



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero
Sr. Quijano González, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero y Ponente

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 22 de enero de 2004, ha examinado el *expediente relativo a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por D^a. xxxxxxx xxxxxxx en representación de D^a. yyyyyy yyyyyy yyyyyy*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de noviembre de 2003 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por D^a. xxxxxxx xxxxxxx xxxxxxx en representación de su hija D^a. yyyyyy yyyyyy yyyyyy por daños producidos por asistencia sanitaria*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de diciembre de 2003, se procedió a darle entrada en el Registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 55/2003, iniciándose el cómputo del plazo para su evacuación, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 53 del Decreto 102/2003, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- D^a. yyyyyyy yyyyyy yyyyyy (nacida el 5 de julio de 1983) ingresa en el Hospital Comarcal de mmmmmmm el 20 de junio de 1992 con un cuadro de abdomen agudo. Se la interviene de forma urgente quirúrgicamente, extirpándole el ovario izquierdo, afectado por una tumoración quística. En el parte de la operación se indica que no se observa el ovario derecho, únicamente una pequeña placa de 2 x 1 cms. de tejido blanco-amarillento que



se biopsia como posible tejido ovario distrófico, y cuyo fragmento se pierde durante el procesamiento del mismo en el Servicio de Anatomía Patológica.

Con posterioridad al alta hospitalaria la paciente presenta una insuficiencia ovárica secundaria a la anexectomía izquierda, con ascenso de la FSH y LH (hipogonadismo hipergonadotrópico). Se comienza entonces tratamiento hormonal sustitutivo con un estrógeno aislado para no interferir en el crecimiento de la niña.

En enero de 1993, al presentar la paciente metrorragias frecuentes sin ritmo, con ferropenia secundaria, se la aplica un tratamiento con Triagynon.

Los posteriores controles clínicos indicaron un descenso importante de de las gonodotropinas (FSH y LH) con respecto a los valores previos.

Trasladada en 1999 la familia a xxxxxxxx (xxxxxx) es atendida en el Hospital de la vvvvvvvvvvvvv. En agosto de 2000 se suspende el tratamiento con Triagynon, comprobándose niveles hormonales propios de una chica de su edad. Posteriormente se descubre que la paciente sí tiene ovario derecho y que es normal.

Segundo.- Mediante escrito fechado el 20 de marzo de 2001, Doña xxxxxxxx xxxxxx xxxxxxxx, en representación de su hija yyyyyyy yyyyyy yyyyyy, se dirige al Hospital Comarcal de mmmmmmmmm, solicitando una indemnización, sin especificar cantidad alguna. Basa su petición en que se cometió un error o negligencia muy grave, haciéndole a su hija con las pastillas de Triagynon mucho daño físico, y afectándole psicológicamente, pues se le explicó con 9 años que no podía tener hijos como otra mujer normal.

Tercero.- Con fecha 16 de enero de 2003 la Inspección Médica emite informe en el que resumidamente concluye lo siguiente:

1. *“Es evidente que existió un fallo en el año 92 cuando fue intervenida por los Dres. sssss y dddddd y se explicitó que “no se observaba ovario derecho” únicamente una pequeña placa de 2 x 1 cm. de tejido blanco-amarillento que se biopsia (como posible tejido ovario distrófico) y cuyo fragmento se pierde durante el procesamiento del tejido en el Servicio de Anatomía Patológica.*



2. *Ahora bien, esta paciente con posterioridad a la intervención, presentó como así lo avalan los análisis que le realizaron un "hipogonadismo hipergonadotropo" que amparaba el tratamiento hormonal sustitutorio que se le realizó (con independencia del estado de su ovario derecho) como así lo demuestra la regulación que se consiguió tanto de sus niveles estrogénicos como de los gonadotrópicos y en ningún momento supuso una mayor alteración fisiológica que la que le puede corresponder a cualquier persona que toma anticonceptivos, consiguiéndose como nos relata el Dr. nnnnnnn un "útero y ovario derecho normal en la actualidad".*
3. *Por tanto no se ha aportado prueba alguna de que el tratamiento seguido, por un lado no fuera necesario y en mayor abundancia que ocasionara daño físico alguno."*

Finalmente considera que: *"hay que reconocer que hubo un error de nuestros servicios médicos, pero del que por suerte no se ha derivado daño físico para la paciente y sólo cabría contemplar, la afectación psicológica que ha podido suponer, el creer que no podría tener hijos propios y que en su caso habría que valorar."*

Cuarto.- En escrito de 3 de febrero de 2003 la compañía de seguros zzzzzzzzz informa al Hospital de mmmmmmmmmmm que los hechos objeto de reclamación son anteriores a la vigencia de la póliza contratada.

