospitalario de la menor. El resultado de esas averiguaciones se plasmó en el Informe reservado de 5-7-2019, al que ya hemos aludido, y en otro de 18-9-2019, al que se hará referencia más extensa en el siguiente Antecedente de Hecho.

3.- A la vista de las conclusiones obtenidas por el SERIS, en el año 2020, la hoy reclamante y el Ministerio Fiscal promovieron un nuevo procedimiento ante el Juzgado de Familia de Logroño en el que instaron el reconocimiento de la interesada como hija de D. FMN. El Órgano Jurisdiccional, que tramitó dicho procedimiento como JV 308/2020, dictó en él Sentencia de 22-11-2021 mediante la que declaró que D^a A:

“es hija biológica y matrimonial de D. FMN y de D^a EKL, siendo estos su padre y su madre respectivamente, con todos los pronunciamientos a ello inherentes, y cuantos derechos le reconoce la legislación española, procediendo la inscripción de la filiación en el Registro Civil de Logroño”.

Esa declaración, razona la Sentencia de 22-11-2021, se realizó a la vista de:

“las pruebas biológicas de paternidad unidas al procedimiento” (que han) *“acreditado de forma indubitada que la demandante es hija de doña EKL, hoy fallecida, y FMN, el cual no ha negado la paternidad”*.

Cuarto

La reclamación de responsabilidad patrimonial

1.- Mediante escrito sellado de entrada el 27-6-2019, la interesada, representada por abogado, dirigió a la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja una reclamación de responsabilidad patrimonial. En ese escrito, tras exponer pormenorizadamente los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, el representante de la reclamante termina solicitando que se tenga:

“...por formulada... reclamación de responsabilidad de resarcimiento de daños y perjuicios causados a [la reclamante] con ocasión de su nacimiento el 13 de junio de 2002 y asistencia en la Residencia del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, y alta y entrega el 18 de junio de 2002 a familia no biológica...”.

Y que:

“...se dicte resolución por la que, apreciándose tanto el mal funcionamiento o funcionamiento anormal del servicio de asistencia sanitaria del SERIS, con imprudencia grave e inadmisión en la identificación y custodia de la neonata, formalmente D^a [nombre de la reclamante], así como la responsabilidad patrimonial de esa Administración, se estime esta reclamación y se acuerde indemnizar a [la reclamante] por daños morales en la cantidad de 3.005.060,52 euros, con abono de la cantidad reclamada actualizada, más los intereses correspondientes que se hubieran devengado”.

2.- A su solicitud, la reclamante acompañó numerosa documentación, de entre la que se destacan: i) Varias de las resoluciones judiciales y administrativas que se han reseñado en los Antecedentes anteriores; ii) Varias anotaciones realizadas entre el 13-6-2002 y el 18-6-2002 por la Unidad Neonatal del HSM; iii) Un nuevo Informe “*de resultados-prueba de maternidad*” de 18-6-2018 que confirma que D^a B no es la madre biológica de la reclamante; y iv) Un Informe psicológico, de 6-6-2019, que concluye que la reclamante “*manifiesta sintomatología compatible con un Trastorno de Estrés Postraumático, sintomatología contingente que aparece justo coincidente con el hecho relevante, a saber, el descubrimiento de que los que creía sus padres biológicos no lo son y el convencimiento de que ha sido cambiada al nacer*”, que padece una “*gran desestabilización emocional y la percepción de que carece de recursos para afrontar la situación*” y que los síntomas descritos “*apuntan directamente a la necesidad de seguir manteniendo un tratamiento especializado y orientado a mitigar los síntomas descritos*”.

Quinto

El procedimiento de responsabilidad patrimonial

Presentada esa reclamación, la Consejería de Salud ha tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuyos trámites principales han sido los que, sucintamente, se

exponen a continuación. Como de seguido se verá, ese procedimiento se ha visto afectado por el desarrollo y resolución, simultáneos en el tiempo, de varios procedimientos judiciales instados por la propia reclamante.

1.- En fecha 3 de julio de 2019, la Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud dicta Resolución por la que se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y nombra Instructor del mismo.

2.- El 4-7-2019, el Sr. Instructor del expediente comunica a la reclamante, en la persona de su representante, diversa información relativa a la instrucción del procedimiento.

3.- Ese mismo día, el Instructor recaba informe del Área de Salud de La Rioja (Hospital San Pedro), y, el 8-7-2019, de la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia.

4.- El 27-9-2019, la Dirección General de Humanización, Prestaciones y Farmacia (órgano que sustituye a la anterior Dirección General de Asistencia) comunica que el 29-7-2019 se dictó Auto del Juzgado de Familia de Logroño que acuerda, a petición de la reclamante, y como Diligencia Preliminar, que por el Gobierno de La Rioja se aporte “*el resultado e identificación inequívoca de los progenitores biológicos*” de la reclamante.

La Dirección General añade que “*los hechos se han puesto en conocimiento de la Fiscalía*” y propone la suspensión del expediente de responsabilidad patrimonial en tanto no se produzca “*un pronunciamiento por parte del órgano judicial o fiscal que confirme o no los supuestos hechos objeto de la reclamación*”.

5.- A petición del Instructor, los Servicios Jurídicos informan el 11-10-2019 sobre el estado de tramitación de las Diligencias Preliminares solicitados por la reclamante y, el 15-10-2019, el Sr. Secretario General Técnico de la Consejería acuerda suspender la tramitación del procedimiento, lo que se comunica al Juzgado de Familia de Logroño.

6.- Por haberse llevado a cabo la Diligencia Preliminar solicitada por la reclamante, el citado Órgano Judicial archivó el 8-10-2019 el referido procedimiento judicial, con lo que el 26-12-2019 se reanudó la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial y se reiteró la solicitud de documentación que ya había sido dirigida a la Dirección del Área de Salud de La Rioja, que remitió el 19-5-2020:

-La historia clínica de los nacimientos de las dos menores, así como las anotaciones manuscritas relativas a la asistencia que las dos recién nacidas recibieron en la Unidad de Neonatología del HSM.

