

Expediente Núm. 100/2014
Dictamen Núm. 125/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de junio de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de marzo de 2014 -registrada de entrada el día 1 de abril de 2014-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de julio de 2013, la interesada presenta en las dependencias de Correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye al fracaso y a la negativa posterior a realizarle un tratamiento de fecundación asistida.

Expone que “tras varias pruebas (...) se le diagnostica esterilidad y se le remite a la Unidad de Reproducción Asistida”, donde se “le realizan 4 ciclos de

inseminación, uno de ellos cancelado”, especificando que el cuarto tuvo lugar en febrero de 2011 “con resultado de gestación”. Tras sufrir un aborto espontáneo, el 1 de julio de 2011 acude al referido “Servicio para ver si puede iniciar el tratamiento” y se la cita para septiembre. En el mes indicado “vuelve dos veces a la Unidad, en la primera cita le dicen que van a valorar su caso (...) y en la siguiente que no van a poder realizarle el tratamiento, que hay órdenes desde la Consejería de Sanidad de no realizarlo a mujeres solas (...). Con fecha 26 de septiembre le mandan un informe de la Unidad en el que se le da el alta sin que la haya pedido ni le expliquen las órdenes o el protocolo de inclusión y requerimientos para la realización de tratamiento de reproducción asistida, tal como solicita verbalmente”.

Valora los “daños ocasionados” en setenta y cinco mil euros (75.000 €), y solicita “la apertura del trámite de prueba”, interesando que se aporte al procedimiento su “expediente médico completo”.

2. El día 13 de agosto de 2013, el Responsable del Área de Reclamaciones del Hospital remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios el parte de reclamación y una copia de la historia clínica de la interesada.

Entre otros documentos, consta en aquella el informe de la Unidad de Reproducción Asistida, de fecha 26 de septiembre de 2011, en el que figura la fecha de nacimiento de la paciente (10-06-1971), y se afirma, en relación con el tratamiento recibido, que “se realizaron tres ciclos de IAD de octubre de 2010 a febrero de 2011, con embarazo y aborto del último ciclo”. Como comentario, añade que “la paciente vuelve en septiembre de 2011 para valorar seguir con los tratamientos y, valorado el caso en sesión, se decide darle el alta por tener 40 años cumplidos”. En la hoja de curso clínico correspondiente al “23-9-11” se anota que “no entra por 40 años./ No entra por imperativo legal”.

Mediante oficio de 24 de septiembre de 2013, se le traslada el informe elaborado por la Unidad de FIV. En él se señala que se consiguió una gestación

en el cuarto ciclo de "inseminación intrauterina con semen de donante, previa estimulación ovárica controlada (...), que finaliza con aborto diferido que se solucionó con tratamiento médico, consultando de nuevo en nuestra Unidad el 1-7-11 en donde expresa su deseo de realizar dos ciclos más de inseminación artificial con semen de donante, descartando realizar FIV./ Evaluado el caso en sesión clínica el 23-9-11 se decide alta (...) por edad mayor de 40 años y ausencia de pareja".

3. Con fecha 1 de octubre de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios notifica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos del silencio administrativo.

4. Mediante providencia del Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario de 7 de octubre de 2013, se procede a incorporar al procedimiento la siguiente documentación:

a) Reclamación formulada por la interesada el 4 de noviembre de 2011. En ella, tras relatar el proceso en términos similares a los ahora manifestados, solicita que se la incluya "de nuevo como paciente de la Unidad para realizar los dos ciclos" que restan, considerando violados los derechos que "como paciente y mujer" le garantiza la "Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias". También solicita que se sancione la conducta de la Unidad de Reproducción Asistida.