Quinto.- El 14 de febrero de 2003 se persona en el expediente D^a. yyyyyyy yyyyyyy yyyyyyy, solicitando vista de todas las actuaciones.

Sexto.- El 21 de febrero de 2003 se notifica a la interesada que ha finalizado la instrucción y se la concede trámite de audiencia. El 7 de marzo la interesada solicita que se le remita fotocopia de los documentos obrantes en el expediente. El 14 de marzo de 2003 la interesada recibe la documentación pedida. El día 27 del mismo mes la representación de D^a. yyyyyyy yyyyyyy yyyyyyy alega que el inspector médico ha reconocido la existencia de un error en los servicios médicos, propone una terminación convencional y valora la indemnización en cuarenta y dos mil setenta euros con ochenta y cinco céntimos de euro (42.070,85 euros).

Séptimo.- El 31 de octubre de 2003 el Director General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud firma propuesta de resolución del



expediente, considerando que debe estimarse parcialmente la reclamación, indemnizándose a la interesada con tres mil euros (3.000 euros).

Octavo.- La anterior propuesta es remitida el 6 de noviembre de 2003 a la Dirección General de Administración e Infraestructura de la Gerencia Regional de Salud. El día 10 del mismo mes el Director General de Administración e Infraestructura firma propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, estimando parcialmente la reclamación de D^a. yyyyyy yyyyyy yyyyyy, con una indemnización de tres mil euros (3.000 euros). Esta propuesta asume el informe de la Inspección Médica, entendiendo que hubo error al afirmar en la descripción de la operación que no había ovario derecho, pero mantiene que el tratamiento hormonal posterior fue correcto y adecuado, sin que además se constaten, a resultas del mismo, daños físicos apreciables, ni afectación psicológica de relevancia. Considerada, no obstante, que cabe apreciar daño moral, porque con posterioridad a los 14 años el tratamiento, sin ser perjudicial, posiblemente fuera innecesario, y porque sobre todo a partir de los 15 años la noticia de la carencia de ovarios y la consiguiente dificultad para la procreación pudo causar a la paciente desazón, incertidumbre y desasosiego. Ese daño lo cuantifica en tres mil euros, admitiendo el componente subjetivo en la valoración.

Noveno.- El 17 de noviembre de 2003 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad emite informe favorable a la propuesta de orden y no formula objeción alguna de legalidad.

Décimo.- En el expediente consta el historial clínico completo, en el que se incluye informe del Servicio de Pediatría del Hospital de mmmmmmm de 3 de abril de 2001 sobre lo acontecido, así como informe del Hospital vvvvvvvvvv que recoge resultados de ecografía (10 de septiembre de 2001), especialmente la existencia de ovario derecho normal.

Y, en tal estado del expediente, V.E. dispuso su remisión al Consejo Consultivo de Castilla y León para que evacuara dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León emite dictamen en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4.1.h,1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, por el que se determina el orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El artículo 106,2 de la Constitución establece que "*los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos*".

La referencia constitucional a la Ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Tales preceptos han sido desarrollados reglamentariamente por el 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*.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 1-3-1998; 21-4-1998; 29-10-1998; 28-1-1999; 1 y 25-10-1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 27-3-2003, expte.nº 183/2003; 6-2-2003, expte. nº 3583/2002; y 9-1-2003, expte. nº 3251/2003), la responsabilidad patrimonial de la Administración pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.



c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

Además en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *"lex artis"* como modo de determinar cuál es la actuación médica concreta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

3ª.- Ante todo, procede señalar que concurren en el interesado los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que la competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