-Un Informe, de 6-2-2020, relativo a las actuaciones desarrolladas por el Servicio de Documentación Clínica.

-El Informe de 5-7-2019 -al que se ha hecho alusión con anterioridad- que contiene el resultado de la “información reservada” practicada por la Inspección Médica de la Consejería de Salud, que apunta ya al posible intercambio entre dos niñas concretas (la reclamante y otra) y que extrae sus conclusiones del análisis de la documentación examinada y de la información proporcionada por diferentes Servicios (principalmente, los de Obstetricia y Ginecología, y Pediatría).

-Un Informe de 20-2-2020 del Servicio de Pediatría del Hospital San Pedro. En él se examinan los procedimientos de asistencia a un recién nacido sano en el posparto inmediato, así como los protocolos de identificación materno-filial y de acogida en Neonatología, tanto los vigentes en la actualidad como los que se observaban a partir del 2000. El Informe de 20-2-2020 también recoge la información clínica de la reclamante y de la asistencia recibida por ella al nacer y durante los días siguientes. Finalmente, identifica a las seis niñas -excluye a los varones- que estuvieron ingresadas en la Unidad Neonatal en el periodo en que lo estuvo la reclamante.

7.- El 19-6-2020 el Instructor del expediente confiere un plazo de audiencia por quince días a la reclamante, que, a través de su representante, comparece ante la Instrucción y formula alegaciones por escrito de 3-7-2020, en las que considera confirmado el “*daño moral para mi representada... referido y probado con la solicitud, y al que lamentablemente se añade e integra de por vida, por no haber podido conocer a su madre biológica, ni haber sido cuidada y criada por ella, como tuvo derecho*”.

Al escrito de 3-7-2020, la reclamante acompaña una nueva “*Información reservada*” elaborada el 18-9-2019 por la Inspección Médica. Esa Información -que la CAR había aportado al Juzgado de Familia de Logroño en el seno del procedimiento relativo a las Diligencias Preliminares interesadas por la reclamante- reitera lo señalado en el Informe de 5-7-2019, y añade, como conclusiones:

I. Que existe una sospecha sobre una posible sustitución o intercambio de las dos neonatas, una de ellas, la reclamante.

II. Que no disponemos de elementos que permitan establecer de manera inequívoca a los supuestos progenitores biológicos de la reclamante, ni estamos en condiciones de realizar pruebas o diligencias encaminadas a determinar el resultado de su identificación (...)

III. Para llegar a la identificación inequívoca de estos, solo procedería confirmación mediante las pruebas genéticas oportunas tanto a ellas como a sus progenitores, hecho que entendemos solo puede realizarse por mandato judicial”.

Cabe reiterar aquí que las dudas manifestadas por el Informe de 18-9-2019 han quedado superadas por las diferentes pruebas biológicas practicadas a la reclamante, a su progenitor biológico vivo, así como a D. C y a D^a B, que confirman que la interesada es hija biológica de aquél y que no lo es de éstos.

8.- A la vista de lo actuado hasta esa fecha, el 7-4-2021 el Instructor del expediente emite una Propuesta de resolución favorable a desestimar la reclamación por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público

sanitario y el daño reclamado y por no ser imputable el perjuicio alegado a los Servicios Públicos sanitarios. “*Subsidiariamente*”, propone reconocer la responsabilidad patrimonial, cuantificando la indemnización en 215.000 euros.

9.- La reclamante solicitó acceder al contenido de la Propuesta de resolución de 7-4-2021 a lo que accedió la Secretaría General Técnica de la Consejería mediante Resolución de 23-6-2021.

De manera casi simultánea, la propia Secretaría General Técnica, previo informe favorable de los Servicios Jurídicos de 5-5-2021, acordó el 6-5-2021 suspender nuevamente la tramitación del expediente “*durante el tiempo que medie hasta que se tenga constancia del pronunciamiento por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Logroño -Familia- respecto al procedimiento de filiación nº 308/2020*”, lo que comunicó al propio Juzgado para que éste informara a la Consejería, cuando se produjera, de la conclusión de dicho procedimiento judicial.

La reclamante recurrió en reposición el Acuerdo suspensivo de 6-5-2021, pero la Consejería de Salud confirmó el mantenimiento de la suspensión, desestimando el recurso por Acuerdo de 7-7-2021.

10.- El 30-11-2021, la reclamante aportó a la Instrucción del expediente la Sentencia de 22-11-2021 del Juzgado de Familia de Logroño que declaró a D. F y a Dª E padre y madre de Dª A, así como la naturaleza matrimonial de esa filiación.

En su escrito, la interesada solicitó el levantamiento de la suspensión, levantamiento que el Instructor le comunicó el 2-12-201.

11.- El 14-12-2021, el Instructor emitió una segunda Propuesta de resolución. En ella, tras referir el conjunto de antecedentes fácticos resultantes de las actuaciones practicadas en el curso del expediente, da por probados los hechos en que se funda la reclamación:

“Considerando, pues, que existió una disfunción en las medidas de identificación y control de los bebés, resulta igualmente acreditada la existencia del nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño reclamado, por lo que debe declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

En cuanto al importe de la indemnización, la Propuesta, invocando varios pronunciamientos judiciales del Orden contencioso administrativo argumenta que “*el periodo a valorar sería de un año*”, que no procede “*valorar periodos anteriores*” y que los daños futuros “*no se pueden tener como ciertos, reales e indubitados*”. Por ello, “*considera que 215.000 euros es una cantidad ajustada como indemnización*”.

12.- Finalmente, los Servicios Jurídicos, en su Informe de 17-1-2022, coinciden con la Propuesta de resolución en que:

“... se ha puesto de manifiesto un deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria y de los estándares normales de su funcionamiento, con quiebra de la lex artis, pues queda patente que hubo un cambio de los bebés de las incubadoras 1 y 2”.

