



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **29/2011**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 9 de febrero de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 29 de octubre de 2010, sobre responsabilidad patrimonial instada por x. y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **250/10**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de agosto de 2009, x, y. presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, en solicitud de una indemnización, cuya cuantía no precisan, por los daños que dicen haber sufrido como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Según los reclamantes, el 28 de abril de 2009, x. acudió al Centro de Salud de Cabezo de Torres para que le recetaran un anticonceptivo. Comenzó a tomar el anticonceptivo que le prescribió el facultativo que le atendió (Duofemme) en la creencia de que podía mantener relaciones sexuales con su pareja sin riesgo de concebir un hijo. El 22 de julio volvió a acudir al centro de salud porque no se encontraba bien. Su médico le cambió el supuesto anticonceptivo, recetándole otro distinto (Diane).

Como intuía que algo no iba bien no llegó a adquirir el fármaco, acudiendo el día siguiente a una clínica privada donde la informaron que estaba embarazada y que el medicamento recetado inicialmente, Duofemme, no es un anticonceptivo sino un medicamento indicado únicamente para los problemas de la menopausia y osteoporosis.

Consideran evidente que el facultativo del centro de salud confundió un fármaco para la menopausia con un anticonceptivo. Ello ha provocado la imposición de una paternidad no deseada a una pareja joven, no consolidada y sin autonomía económica, que se encuentra todavía en fase de formación profesional y que no va a poder acceder a un trabajo cualificado como tenían planificado.

Se propone como medio de prueba la historia clínica de la paciente en el Centro de Salud del Cabezo de Torres y la documental que adjunta con el escrito de reclamación, relativa a la identidad de los reclamantes y documentación clínica acreditativa del embarazo.

SEGUNDO.- Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 22 de septiembre de 2009 se admite a trámite la reclamación y se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del referido Ente Público, que procede a comunicar la reclamación a la aseguradora de éste, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos. Del mismo modo, recaba de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia copia de la historia clínica de la paciente e informe del facultativo que la atendió.

El referido informe se expresa en los siguientes términos:

"Paciente adscrita a mi cupo hasta el mes de julio de 2009 en cuya historia clínica consta que le prescribí DUOFEMME el 28-4-2009 por error como anticonceptivo (en lugar de DIANE 35) ya que la intención era utilizar una asociación de estrógenos con antiandrógeno para regular mejor la menstruación".

TERCERO.- El 19 de abril de 2010, los reclamantes aportan informe médico que acredita haberse producido el alumbramiento de una niña el 17 de marzo anterior. Valoran el daño sufrido en 150.001 euros para cada progenitor.

CUARTO.- Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias (Inspección Médica), se recibe el 4 de junio de 2010 y en él se recoge como conclusión que:

"1. x, de 25 años, acude a su médico de cabecera el 28/04/09 para que le prescribiera un anticonceptivo oral. El Facultativo le receta por error un medicamento cuya indicación terapéutica es como Terapia Hormonal Sustitutiva (THS) y como prevención de osteoporosis; no está indicado como anticonceptivo.

2. Tomando anticonceptivos orales la tasa de promedio de fallos está en 2 de cada 100. La cuestión es que no se le prescribió, con el resultado de un embarazo no deseado que ha finalizado con el alumbramiento de una niña sana".

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a los reclamantes y a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, a efectos de que formularan alegaciones y presentaran los documentos que estimaran convenientes, la mercantil informa a la Administración que el supuesto a que se refiere la reclamación se encuentra excluido de cobertura al tratarse de un daño estrictamente moral que no va acompañado de daño corporal o perjuicio económico alguno.

Por su parte, los reclamantes no realizan alegación alguna.