b) Contestación de la Directora General de Asistencia Sanitaria, de 11 de noviembre de 2011, en la que se afirma que la interesada no padece esterilidad, no presentando "causa anatómica o funcional que le impida tener hijos", por lo que, "de acuerdo con lo establecido en el apartado 5.3.8 del anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (...), la usuaria no sería tributaria de un tratamiento de reproducción (...) financiado con cargo a la

sanidad pública". Por ello, "no cabe (...) acceder a la solicitud (...) de ser incluida como paciente en la Unidad de Reproducción Asistida".

c) Escrito dirigido por la Procuradora General del Principado de Asturias, el 30 de diciembre de 2011, a la Consejería de Sanidad sobre la queja planteada por la reclamante.

d) Escrito remitido por la perjudicada al Consejero de Sanidad el 14 de diciembre de 2012, en el que solicita que se reinicie el tratamiento. En él se afirma que "con fecha 3 de enero de 2012 se envía queja al Defensor del Pueblo, recibiendo contestación el 20 de octubre de 2012 en la que se le informa que ha realizado con fecha 11 de octubre una recomendación a la Consejería consistente en que se "me reconozca el derecho a continuar con la prestación sanitaria". Asimismo, indica que sufre un problema de esterilidad dado que se le ha diagnosticado "hidrosalpinx", que es uno "de los factores más claros de esterilidad tubárica".

5. Con fecha 8 de octubre de 2013, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él se concluye que la interesada recibió el alta el "26 de septiembre de 2011. Posteriormente, el 4 de noviembre de 2011, reclamó contra la misma y recibió contestación de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, de fecha 11 de noviembre de 2011 (...), denegándole su inclusión en el tratamiento por no estar incluido en la cartera de servicios. Si bien no consta acuse de recibo de este escrito, es obvio que lo recibió, ya que contra esta decisión presenta una queja ante la Procuradora General del Principado el 3 de enero de 2012". Puesto que "los hechos (...) han quedado perfectamente fijados en el escrito de contestación de la Dirección General de Asistencia Sanitaria (...), determinando así el *dies a quod*", e incluso, tomando como referencia la fecha del "3 de enero de 2012 (...), en la que interpone una queja ante la Procuraduría General del Principado (...), la acción está prescrita", por lo que la reclamación ha de ser desestimada.

6. El día 20 de enero de 2014, se incorpora al expediente un informe jurídico elaborado por un gabinete privado a instancias de la compañía aseguradora.

En él se indica que la "resolución dictada por la Directora General de Asistencia Sanitaria de fecha 11 de noviembre de 2011, frente a la que no se interpone recurso alguno", comporta la existencia de un "acto administrativo firme" que "deviene en irrecurrible". Y en términos similares a los contenidos en el informe técnico de evaluación, se concluye que "la acción ejercitada (...) estaría prescrita".

Sobre el fondo del asunto, y con base en las conclusiones de un informe pericial elaborado por dos especialistas -uno en Obstetricia y Ginecología y el otro en Anatomía Patológica- que acompañan, y que también ha sido realizado a instancia de la entidad aseguradora, sostienen que la actuación médica resulta conforme a la *lex artis*. Tras analizar el éxito de los tratamientos de reproducción asistida en relación con la edad de la mujer, concluyen que "la denegación de realizar más ciclos de inseminación artificial con semen de donante a (la interesada) ha sido correcta. No existe, por tanto, mala praxis médica". Igualmente, sostienen que la decisión de excluirla del tratamiento "es conforme a la norma" -apartado 5.3.8 del anexo III del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud-, por lo que "no es antijurídica".

En cuanto al daño alegado, afirman que "no existe daño", y que la interesada "solicita una indemnización arbitraria respecto a la que no concreta los parámetros en base a los cuales se petitiona".

Con base en ello, concluyen que "no procede otorgar indemnización" a la reclamante.