Por otra parte, considera *“acreditada la existencia de una relación de causalidad entre el daño producido a la reclamante y la actuación administrativa, y siendo el que nos ocupa un daño antijurídico que [la interesada] no tiene el deber jurídico de soportar”*, por lo que la reclamante *“tiene derecho a percibir una indemnización por los daños psicológicos acreditados por informe técnico, y por los daños morales sufridos computados, al menos, desde que conoció que quien fue identificado como progenitor, no era padre biológico. A mayor abundamiento, el cálculo de intereses ha de ajustarse al artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.*

Discrepando de la Propuesta de resolución en punto al *dies a quo* y al *dies ad quem* del daño producido, el Servicio Jurídico estima que la indemnización -que ha de comprender tanto el resarcimiento de los daños psicológicos como de los morales- debe ascender, al menos, a 430.000 euros.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 21 de enero de 2022 y registrado de entrada en este Consejo el 25 de enero de 2022, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 3 de febrero de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

1. A tenor de lo dispuesto en el art. 81.2 LPAC'15, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la LOCE'80, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una Propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la Propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

En el caso de la CAR, el art. 11, g) LCCR remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, como acabamos de exponer, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Por tanto, reclamándose en este caso una cuantía superior a esa cifra, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

2. En cuanto al contenido del dictamen, el párrafo final del citado art. 81 LPAC'15 dispone que aquél deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.

3.- Con carácter previo a analizar las cuestiones objeto de la consulta planteada, debe realizarse una advertencia preliminar de naturaleza procedimental.

La documentación que se nos ha trasladado evidencia que, una vez iniciado el expediente de responsabilidad patrimonial, el Servicio Riojano de Salud, en el mes de julio de 2019, comunicó la presentación de la reclamación a la aseguradora SegurCaixa Adeslas (folio 182 del expediente); sin embargo, no consta que a dicha aseguradora se le haya conferido la posibilidad de formular las alegaciones o aportar las pruebas que a su derecho pudieran convenir.

Este Consejo no ha tenido acceso al contrato de seguro suscrito por la CAR con esa aseguradora, y carece de elementos de juicio para pronunciarse sobre si cubre un riesgo como el que motiva la presente reclamación de responsabilidad patrimonial (y, en su caso, en qué medida). Pero, si así fuera el caso y si la posición jurídica de la aseguradora pudiera verse afectada por el resultado del procedimiento de responsabilidad patrimonial, habrían de evitarse situaciones de indefensión y, por ello, la Consejería consultante debería de llamar a la aseguradora al procedimiento con el fin de brindarle la opción de formular las alegaciones y aportar las pruebas necesarias para la defensa de sus intereses.

En la hipótesis señalada, habría de retrotraerse el procedimiento, a cuyo efecto se sugieren las siguientes pautas de actuación: (i) En primer lugar, habría de darse traslado de lo actuado a la aseguradora, a los efectos indicados; (ii) A la vista de sus alegaciones y pruebas, habría de conferirse un nuevo trámite de audiencia a la reclamante; (iii) Sobre la base de todo ello, debería emitirse una nueva propuesta de resolución y un nuevo informe de los Servicios Jurídicos; y (iv) finalmente, debería recabarse un nuevo dictamen de este Órgano Consultivo.

Naturalmente, por evidentes razones de economía procedimental, los trámites señalados en los ordinales (ii), (iii) y (iv) no serían necesarios si la compañía aseguradora se abstuviera de satisfacer el trámite que le fuera otorgado.

Hecha reserva de lo anterior, se formulan las apreciaciones que siguen en relación con el fondo de la reclamación planteada por la interesada.

Segundo

Consideraciones generales sobre la responsabilidad patrimonial de la CAR. El carácter indemnizable de los daños morales.

1. Nuestro Ordenamiento Jurídico (arts. 106.2 CE, arts. 32.1 y 34.1 LSP'15 y arts. 65,67,81, 91.2 LPAC'15), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la

parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración; así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

2. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de seguro a todo riesgo para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

3. Como señala una consolidada doctrina jurisprudencial (por todas, STS, 3ª, de 21 de marzo de 2007, RCas. núm. 6151/2002):

“...para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) ausencia de fuerza mayor, y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta”.

En parecidos términos, la STS, 3ª, de 21 de marzo de 2018 (RCas. núm. 5006/2016) sintetiza los requisitos exigidos para la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los arts. 139 y 141.1 LPAC'92 (actualmente, arts. 32.1 y 34.1 LSP'15), que son:

“...daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo”.

4. De cuanto acaba de exponerse, se desprende una primera conclusión: al igual que sucede en cualesquiera otras reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en este caso es preciso analizar:

-Si el interesado ha sufrido realmente los daños que afirma.

-Si esos daños están, causalmente, vinculados al actuar de la Administración, “*en una relación, directa e inmediata y exclusiva, de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal*” (STS de 21 de marzo de 2007, antes citada).

-Si esos daños son constitutivos de una “*lesión antijurídica*”, caracterizada por la “*ausencia de deber jurídico del interesado de soportar el resultado lesivo*”. (STS de 21 de marzo de 2018).

-Si la cuantificación de los daños es correcta, de modo que el perjuicio sufrido sólo puede ser resarcido mediante el reconocimiento y abono al reclamante de la cantidad de dinero (indemnización) que solicita.

5. Por lo demás, según el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), es carga del demandante probar la concurrencia de los presupuestos a los que la Ley anuda el nacimiento del derecho a la indemnización. Por ello, pesa sobre el interesado la carga de acreditar, no sólo los hechos en los que funda su reclamación de responsabilidad, sino, igualmente, la efectiva realidad de los perjuicios ocasionados y la procedencia de la indemnización solicitada.

6. En su reclamación, la interesada atribuye la naturaleza de *daños morales* a las consecuencias perjudiciales que para ella se han seguido de la actuación administrativa.

Siendo el planteamiento de la reclamante, cabe recordar, en primer lugar, que nuestros Tribunales, en los distintos Órdenes Jurisdiccionales, han definido el daño moral como “*aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (...); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral...*”. Por ejemplo, STS, Sala 4ª, de 12-12-2007 (RCas 25/2007), citada por la STS, Sala 3ª, de 12-5-2014 (RCas 2043/2013).