SEXTO.- Con fecha 21 de septiembre de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, al considerar que concurren los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, declarando el derecho de los interesados a ser indemnizados en la cantidad de 3.000 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 29 de octubre de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real

Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

1. Los reclamantes ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

Respecto de la x. el hecho de su maternidad queda acreditada por la documentación sanitaria obrante en el expediente, singularmente el informe de parto (folio 42). El x, por su parte, ha reconocido su paternidad respecto de la recién nacida en el documento acreditativo de su afiliación a la Seguridad Social (folio 57 del expediente), en el que aquélla, que porta el apellido del reclamante, consta como su hija, lo que de conformidad con los artículos 113 y 120 del Código Civil, permite tener por acreditada la filiación.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad y Consumo competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del Servicio Murciano de Salud de ella dependiente.

2. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

3. La reclamación interpuesta el 24 de agosto de 2009, lo ha sido en el plazo de un año desde la manifestación del efecto lesivo (artículo 142.5 LPAC) generado por el hecho al que se anuda el daño, identificado por los reclamantes como la concepción de su hija, que tuvo lugar en junio de 2009, y antes incluso del alumbramiento de la niña el 17 de marzo de 2010, fecha que la jurisprudencia señala de ordinario como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de indemnización.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El daño.

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.

c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La determinación del primero de estos elementos, el daño, en el supuesto planteado reviste características singulares. Nos encontramos ante una acción de las denominadas en la terminología anglosajona como "wrongful conception" o de anticoncepción fallida. Se trata, por tanto, de supuestos en los que fracasa la atención sanitaria dirigida a evitar la concepción y consiguiente nacimiento de hijos. Sólo desde esta perspectiva cabe calificar el alumbramiento de aquéllos como un daño, que debe ser adecuadamente entendido como la frustración de una expectativa del resultado esperado del tratamiento anticonceptivo a que se somete la x. Tal daño ha de ser encuadrado en la categoría del daño moral, siendo útil acudir a la doctrina jurisprudencial para determinar su alcance y extensión. A tal efecto, la STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000, efectúa un completo análisis de los perjuicios que pueden derivarse de un tratamiento anticonceptivo (vasectomía) ineficaz, indicando que:

a) No puede entenderse como daño moral una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando ha tenido una repercusión psicofísica grave.

b) Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

c) Sí puede existir daño moral si, concurriendo los elementos necesarios, se hubiese lesionado el poder de autodeterminación de la persona, lo que a su vez podría constituir una lesión de su dignidad, entendida ésta como *"valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"* (Tribunal Constitucional, sentencia 53/1985). En este sentido, el embarazo supone haberse sometido a una delicada intervención (vasectomía) que se ha demostrado inútil, al tiempo que frustra la decisión sobre la propia paternidad y, con ello, restringe la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1, Constitución Española). En el supuesto sometido a consulta el tratamiento anticonceptivo oral no es invasivo como la vasectomía, pero no está exento de ciertos riesgos y, al igual que aquélla, su fracaso incide negativamente en la libertad de decidir el momento vital y con qué pareja procrear.

d) Como daño emergente pueden calificarse los gastos derivados de la comprobación de la paternidad, lo que no es aplicable al supuesto objeto de Dictamen, pues el x. ha reconocido a la niña como su hija, sin alegar la realización de pruebas de paternidad.

e) Como lucro cesante cabe admitir los perjuicios derivados de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica y familiar de los padres. No obstante, la apreciación de este daño exige una prueba de las referidas circunstancias económicas y sociales que acredite su carácter precario.

Por su parte, la STS de 23 de febrero de 2005 destaca asimismo que el daño relativo al sustento de un hijo no deseado es *"difícilmente cuantificable en el aspecto económico, ya que los perjuicios o costos derivados del nacimiento del niño serán distintos según la situación familiar, el status patrimonial y laboral de cada familia e inversamente proporcional a su capacidad económica"*.