No es ajeno este Consejo a la polémica que puede suscitar el caso analizado en relación con la atribución de la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haberse iniciado antes de la fecha de efectividad del traspaso de competencias a la Comunidad de Castilla y León (1 de enero de 2002, conforme letra k) del Acuerdo de traspaso aprobado por Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre). Quedaría solventada tal cuestión mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003, que establece en un supuesto de denegación presunta por silencio administrativo y teniendo en cuenta el traspaso a la Comunidad Autónoma de Madrid de las



funciones y servicios del INSALUD, con efectos desde el primero de enero de 2002, que *“hemos de considerar aplicable la doctrina que establecimos en Sentencia de 30 de junio de 2003, en la que decíamos que si bien es cierto que la función del silencio administrativo es posibilitar al administrado el acceso al control jurisdiccional de la legalidad de la petición no contestada por la Administración, de modo que más que un acto en sentido estricto, es un eficaz medio para garantizar que aquel podrá acceder a una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos frente a la falta de respuesta expresa de la autoridad administrativa, sin embargo ello no obsta a que la atribución presunta de una determinada voluntad a la Administración, como consecuencia de aquella inactividad dentro del plazo legalmente establecido, no deba residenciarse en un determinado órgano administrativo, que, en su caso, habrá de ser normalmente el que fuere competente a la fecha en que aquella presunción se pudo hacer realidad como consecuencia del transcurso del mencionado término, puesto que con su conducta de pasividad es el que dio lugar a que a la voluntad administrativa se le pueda dar un sentido definido, en orden a poder acudir a su control jurisdiccional”*.

De lo anteriormente expuesto se deduciría que se ha asentado la doctrina de que los servicios de salud de las Comunidades Autónomas no asumen las deudas derivadas de supuestos de responsabilidad patrimonial reclamadas antes del 30 de junio de 2001, incluso cuando la demanda contra la entidad gestora se interponga en el año 2002, puesto que el órgano competente para conocer de la reclamación *“es aquél que dio lugar a que se interpusiera la demanda”*. Aplicada esta conclusión a expedientes de responsabilidad patrimonial sanitaria iniciados antes de 30 de junio de 2001, resultaría que sería la Administración del Estado (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, Ministerio de Sanidad).

En cualquier caso, este Consejo entiende que habiéndose tramitado en gran parte el expediente por la Administración autonómica (Gerencia Regional de Salud), asumiendo la misma, en consecuencia, el procedimiento, en el estado actual de la cuestión competencial, cabe la resolución por el Consejero de Sanidad de la Junta de Castilla y León. Es esta una medida prudente, que evita perjuicio al administrado y que es congruente con la tramitación efectuada, conforme a la doctrina de los actos propios.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento



Administrativo Común. En efecto, consta que lo hizo con fecha 20 de marzo de 2001, antes de transcurrir un año desde la fecha en que aparecen las primeras pruebas indicativas de que la interesada tenía un ovario derecho normal, planteándose la posible existencia de error médico (agosto-septiembre del año 2000). Aunque no consta fecha de registro de entrada de la inicial solicitud de 20 de marzo de 2001, no cabe duda que ésta da lugar al inicio de la instrucción del expediente, con actuaciones realizadas antes de agosto-septiembre del año 2001.

4.- Entrando al fondo del asunto, este Consejo comparte en lo fundamental el criterio de la propuesta de orden de 10 de noviembre de 2003 del Director General de Administración e Infraestructuras, reflejado en su fundamento de derecho V, que conduce a indemnizar a la interesada con la cantidad de 3.000 € en concepto de daño moral.

Es acertado desechar la posibilidad de indemnizar a la reclamante por el tratamiento hormonal recibido, porque no se le produjeron a consecuencia del mismo daños físicos ni psíquicos apreciables, más allá de los posibles efectos secundarios menores y de las molestias inherentes a estar sometida a aquél, y porque, lo que es más importante, el tratamiento prescrito fue correcto y necesario, basado en una afección real -hipogonadismo hipergonadotropo-, independiente de la situación del ovario derecho, y con buenos resultados: se regularon satisfactoriamente sus niveles estrogénicos y gonadotrópicos. En consecuencia no hubo daños físicos ni psíquicos apreciables, y aunque los hubiera habido, los mismos derivarían de un tratamiento acertado. En consecuencia, no hay cumplimiento del requisito de daño, y sobre todo, queda excluido el carácter antijurídico del mismo. Esta conclusión es clara y se basa en el examen del conjunto del expediente, de la historia clínica y de los informes médicos que obran en aquél. A mayor abundamiento, la parte reclamante no efectuó alegaciones contra el informe de la Inspección Médica de 16 de enero de 2003, que mantiene la tesis expuesta, en su aspecto técnico (copia de dicho informe se le remitió el 14 de marzo de 2003, según se señaló en el antecedente de hecho sexto); sólo se apoya en él para manifestar que hubo error médico, sin especificar si en lo referente en el tratamiento hormonal o a la afirmación de falta de ovario derecho.