El carácter indemnizable de los daños morales es una consecuencia inherente al principio de *reparación integral del daño*, explicitado por los arts. 106.2 CE y 32.1 LSP'15 al establecer que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en “*cualquiera de sus bienes y derechos*”. Esto es, no solo en los de índole o contenido patrimonial, sino en todos aquellos que, cualquiera que sea su naturaleza, formen parte de su patrimonio jurídico. Así lo hemos recordado, por ejemplo, en nuestro D.76/11.

En este mismo sentido, la STS, Sala 3ª, de 12-6-2007 (RCas 9603/2003), con cita de otras, razona sobre el daño moral que este resulta resarcible económicamente pues “*la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la*

reparación integral de los mismos, y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado”; y añade que “la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables”.

Por otra parte, es pacíficamente aceptado que la lesión de un derecho fundamental puede acarrear la producción de un daño moral susceptible de ser indemnizado. En palabras de la citada STS de 12-12-2007, *“la lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno”*. A su vez, la STS de 12-3-2007 (Sala 3ª, RCas 358/2003) indica que *“el resarcimiento de los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental es una posibilidad contemplada por el ordenamiento jurídico”*. Por ello, los Órganos Jurisdiccionales consideran resarcibles económicamente, bajo la calificación de daños morales, las vulneraciones de los más diversos derechos fundamentales. Y desde luego así sucede cuando quienes deparan esa lesión son los propios poderes públicos. Por solo citar algunos ejemplos, se han considerado generadoras de daños morales, y del correlativo derecho a una reparación económica, las lesiones al derecho de huelga (STS, Sala 3ª, de 12-5-2014) o al derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo (STS, Sala 3ª, de 16-5-2012, RCas 1777/2010).

Como explica la STS, Sala 4ª, de 11-6-2012 (RCas 3336/2011) *“la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”*. Por ello mismo, a diferencia de lo que acontece con los bienes y derechos patrimoniales -que en el tráfico jurídico ordinario tienen atribuida una valoración económica más o menos segura- en el caso de los daños morales, *“lo que se valora es algo inmaterial y ajeno por completo a toda realidad física evaluable”* (D.76/11), por lo que no existen criterios objetivos que permitan cuantificar el importe de la indemnización que sería necesaria para colocar al perjudicado en una situación equivalente a la que disfrutaba antes de la lesión. De ahí las dificultades que siempre encuentra el determinar una indemnización por daño moral. Al respecto, la STS, Sala 3ª, de 21-10-2011 (RCas 4161/2009) señala que:

“el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. Y ello no implica en absoluto que se obvие o infrinja el principio de reparación integral previsto en el artículo 141 de la Ley 30/1992, sino que su valoración no es tasada y que admite una cierta subjetividad que no debe confundirse con arbitrariedad”.

Ante esas dificultades de estimación, se ha considerado admisible acudir, como simple referencia, a los baremos establecidos por la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en accidentes de circulación, pero en el buen entendimiento de que tales baremos, al estar previstos normativamente para supuestos fácticos diferentes, no tienen aquí carácter vinculante sino que solo pueden emplearse a título “*puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del «quantum» indemnizatorio*” (STS de 16-5-2012). Este Consejo Consultivo ha observado reiteradamente ese mismo criterio. Por todos, en su D.48/01.

Tercero

La responsabilidad patrimonial de la CAR en este caso. Relación de causalidad y antijuridicidad de la lesión.

La proyección de las anteriores consideraciones al caso presente obliga a concluir que en este caso existe inequívocamente una responsabilidad patrimonial imputable a la CAR. Algo que, por lo demás, aceptan tanto el Instructor del expediente (Propuesta de resolución de 14-12-2021) como los Servicios Jurídicos (Informe de 17-1-2022).

A) La relación de causalidad. - En primer lugar, es evidente que concurre una nítida relación de causalidad entre la actuación del Servicio Riojano de Salud y el daño deparado a la reclamante.

Las numerosas pruebas biológicas realizadas en el curso de los procedimientos judiciales a que nos hemos referido en los Antecedentes de Hecho ponen en evidencia, de manera objetiva e indiscutible, que la reclamante, al causar alta hospitalaria el 18-6-2002, pocos días después de su nacimiento, fue entregada a unas personas (D^a B y D. C) que no eran sus progenitores biológicos; y que a quienes sí lo eran (D^a E y D. F), les fue dada otra niña, que nació el mismo día que la interesada, en el mismo centro hospitalario, con escasas horas de diferencia, y que había coincidido ingresada con la reclamante en la Unidad Neonatal del HSM.

Es llano, por tanto, que entre los días 13-6-2002 (fecha en que nacieron las dos niñas) y el 16-6-2002 (día en que, como muy tarde, causó alta la otra niña) se produjo una confusión en la identidad de los dos bebés, que fueron intercambiados. Ambas recién nacidas, que nunca llegaron a pasar a las habitaciones de la planta de Obstetricia, solo estuvieron ingresadas en la Unidad de Neonatología del HSM, a cuyo interior -según resulta de la información practicada por la Inspección Médica- solo tenía acceso el personal sanitario que prestaba sus servicios en ella, por lo que es claro que tal confusión e intercambio únicamente pudo ser causado por un anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

Las propias notas tomadas en esas fechas por el personal de la Unidad Neonatal del HSM permiten deducir con razonable certeza el día y la manera en que pudo cometerse el error. En efecto, esas notas registran que el 13-6-2002 la niña nacida como “A” (la primera en nacer, a las 13 horas, y en ser llevada inmediatamente a la Unidad Neonatal) ingresó en dicha Unidad y fue ubicada en la Incubadora nº1. Y que la niña nacida como “D” -que nació a las 18:15 horas- fue ingresada ese mismo día y llevada a la Incubadora nº 2. Sin embargo, al día siguiente, 14-6-2002, se anotó que “D” fue llevada hasta la Cuna nº 6, desde la Incubadora nº 1, cuando quien realmente se hallaba en la Incubadora nº 1 no era realmente la niña nacida de Dª E y D. F sino la nacida de Dª B y D. C. Correlativamente, en las notas correspondientes a “A” (quien realmente estaba desde el 13-6-2002 colocada en la Incubadora nº 1), se reseña el mismo día 14-6-2002, que pasa de la Incubadora nº 2 a la Cuna nº 7.