Desde esta perspectiva y aplicados los criterios expuestos al supuesto planteado, cabría reducir sensiblemente la valoración del daño efectuada por los reclamantes, cuestión ésta que, por razones sistemáticas, se abordará en la última Consideración de este Dictamen. No obstante, cabría considerar que los interesados han sufrido un daño moral, aunque limitado al que deriva de la privación de la capacidad de decidir acerca de la propia paternidad, así como de haberse sometido a un tratamiento farmacológico ineficaz, en los términos expresados. No han acreditado, sin embargo, la ajustada situación económica a que aluden en su escrito inicial, ni que destinar recursos al embarazo, al parto o a la manutención de su nuevo hijo les obligue a desatender obligaciones laborales o formativas, ni fines ineludibles o muy relevantes. Por consiguiente, los desembolsos económicos derivados del embarazo y posterior nacimiento serían incardinables dentro de la obligación de alimentos que incumbe a cada padre respecto de sus hijos.

CUARTA.- Nexo causal y antijuridicidad.

Para los reclamantes la causa del embarazo se encuentra en el error del médico de Atención Primaria que, ante el deseo de la x. de someterse a tratamiento anticonceptivo oral, prescribe un medicamento que carece de tal efecto, haciendo creer a la paciente que podía mantener relaciones sexuales sin riesgo de quedar embarazada.

El expediente es meridianamente claro acerca del error cometido por el facultativo, que él mismo reconoce en su informe cuando afirma que *"le prescribí Duofemme el 28-4-2009 por error como anticonceptivo (en lugar de Diane 35) ya que la intención era utilizar una asociación de estrógenos con antiandrógeno para regular mejor la menstruación"*.

El medicamento prescrito no es un anticonceptivo, sino que está indicado en terapia hormonal sustitutiva para síntomas de deficiencia estrogénica en mujeres postmenopáusicas y prevención de osteoporosis. Así consta en la ficha del producto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y así lo confirma el informe de la Inspección Médica.

El reconocimiento del error por parte del facultativo y la confirmación de que el medicamento prescrito no estaba indicado para el tratamiento querido por la interesada, unido al lógico convencimiento de ésta de estar siguiendo un tratamiento anticonceptivo eficaz que no le exigía la adopción de mayores precauciones o el uso de otro método para evitar la concepción, se sitúan en la causa del indeseado embarazo por el que se reclama. Comoquiera que dicho convencimiento viene inducido por la actuación del propio médico del SMS, que pauta un tratamiento ineficaz para el deseo anticonceptivo manifestado por la paciente, ni ésta ni su pareja vienen jurídicamente obligados a soportar el daño alegado, que, en consecuencia, ha de reputarse antijurídico.

QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

Como ya quedó apuntado en la Consideración Tercera, el único perjuicio resarcible en la reclamación planteada sería el consistente en un daño moral, limitado al que deriva de la privación de la capacidad de decidir acerca de la propia paternidad o maternidad, así como de haberse sometido a un tratamiento ineficaz, sin que quepa incluir en dicho concepto de perjuicio moral el nacimiento de un hijo.

No obstante, resulta del todo desmesurado valorar el daño moral sufrido en 300.000 euros (150.000 por cada progenitor), no aportando los reclamantes un mínimo criterio o argumento para establecer dicha cifra y no cualquier otra. Si bien es cierto que la propia naturaleza del daño moral lo sitúa en el ámbito subjetivo del interesado, de forma que sólo él será capaz de apreciar en qué medida le afecta, ello no puede amparar pretensiones indemnizatorias absolutamente desproporcionadas. Obsérvese, meramente a efectos ilustrativos, que se está reclamando una cantidad tres veces superior a la que, de conformidad con el baremo establecido por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, correspondería para el caso de muerte del niño, 96.101,05 euros, incluidos daños morales.