En el informe técnico que acompañan se indica que "el coste eficacia de realizar más ciclos de inseminación artificial con semen de donante (a la interesada) es exiguo". Manifiestan que "si seguimos textualmente la Ley de Reproducción Asistida española vigente (...), en su artículo 3 (Condiciones

personales de la aplicación de las técnicas), se puntualiza de forma explícita (...): Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito (...). Por todo ello, consideramos adecuada la denegación de realizar más ciclos de inseminación artificial con semen de donante a (la interesada), dejando abierta la puerta a que pueda buscar una gestación a término (con menos probabilidades si se recurre a la FIV-ICSI con óvulos propios, con posibilidades muy razonables si se recurre a la 'adopción de embriones donados criopreservados' y con máximas si se recurre a un tratamiento de FIV-ICSI con embriones derivados de una donación de ovocitos y semen de donante".

7. Mediante escrito notificado a la interesada el 12 de febrero de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

8. Con fecha 28 de febrero de 2014, la reclamante presenta en el registro de la Delegación del Gobierno en Asturias un escrito de alegaciones. En él señala, sobre la inexistencia de "diagnóstico alguno de esterilidad", que "la Unidad emitió un diagnóstico de esterilidad por factor masculino, por lo que comenzó el tratamiento, siendo informada de que (...) tenía derecho a un máximo de seis ciclos de inseminación artificial (...) y un máximo de tres ciclos de fecundación in vitro", y que la Administración vulneró "el derecho fundamental de igualdad" de la interesada al suspender el tratamiento "discriminándola en relación a otras mujeres" en sus mismas circunstancias. El cese en el tratamiento se realizó prescindiendo "del procedimiento legalmente establecido para la revisión de oficio de actos declarativos de derechos", suspendiendo el tratamiento "por la vía de hecho y sin mayores formalidades legales". De ahí que haya "sufrido daños morales motivados (...) por la suspensión del tratamiento (...) que se

traducen en una merma considerable de su bienestar físico, psicológico y social” que “justifican la reclamación económica solicitada”.

Por lo que se refiere a la posible prescripción, afirma que “si bien la denegación del tratamiento (...) se produjo en el año 2011 y la reclamación previa se presentó en el año 2013, hay que referir que por parte de la Procuradora General del Principado se abrió un expediente sobre el asunto de referencia en enero de 2012, con la correspondiente solicitud a dicha Consejería, presentando como conclusión a dicho expediente una solicitud recomendando la continuación del tratamiento con fecha de 17 de octubre de 2012, siendo desestimada la misma por Resolución de la Dirección General de Asistencia Sanitaria, con fecha de 26 de noviembre de 2012”, lo que, a su juicio, “interrumpe cualquier tipo de prescripción al efecto”.

9. El día 14 de marzo de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, en términos similares a los contenidos en el informe técnico de evaluación, al considerar que la reclamación se presenta una vez transcurrido el plazo de un año de prescripción, y que “en ningún caso puede admitirse la pretensión de la reclamante relativa a que la queja interpuesta ante la Procuradora General del Principado pueda tener efectos interruptivos de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de marzo de 2014, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

CUARTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven 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, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares,

sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- En el supuesto ahora examinado, la reclamación se fundamenta en la denegación de una prestación sanitaria a la que la interesada consideraba tener derecho; en concreto, un tratamiento de reproducción asistida que le fue denegado de modo expreso por la Dirección General de Asistencia Sanitaria a la vista de su reclamación. Frente a ello la perjudicada no reacciona en vía judicial, sino que opta por presentar una “queja” ante la Procuradora General del Principado de Asturias y posteriormente una reclamación de responsabilidad patrimonial. Por tanto, dejando al margen otras posibles consideraciones legales sobre la efectividad del daño y su antijuridicidad, hemos de analizar, en primer lugar, si la reclamación por los daños que atribuye a tal exclusión ha sido formulada dentro del plazo legalmente determinado.