A partir de ese momento, se tuvo ya por “D” a la niña que había nacido de Dª B y D. C; y por “A” a la hija biológica de Dª E y de D. F; sin que nadie advirtiera *a posteriori* el error padecido. Ni el propio personal sanitario, ni tampoco los progenitores de las menores, extremo este último que se explica, como se ha referido en los Antecedentes de Hecho, por el escaso contacto visual que, tanto las madres, como los padres, pudieron tener con sus respectivas hijas recién nacidas.

Que la confusión e intercambio de los dos bebés se produjo el día 14-6-2002 y del modo que se ha descrito es algo que puede afirmarse, si no con plena seguridad, sí desde luego como una hipótesis altamente verosímil.

En todo caso, debe tenerse por cierto que esa confusión entre las dos menores solo pudo producirse dentro de las instalaciones del SERIS y como consecuencia de una actuación de su personal, lo que hace indudable la relación causal entre el proceder de la Administración sanitaria y el daño generado a la reclamante.

Esta conclusión viene confirmada por una circunstancia adicional. Dª B fue la primera de las dos madres en dar a luz (a las 13 horas del 13-6-2002). Sin embargo, el Número de Historia Clínica (NHC) atribuido por el HSM a A (XXX.XXX) es posterior al asignado a D (YYY.YYY, pág. 274), cuando cabalmente debería ser al revés ya que Dª E tuvo a su hija más tarde (a las 18.15 horas del 13-6-2002) y esta ingresó también más tarde que la hija de Dª B en la Unidad Neonatal del HSM. Este extremo puede comprobarse en documentos que cabe suponer redactados por el SERIS durante los días en el que las niñas estuvieron ingresadas en el HSM o pocos días después. Por ejemplo, en la “Historia Clínica del Recién Nacido”, o en los Informes de Alta y de Evolución clínica de la interesada, ésta tiene atribuido ya el NHC XXX.XXX (págs. 222 a 228 del expediente).

B) Los criterios de imputación objetiva. - A las anteriores consideraciones sobre la concurrencia de una relación de causalidad, este Consejo entiende oportuno añadir otra atinente a la existencia de un *criterio objetivo de imputación*, que obliga a atribuir a la CAR las consecuencias dañosas de su actuar.

Es cierto que la actuación administrativa ahora analizada se desplegó en el *giro o tráfico* de la prestación del servicio público sanitario, sí, pero, si se repara bien en ello, los efectos provocados por esa actuación no traen causa directa del desarrollo de una actuación de naturaleza propiamente médica, como sería el diagnóstico o el tratamiento, más o menos acertados, de una determinada patología. Quiere con ello decirse que, en este caso, no cabe emplear los criterios de imputación, a los que en tantas ocasiones se ha referido este Consejo Consultivo para afirmar, excluir o mitigar la responsabilidad patrimonial sanitaria (puesta en juego de las técnicas diagnósticas y terapéuticas exigidas por la *lex artis ad hoc*, idiosincrasia previa del paciente, producción de un daño desproporcionado...).

En materia de responsabilidad sanitaria, hemos afirmado reiteradamente que, cuando se trata de procurar la salud de los pacientes, el Ordenamiento Jurídico impone a los poderes públicos “*una prestación de medios (correlato al derecho individual de cada paciente a la protección a la salud y a la atención sanitaria) y no de resultados dado que no es posible garantizar de manera absoluta la curación y sanidad de los pacientes*” (por todos D.33/12). Ahora bien, en este caso, el reproche que se dirige a la actuación administrativa no afecta en absoluto a la corrección con la que se hayan empleado unas u otras técnicas médicas de diagnóstico o curación (que es el escenario en el que tiene sentido hablar de una *prestación de medios*); sino a otra cuestión bien distinta, la identificación de las recién nacidas, ámbito del servicio en el que sí pesaba sobre la Administración sanitaria un *deber de resultado*: controlar la identidad de las dos niñas desde el momento de sus nacimientos hasta sus respectivas altas hospitalarias, para garantizar que cada una de ellas fuera entregada a sus padres biológicos y no a otras personas.

Ese inequívoco *deber de resultado* estaba explicitado en el año 2002 por el art. 9.b) de la entonces vigente Ley autonómica 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, que reconocía como uno de los “*derechos mínimos*” de los menores el de “*ser correctamente identificados al tiempo de su nacimiento*”, lo que suponía la imposición sobre la CAR de la correlativa obligación de asegurar esa adecuada identificación. En términos muy parecidos, el art. 9 de la actual Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja dispone, bajo la rúbrica “*derecho a la identidad*”, que “*en los centros o servicios, públicos o privados, en los que se produzcan nacimientos se establecerán las garantías necesarias para la inequívoca identificación de los recién nacidos*” (art. 9.1).

En todo caso, sin necesidad de que la legislación autonómica lo regulara de modo expreso, el derecho del niño a ser correctamente identificado resulta de la propia naturaleza de las cosas y se infiere sin esfuerzo de numerosas disposiciones del Derecho Internacional

y Estatal. Por ejemplo (y además de las que más adelante se traerán a colación) del art. 2.2.c) y 11.2.b) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (los menores vivirán con su familia de origen, salvo que su interés reclame lo contrario), o de los arts. 108 y 154 y ss del Código Civil, que contemplan la filiación por naturaleza como uno de los hechos que hacen nacer la relación paterno-filial y los derechos y deberes propios del ejercicio de la patria potestad.

Por lo demás, nos parece claro que no concurre aquí ningún criterio negativo de imputación que impida el surgimiento la responsabilidad patrimonial de la Administración, como sería, por ejemplo, que el daño se hubiera producido por fuerza mayor (arts. 106.2 CE. y 32.1 LPS'15), esto es, por *“una causa extraña al objeto dañado, excepcional e imprevisible o que, de haberse podido prever, fuera inevitable”* (SSTS de 5 de diciembre de 1988, 14 de febrero de 1994 y 3 de mayo de 1995, entre otras; y Dictamen del Consejo de Estado 5.356/1997); o que evento dañoso derive de los denominados *“riesgos del desarrollo”*, esto es, *“de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”* (art. 34.1 LSP'15).