El problema radica en que el artículo 141 LPAC no ofrece criterio alguno aplicable para la valoración del daño moral, obligando a quien haya de fijar la cuantía de la indemnización a efectuar un juicio de equidad en el que, con valoración de las circunstancias concurrentes, establezca una cantidad que se considere adecuada para el resarcimiento del perjuicio sufrido. A tal efecto, el Consejo Jurídico es consciente de la dificultad de aplicar el baremo contemplado por la Ley 30/1995, usado de ordinario como referente valorativo del daño personal, a supuestos en los que el perjuicio no se produce como consecuencia de la pérdida de un hijo -daño típico expresamente contemplado en el baremo-, sino por su indeseado nacimiento; pero lo cierto es que la valoración de los daños que de forma apriorística y general contiene la citada Ley constituye el único referente mínimamente objetivo que ofrece el ordenamiento jurídico para la valoración de los daños físicos, de la propia vida humana y de las consecuencias morales que de la producción de aquéllos y de las alteraciones en el normal devenir de ésta se deriven. Por ello, este Consejo Jurídico, en Dictamen 114/2003, que tenía por objeto una reclamación por nacimiento de un hijo como consecuencia de una vasectomía inoperante, efectuó una valoración de tal daño por referencia al baremo, aplicando un porcentaje (el 25% en aquel supuesto) al total de indemnización que allí se señalaba para el fallecimiento de un hijo.

Sin embargo, esta solución, aunque avalada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia 489/2008, de 23 de mayo, no deja de tener un fuerte componente prudencial, en la medida que el porcentaje ha de fijarse, no conforme a criterios normativamente tasados de los que lógicamente carece el baremo de referencia, sino acudiendo a un razonamiento de equidad.

En cualquier caso, este método de cálculo de la indemnización no es seguido por la generalidad de la jurisprudencia, que de forma unánime manifiesta la necesidad de acudir a un juicio estrictamente prudencial que, en equidad, fije directamente una cantidad que resarza el daño moral sufrido. Así, recuerda la STSJ País Vasco 242/2009, de 25 de marzo, que, careciendo de la referencia del baremo, la indemnización habrá de fijarse recurriendo al prudente arbitrio y aplicando para ello los criterios jurisprudenciales relativos al daño moral. La

STS, Sala 3ª, de 19 febrero 2008, con cita de la de la Sala 1ª, de 27 de julio de 2006, advierte del carácter "*borroso, relativo e impreciso*" del daño moral, de forma que "*en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal y dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial*".

Las resoluciones judiciales recaídas en asuntos relativos a la indemnización de este peculiar daño moral derivado del nacimiento indeseado de hijos, especialmente las de los Tribunales Superiores de Justicia, al margen del elevado casuismo propio de tales pronunciamientos, reconocen su carácter indemnizable, identificando el perjuicio con la frustración del derecho a la autodeterminación acerca de la propia paternidad o maternidad, y ello aun cuando se presente como el único realmente producido y acreditado, es decir, sin la concurrencia de efectos lesivos añadidos como dificultades económicas de los padres, riesgos de salud, traumas psicológicos, etc.

En lo que los Tribunales ya no son uniformes es en la valoración de dicho daño, pues existe una amplia horquilla que, despreciando casos aislados extremos, abarca desde los 6.000 hasta los 80.000 euros, identificándose las cifras más bajas, por regla general, con concepciones que no han llegado a término y que han finalizado en aborto (así, 6.000 euros en las SSTSJ Madrid 583/2005, de 27 de junio, y Asturias 238/2008, de 22 de febrero), aunque también hay resoluciones como la STSJ Baleares 812/2002, de 1 de octubre, que fija dicha cantidad (6.000 euros) como indemnización para el daño moral en cuestión, en un supuesto en el que se produjo el alumbramiento.

Sobre este mínimo, las cantidades varían de forma importante en función de los factores concurrentes en el caso, como la aparición de trastornos psicológicos (la STSJ País Vasco, de 4 de marzo de 1998, en un supuesto de aborto terapéutico y trauma psicológico de él derivado concede una indemnización de 18.000 euros); riesgos físicos para la madre (SSTSJ Castilla y León de 19 de septiembre de 2000 (33.055 euros) y 963/2008, de 14 de mayo (21.000 euros); situación económica y número de miembros de la familia (STSJ Andalucía-Sevilla, de 2 de noviembre de 2008 (36.000 euros); Madrid 346/08, de 14 de marzo (60.000 euros); Baleares 812/02, de 1 de octubre (75.800 euros); Castilla y León 1191/2006, de 13 de junio (72.000 euros).