Respecto al daño moral son distintas las conclusiones. En todo caso, tal daño no resultaría del tratamiento hormonal, ya que éste fue correcto y necesario, excluyendo, pues, que las molestias o sufrimientos morales anejos al mismo fueron antijurídicos. El daño moral se refiere al error en la descripción



de la operación de extirpación del ovario izquierdo, al afirmarse que no había ovario derecho, cuando lo cierto es que posteriormente la reclamante sí lo tiene y es normal.

Que hubo error en tal afirmación parece evidente, al menos con los datos que constan en el expediente. El citado informe de la Inspección Médica así lo entiende. No constan además en el expediente datos técnicos indicativos de que, dada la edad de la niña (8 años y 11 meses) y las circunstancias de la operación, esa afirmación fuera correcta. Hubo pues error.

Este Consejo entiende que tal error tuvo la entidad suficiente para provocar en la reclamante un daño moral. Ésta llegó a tener conocimiento de las afirmaciones del equipo médico que la operó, no desmentidas en ningún momento por los servicios médicos que luego siguieran tratándola. Es razonable pensar que la noticia, mantenida en el tiempo, de que no tenía ovarios –el izquierdo extirpado, el derecho inexistente-, hubo de provocar en la reclamante, niña primera, adolescente después, las manifestaciones típicas con la que la jurisprudencia y el Consejo de Estado han caracterizado al daño moral: malestar, inquietud, desazón, tristeza, impacto emocional, etc... (entre otras de igual sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1999). Aquí cabe precisar que aunque no haya una prueba directa de ese daño, basta la prueba del hecho causante, deduciéndose aquél lógicamente, salvo prueba en contrario de la Administración. Lo cierto es que el hecho causante está probado: fue errónea la afirmación de que la reclamante no tenía ovario derecho y la misma conoció tal afirmación (tanto la reclamación inicial de la madre, como el conjunto de las circunstancias del caso, llevan a concluir esto último, no existiendo indicios o datos que lleven a pensar que permaneció siempre ajena a esa información equivocada).

Del hecho causante –creencia equivocada, por error médico, de que no tenía ovario derecho y de que, por tanto, no podría ser madre de hijos propios-, se deduce en buena lógica el daño moral: sufrimiento, pesar, inquietud, que en una mujer –niña y adolescente- ha de provocar tal creencia, al ver truncadas para siempre sus naturales expectativas de maternidad. No hay, por otro lado, prueba en contrario de que tal daño no se haya producido.

Probado pues, el daño moral, resta valorarlo, partiendo de la abundante jurisprudencia que advierte de las dificultades que ella implica, por la carencia de parámetros o módulos objetivos en que basarse, cobrando importancia el componente subjetivo (se asume aquí las citas jurisprudenciales que



acertadamente trae a colación la propuesta de orden en su fundamento de derecho V al tratar esta cuestión, recordándose especialmente además, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1995 y 20 de julio de 1996, según las cuales, el daño moral *“por su naturaleza afectiva y de «pretium doloris», carece de parámetros o módulos objetivos para determinarlo. Todo lo cual conduce a una valoración que, aunque siempre tendrá componente subjetivo, habrá de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad”*. Dicho esto, el Consejo Consultivo está de acuerdo con la valoración efectuada con la propuesta. Tres mil euros es una cantidad adecuada para resarcir a una mujer que en los albores de su adolescencia toma conciencia equivocadamente de que no podrá tener hijos propios, creencia mantenida hasta que se descubre el error inicial, que de no haberse producido hubiera evitado a la joven dolorosas incertidumbres y lógicas tristezas.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcialmente en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado por reclamación de Doña xxxxxxxxxx xxxxxx xxxxxx en representación de su hija D^a. yyyyyyy yyyyyyy, por entender que resulta conforme con el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.