La documentación incorporada al expediente, y, en particular las Informaciones reservadas desarrolladas por la Inspección Médica ponen de manifiesto que en el año 2002, en el SERIS, aunque no se contaba con un protocolo escrito sobre identificación materno-filial (el primero es de 2006), sí se observaban regularmente al efecto unas prácticas preestablecidas (colocación de una pulsera identificativa en el tobillo del recién nacido, recogida de huellas dactilares del bebé, cumplimentación de los documentos oficiales de identificación sanitaria materno filial y de declaración de nacimiento para inscripción en el Registro Civil), que se ejecutaban inmediatamente tras el nacimiento y antes del traslado del niño a la habitación postparto o, en su caso, de su hospitalización.

En definitiva, al SERIS le era exigible, conforme a los más elementales *estándares del servicio* cuya prestación tenía encomendada, identificar adecuadamente a cada bebé como hijo de su madre, sin que el asegurar tal resultado le exigiera una actividad imposible de desarrollar conforme al estado de la ciencia o de la técnica (más bien, parece una tarea sencilla) ni se viera imposibilitado, en este concreto caso, por ninguna circunstancia de fuerza mayor.

De todo lo anterior cabe concluir, la Administración autonómica, no solo intervino causalmente en la producción del daño, sino que, con su actuación, incumplió un deber de resultado que gravitaba sobre ella, vulnerando el derecho de la interesada a ser bien identificada. Con ello le deparó un daño que no tenía el deber de soportar, lo que permite afirmar ya el requisito de la antijuricidad de la lesión, que abordamos con más detenimiento en el apartado siguiente.

C) La antijuricidad de la lesión. - Como ya ha quedado dicho, la actuación del SERIS supuso que la reclamante fuera entregada por error, a los cinco días de su nacimiento, a una familia que no era la suya biológica.

No resultan necesarios complicados razonamientos para concluir que ello provocó a la interesada una lesión antijurídica, algo que no discuten ni el Instructor del expediente en su Propuesta de resolución, ni los Servicios Jurídicos de la CAR.

Si acaso, este Consejo estima necesario incidir en la propia gravedad del daño y calificarlo conforme a su auténtica naturaleza: la actuación administrativa entrañó para la interesada la vulneración de bienes jurídicos de indudable relevancia constitucional por cuanto desconoció su derecho a la identidad, y, por ende, conculcó particularmente sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (art. 18 CE), los cuales se hallan vinculados especialmente a la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de la persona; sin olvidar que el autoreconocimiento y proyección exterior del sujeto individual, es un aspecto clave del libre desarrollo de la personalidad, fundamento, al igual que la dignidad de la persona, de nuestro orden político (art. 10.1 CE).

El derecho de los niños a ser bien identificados y entregados a sus padres biológicos - correlativo a su dignidad personal, y a sus derechos a conocer su identidad y a disfrutar de su vida privada y familiar sin intromisiones ilegítimas- ha sido reconocido de manera más o menos explícita por diversos instrumentos internacionales ratificados por España, que, conforme al art. 10.2 CE, constituyen un canon hermenéutico de las *“normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”*.

Sin ningún ánimo de exhaustividad cabe recordar aquí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10-12-1948 (a cuyo tenor *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*, art. 16.3) proclama que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada”,* ni en *“su familia”* (art. 12). Por su parte, el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19-12-1966, establece que *“todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.”*

Más en concreto, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-12-1989 (CDN): (i) dispone que en las medidas que adopten los poderes públicos de los Estados Partes concernientes a los niños, una *“consideración primordial* a la que se atenderá será el *“interés superior del niño”*; (ii) reconoce el derecho del niño, *“a un nombre”* y *“en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*; (iii) recoge el compromiso de los Estados Partes de *“respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos ..., el nombre y las relaciones familiares de conformidad*

con la ley sin injerencias ilícitas” y de velar “por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos” salvo que así lo exija el propio interés del menor; y (iv) reitera el derecho del niño a no ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada [ni en] su familia” (arts. 3.1, 7.1, 8.1, 9.1 y 16.1 de la CDN).

En fin, el derecho de todos *“al respeto de su vida privada y familiar”* resulta recogido, también, en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4-11-1950, y en interpretación de este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha razonado que *“toda persona tiene un interés vital, protegido por el artículo 8 del Convenio, en conocer la verdad sobre su identidad y en eliminar cualquier incertidumbre al respecto”* y que *“el interés de las personas en recibir la información necesaria para eliminar cualquier incertidumbre respecto a su identidad personal no desaparece con la edad, sino a la inversa”* (STEDH de 15-10-2019, Asunto *Capin contra Turquía*, Apartado nº 77).

El TC ha afirmado también, repetidamente, el derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE (STC 117/1994, de 25 de abril, F. 3).

La consideración iusfundamental del derecho al nombre como elemento identificador y de proyección exterior de la persona es, especialmente, subrayada por el TC en su Sentencia 167/2013. Nuestro Alto Tribunal tiene ahí presente, además, que el nombre de la persona es también reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como *“elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”* (STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, ap. 52, que cita); y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro del ya citado derecho al respeto de la vida privada del art. 8 del Convenio, sobre la base también de su carácter identificador de la persona (Sentencia de 22 de febrero de 1994, *Caso Burghartz c. Suisse*, ap. 24 y Sentencia de 25 de noviembre, *Caso Stjerna c. Finlande*, ap. 37, también citada por la STC 167/2013).

En nuestro Derecho Interno, la familia y los niños gozan de un expreso reconocimiento constitucional. Así, el art. 39 CE, cuyo apartado 4 dispone que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*, establece como principios rectores de la política social y económica, que han de informar la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE) la *“protección social, económica y jurídica de la familia”* y *“la protección integral de los hijos”*.