En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. Fundamentada la reclamación en la denegación de un tratamiento, la

misma se documenta en un informe de alta de la Unidad de Reproducción Asistida de fecha 26 de septiembre de 2011 en el que se indica que el alta se decide “en sesión (...) por tener 40 años cumplidos”. Tomando como referencia dicho documento, que la reclamante manifiesta conocer desde esa misma fecha (afirma en su escrito de reclamación que “con fecha 26 de septiembre le mandan un informe de la Unidad en el que se le da el alta sin que la haya pedido”), y dado que presentó su escrito en las dependencias de Correos el día 29 de julio de 2013, la reclamación se habría formulado una vez vencido el plazo de prescripción anual. En todo caso, y en el sentido más favorable a los intereses de la perjudicada, cabría considerar que el 11 de noviembre de 2011, y en respuesta a su reclamación frente al alta, en la que instaba la continuidad del tratamiento, la Directora General de Asistencia Sanitaria resuelve no acceder a su solicitud “de ser incluida como paciente en la Unidad de Reproducción Asistida”, por lo que desde el momento en que haya recibido esta comunicación conoce todos los datos, tanto fácticos como jurídicos, en los que fundamentar una posible reclamación de responsabilidad patrimonial; fecha que, en aplicación del principio de la *actio nata*, hemos de considerar como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción. Y aunque no consta la misma, y existen ciertas incoherencias en el relato de los hechos posteriores, lo cierto es que obra en el expediente -folio 82- una comunicación de la Procuradora General del Principado de Asturias dirigida a la Consejería de Sanidad en relación con la queja presentada por la ahora interesada en la que “sustancialmente muestra su disconformidad contra la decisión de la Consejería de Sanidad, de fecha 11 de noviembre de 2011, de no incluirla como paciente en la Unidad de Reproducción Asistida”. Teniendo en cuenta que el escrito de la Procuradora está fechado el día 30 de diciembre de 2011, y aun considerando esta última fecha como la de inicio del cómputo, es claro que la reclamación formulada el día 29 de julio de 2013 lo ha sido fuera del plazo de prescripción de un año, por lo que ha de ser desestimada.

En el trámite de alegaciones sostiene la interesada que el escrito de queja y las posteriores actuaciones que detalla, tanto de la Procuradora -refiere una recomendación de 17 de octubre de 2012- como de la propia Administración autonómica -una Resolución de la Dirección General de Asistencia Sanitaria de fecha 26 de noviembre de 2012-, habrían interrumpido el cómputo del plazo. Sin embargo, además de poner de manifiesto que no consta incorporada al procedimiento la documentación que acredita la realidad de tales actos, lo cierto es que el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Procuradora General del Principado de Asturias, aprobado por el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias en sesión celebrada el día 30 de noviembre de 2006, determina de modo expreso que las actuaciones de la Procuradora no interrumpen los plazos previstos en las leyes de los procedimientos correspondientes. En efecto, el artículo 13, titulado Régimen de funcionamiento, dispone en su apartado 2 que “La presentación de una queja ante el Procurador General, así como su posterior admisión, si procediera, no suspenderá en ningún caso los plazos previstos en las leyes para recurrir, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, ni la ejecución de la resolución o del acto afectado. Se informará de ello a los ciudadanos que presenten la queja”; norma que, por otro lado, es sustancialmente idéntica a la que regula el procedimiento de queja ante el Defensor del Pueblo (artículo 27.2 de su Reglamento, BOE núm. 92, de 18 de abril de 1983).

En definitiva, la determinación del plazo para presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial no puede dejarse al arbitrio de los propios interesados. Por ello, una vez que la perjudicada conoce los datos de la actuación que -según afirma- le produce un daño que ha de ser resarcido (en este caso la negativa de la Administración a incluirla como paciente en la Unidad de Reproducción Asistida) disponía del plazo de un año para presentar el escrito de solicitud de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, optó por ejercitar la vía del procedimiento de queja ante la Procuradora General, que no suspende el cómputo de los plazos legales de prescripción dispuestos en el

procedimiento de responsabilidad patrimonial, y, en consecuencia, la reclamación formulada resulta extemporánea.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.