Existen también pronunciamientos judiciales que, por el importe concedido, se separan de forma significativa de las cantidades manejadas de ordinario por los Tribunales para la indemnización de este tipo de daño moral. Así, la STSJ Valencia, de 17 de enero de 2005, condena al Servicio Público de Salud a abonar al demandante la cantidad de 150.253,62 euros, en atención a las necesidades familiares presumibles y los medios económicos disponibles para ello, criterios ambos de cuantificación que son avalados por la STS, Sala 3ª, de 26 de abril de 2006. Este mismo Tribunal Superior de Justicia, en sentencia de 22 de diciembre de 2003,

valora en 40.000 euros la indemnización que corresponde a la frustración del derecho a la autodeterminación sobre la propia paternidad, sin la concurrencia de factores lesivos añadidos.

El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencia de su Sala 3ª de 9 de mayo de 2005, concede una indemnización de 60.000 euros en el caso de una paciente cuya esterilización había sido indicada con fines terapéuticos, para evitar los riesgos que un nuevo embarazo podría ocasionar. Considera el Alto Tribunal que se le genera *"un daño moral de especial relevancia en sus condiciones en cuanto era sabedora de que de su estado podían derivarse daños para su visión, circunstancia de incertidumbre y temor que por sí sola configura dicho daño moral, con independencia de que luego se consumaran o no concretos daños para su visión"*.

Del escenario jurisprudencial expuesto y haciendo abstracción de la inevitable orientación al caso concreto de cada pronunciamiento judicial, puede advertirse que, cuando el daño a indemnizar se limita de forma estricta a la frustración del derecho a la autodeterminación sobre la propia maternidad o paternidad y el embarazo llega a término, las cantidades concedidas en concepto de indemnización se mueven en el entorno de los 10.000 ó 12.000 euros (9.000 euros, la STSJ Extremadura de 15 de mayo de 2008; 10.000 euros, la STSJ Madrid 443/2006, de 30 de marzo; y 12.000 euros, la STSJ Madrid 1346/2008, de 15 de julio).

En el supuesto sometido a consulta, por su parte, si bien se alega por los interesados (de 25 y 28 años de edad) una situación económica precaria y estar todavía en período de formación, ningún esfuerzo probatorio se ha hecho para acreditar tales extremos que, en consecuencia, no pueden darse por ciertos. Tampoco consta en el expediente que hubiera complicaciones en la gestación o riesgos extraordinarios para la salud de la madre y, además, la niña nació sana con parto eutócico y embarazo a término. Del mismo modo, no se acredita que los padres hayan de efectuar un esfuerzo económico desmesurado para poder atender a la niña, como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos en principio no previstos para dicha finalidad.

Por otra parte, el haberse sometido la reclamante a un tratamiento hormonal que se ha demostrado ineficaz como anticonceptivo, no ha tenido consecuencias desfavorables sobre su salud o la de su hija, sin que se hayan llegado a materializar los riesgos que se anudan a cualquier tratamiento farmacológico. El someterse a dicho tratamiento, además, no respondía a una razón terapéutica ni a prescripción facultativa, sino a una decisión de la paciente basada en motivos de planificación familiar.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que el único daño a indemnizar ha de ser el correspondiente a la frustración de la capacidad de autodeterminación acerca de la propia

maternidad y paternidad, en los términos expresados en la Consideración Tercera de este Dictamen, lo que de forma prudencial se valora en 12.000 euros para la pareja de progenitores. Esta cantidad, que se establece con referencia al día en que se entiende producido el daño, habrá de actualizarse a la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo iniciado con la reclamación, para lo que habrá de atenderse a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que declara el derecho de los reclamantes a ser indemnizados por el anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, pues concurren en el supuesto los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

SEGUNDA.- En cuanto al extremo relativo al quantum indemnizatorio, habría de tenerse en cuenta lo expuesto en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.