En particular, el mandato dirigido al legislador por el art. 39.2 *in fine* CE para posibilitar *“la investigación de la paternidad”* se hace efectivo en la actualidad por el art. 767.2 LEC, conforme al cual *“en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”*. Más recientemente, el art. 2 y la DF 4ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de

Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia han introducido modificaciones, respectivamente, en el art. 46 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y en los arts. 15 y 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, con el fin de prever el empleo de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten, en su caso, necesarias, para determinar el vínculo de filiación del recién nacido con la madre.

Si ello es así es porque la Constitución ampara, siquiera sea tácitamente, y como requerimiento implícito de la dignidad de la persona humana, el “*derecho a la verdad biológica y a la propia identidad*”, expresión empleada, en un asunto semejante al que nos atañe, por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Navarra de 2-2-2022 (R. Ap. 506/2021). Ese “*derecho a la verdad biológica*” inspira decididamente nuestro Ordenamiento Jurídico Civil, como evidencia, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos de las personas adoptadas a conocer sus orígenes biológicos (art. 180.6 Cc) o a mantener, en la medida de lo posible, relación con sus hermanos biológicos (art. 178.4 CE).

Es cierto que, como ha razonado la STC 116/1999, “*no existe...una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (...) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial*”. Pero, en este caso, la reclamante nació en el seno de un matrimonio, el formado por D^a E y D. F, que la quería como propia y al que debió haber sido entregada, algo que, si no aconteció, no fue ni por voluntad de los progenitores ni a causa de una decisión administrativa o judicial fundada en el interés superior de la menor, sino como consecuencia de un lamentable error cometido por la Administración sanitaria.

La familia es la comunidad humana primordial, y en su seno nacen y se desarrollan, en las etapas más tempranas de la vida, los naturales lazos afectivos que vinculan a una persona con sus padres, hermanos, abuelos... Constituye así, para todo ser humano, un entorno que contribuye de manera determinante a la forja de la propia identidad personal.

Por ello, es obvio que el error de identificación padecido con la reclamante entre el 13-6-2002 y el 16-6-2002, además de haberle hecho formarse una idea equivocada de su identidad, impidió el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) pues alteró fatalmente, y de modo irreversible, el que, de no haber sido por ese anormal funcionamiento del servicio público, habría constituido el curso normal de su vida y el panorama humano en el que ésta hubiera debido desenvolverse. Curso vital en el que el erróneo proceder de la Administración sanitaria introdujo una distorsión imposible ya de revertir.

Además, y no parece preciso insistir más en ello, la actuación administrativa vulneró el derecho a su intimidad familiar (art. 18.1 CE) del modo más intenso que pueda

imaginarse: impidiendo a la reclamante, desde el momento inicial de su vida, la normal incorporación a su núcleo familiar de origen.

A las consideraciones precedentes, añadiremos una más, necesaria para calibrar la gravedad de la lesión. El daño causado presenta una doble dimensión y acarrea para la reclamante una doble pérdida pues se ha traducido: i) por una parte, en haber crecido en la creencia equivocada de ser sus familiares quienes biológicamente no lo eran, generando hacia ellos unos lazos que, sobrevenidamente, ha descubierto que no se correspondían con la verdad biológica; y ii) por otra, en haberse visto privada, en su infancia y adolescencia, de la posibilidad de desarrollar los vínculos afectivos y de todo orden que naturalmente hubiera debido entablar con sus auténticos progenitores y con el entorno familiar al que genéticamente pertenecía. Vínculos que ni siquiera serán ya posibles en lo sucesivo con su madre biológica, que falleció en 2018.

En definitiva, la lesión causada a la demandante no es solo antijurídica, sino de una innegable gravedad y ha supuesto para ella una violación de bienes jurídicos de alcance constitucional, que sin duda cabe considerar como generadora de un daño moral.

Cuarto

La indemnización

1.- Vaya por delante que este Consejo es plenamente consciente de que ninguna indemnización, por elevado que fuera su importe, podría, en sentido literal, reparar el daño sufrido por la reclamante (esto es, dejarle *indemne*), pues nunca sería capaz de colocarle en una situación igual a aquella en la que se encontraría si la lesión no hubiera tenido lugar.

Esto dicho, tratándose de daños morales, toda indemnización que se establezca para resarcirlos debe responder a tres requisitos: ser *proporcionada* a la gravedad del daño, resultar respetuosa con el principio de *reparación integral y estar motivada*.

Ante la imposibilidad de valorar de manera exacta los daños morales, y de traducirlos en una compensación económica -cuestión sobre la que nos hemos pronunciado, por ejemplo, en los D.48/01, D.67/06 o D.76/11- resulta oportuno buscar en el sistema de fuentes, en el Derecho Positivo, elementos de juicio válidos que permitan situar el importe de la indemnización en un rango cuantitativo razonable, que no resulte, por exceso o por defecto, desproporcionado o irracional; y que, dentro del inevitable componente subjetivo que tiene toda cuantificación de un daño moral, pueda considerarse producto de un ejercicio de discrecionalidad -que no arbitrariedad- valorativa.

A tal efecto, como se ha indicado con anterioridad, es usual en la práctica administrativa y en los pronunciamientos de los órganos judiciales el acudir a los baremos

establecidos por la legislación sobre seguro y responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación; y así ha operado también tradicionalmente este Consejo en numerosas ocasiones, pudiéndose citar como ejemplo los dictámenes antes referidos.

Naturalmente, al estar previstas para *supuestos de hecho* diferentes, las valoraciones contenidas en esa legislación (esto es, las *consecuencias jurídicas* de esas disposiciones normativas) no resultan automáticamente vinculantes para el aplicador del Derecho, sino que, todo lo más, le proporcionan referencias orientativas que permitan “*introducir criterios de objetividad en la determinación del «quantum» indemnizatorio*” (STS de 16-5-2012).

2.- Pues bien, a fin de fijar la indemnización, este Consejo juzga oportuno acudir a lo establecido por el TR de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (TRLRCS), aprobado por RD-Leg 8/2004, de 29 de octubre, en los términos vigentes tras la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En particular, los arts. 134 y ss y la Tabla 3 del TRLRCS regulan las indemnizaciones diarias por lesiones temporales, tanto cuando estas lesiones generan un perjuicio personal básico (art. 136), como cuando irrogan un perjuicio personal particular (arts. 137 y ss).

Es cierto que, en rigor, no cabe aquí una aplicación *analógica* de normas, dado que entre un supuesto (lesiones temporales) y otro (daños morales) no existe *identidad de razón* (art. 4.1 Cc); pero también lo es que si el legislador democrático (art. 66 CE) ha atribuido una determinada valoración a las indemnizaciones diarias por lesiones corporales, no resulta ilógico, a falta de otra previsión normativa, partir de esa misma valoración cuando, como sucede en supuestos como este, se trata de indemnizar lesiones a bienes jurídicos de naturaleza moral, a los que el Ordenamiento no puede querer dispensar una protección muy diferente.

Así, teniendo en cuenta la acusada gravedad de perjuicio causado (que ya hemos razonado con anterioridad), parece conveniente asumir como primera referencia la cuantía diaria de las indemnizaciones por lesiones corporales causantes de un perjuicio personal particular muy grave de acuerdo con el art. 134.3.b) y la Tabla 3 del TRLRCS. En el año 2021 (fecha que tomaremos como final por las razones que de seguido se expondrán) ascendía a 105,35 euros, de acuerdo con la actualización establecida por la Resolución de 2-2-2021, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE de 19-2-2021).

3.- Un segundo elemento a considerar sería el de la duración temporal del daño moral. Sobre este extremo, la Propuesta de resolución de 14-12-2021 argumenta que éste se extendería “*desde el conocimiento del intercambio de los bebés... hasta la reclamación en vía administrativa*”, aduciendo, en apoyo de esa tesis la Sentencia de la Sala de lo

Contencioso administrativo del TSJ de Canarias/Las Palmas de 30-3-2009 y la reciente Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de Pamplona de 6-9-2021.

Más allá de que esta última ha sido parcialmente revocada en apelación por la ya citada STSJ de Navarra de 2-2-2022 (R. Ap. 506/2021), este Consejo no puede compartir esos criterios sobre la extensión temporal del daño moral analizado. Más bien al contrario, nos parece obvio que el daño moral sufrido por la interesada, en los términos en que se han descrito, se le produjo:

-Desde el momento del intercambio, que como fecha muy tardía tuvo lugar el 15 o el 16-6-2002, momento en que se dio de alta a la otra niña.

-Y, por tomar una referencia temporal que pueda considerarse segura, cuando menos hasta el momento en que quedó definitivamente establecida su verdadera filiación (Sentencia de 22-11-2021).

En todos y cada uno de los días comprendidos entre esas dos fechas (su infancia, su adolescencia...) la reclamante se vio privada de aquello que le correspondía en Derecho, y según la más elemental naturaleza de las cosas: disfrutar de su vida junto a su familia biológica.

Ese daño moral se estaba produciendo *per se*, con independencia de que la reclamante no fuera consciente de la situación. Cosa bien distinta es que, además, una vez tuvo noticia de que había sido objeto de un desgraciado intercambio, el saber esa circunstancia le haya podido deparar perjuicios de índole psicológica que, en este caso sí, solo pudieron desarrollarse sobrevenidamente, cuando tuvo conocimiento de la verdad.

Entre el 16-6-2002 y el 22-11-2021 transcurrieron, salvo error, 7.099 días, que, multiplicados por la cifra de 105,35 euros un resultado de 747.879,65 euros.

4.- A partir de ahí, aun tomando esa cifra como punto de referencia, esa cantidad debe incrementarse prudencialmente hasta los 850.000 euros (en torno a un 15%) atendiendo a las siguientes consideraciones:

i) La lesión padecida -que entraña esa *doble pérdida* a que antes se ha aludido- no es, de naturaleza corporal, sino moral, y se proyecta sobre la esfera más íntima de la persona o, si quiere expresarse así, sobre bienes jurídicos (derecho a la propia identidad, derecho a la intimidad familiar, dignidad, libre desarrollo de la persona...) que integran el núcleo mismo del estatuto jurídico que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos y que los poderes públicos deben amparar.

ii) Al daño genuinamente moral, parece habersele añadido un perjuicio psicológico pues, según el informe pericial adjunto a la reclamación, la interesada ha sufrido un trastorno de estrés postraumático motivado por haber sabido que aquellos que creía sus padres biológicos no lo eran. Dato que la Propuesta de resolución -aunque discute que esos daños se prolonguen hacia el futuro- no pone en tela de juicio.

En este sentido, resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha venido considerando admisible, en el caso de las lesiones morales, la *“apreciación global del daño”* mediante el establecimiento de una suma total, *“debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso”*, así como la inclusión *“en dicha suma total del conjunto de perjuicios de toda índole causados”* Por todas, STS de 20-3-2018 (RCas 2820/2016).

Por tanto, estimamos procedente que se reconozca a la reclamante el derecho a recibir una indemnización de 850.000 euros por todos los conceptos.

5.- Naturalmente, las apreciaciones que anteceden, se entienden sin perjuicio de la prueba que pueda practicarse en otras instancias en relación con los extremos de hecho que se han tomado en consideración para la fijación de la indemnización.

6.- A los efectos del art. 34.3 LSP'15, como la cuantía de la indemnización está ya actualizada a la fecha que hemos considerado como final, la cantidad reconocida deberá incrementarse en el interés legal del dinero desde la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

CONCLUSIONES

Primera

Ha de tenerse por acreditada en el expediente la existencia de un daño moral, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, producido a la reclamante.

Segunda

Existe relación de causalidad entre los daños morales sufridos por la interesada y el funcionamiento de un servicio público a cargo de la Comunidad Autónoma de La Rioja, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley para que nazca la obligación de indemnizar el daño por la Administración.

Tercera

La cuantía de la indemnización a cargo de la Administración debe fijarse en la cantidad de 850.000 euros.

Cuarta

Las anteriores conclusiones se realizan sin perjuicio de lo advertido en el F.Jco. Primero 3 de este Dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

José Ignacio Pérez Sáenz