

Expediente Núm. 248/2014  
Dictamen Núm. 237/2014

**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 16 de octubre de 2014, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 16 de septiembre de 2014 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de la denegación en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en el ámbito de la sanidad pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 25 de abril de 2014, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una “reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por (...) la injusta denegación de asistencia sanitaria en materia de reproducción humana asistida por parte de la Consejería

de Sanidad y del Servicio de Salud del Principado de Asturias". Expone a tales efectos que, "el 18 de abril de 2011 (...) se le denegó el acceso a las técnicas de reproducción asistida a través de la sanidad pública, teniendo a que acudir a la sanidad privada para hacer efectivo su derecho a la maternidad libremente decidida". Prosigue su relato de hechos indicando la interesada que, "con fecha 17 de abril de 2012, interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la denegación de asistencia sanitaria en materia de reproducción humana asistida (...). El 10 de agosto de 2012, le fue notificada resolución de 16 de julio de 2012, del (...) Consejero de Sanidad (...), por la que acordaba inadmitir la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada (...), sobre la base de que tal reclamación constituía 'una reclamación accesorio y dependiente de la primera', por lo que 'cualquier responsabilidad patrimonial que pretenda derivarse de una denegación de una determinada prestación asistencia requiere, como presupuesto previo, un pronunciamiento, a través del procedimiento que corresponda, de que tal situación se ha producido'./ El 10 de septiembre de 2012, interpuso recurso de reposición (...) contra la citada resolución que fue desestimado por resolución de 6 de noviembre de 2012 del (...) Consejero de Sanidad, confirmando la inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial". Indica que "en fecha 20 de abril de 2012, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social de Avilés por la denegación de la prestación sanitaria de reproducción asistida./ El Juzgado de lo Social N.º 2 de Avilés dictó sentencia (...) desestimando la demanda, que fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (...). El 26 de abril de 2013, la Sala (...) dictó Sentencia (...) que estimó parcialmente el recurso de suplicación planteado por la actora, declarando su derecho a que le sea facilitado el acceso a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente, así como a ser reintegrada de los gastos que se declararon probados en cuantía de 7.723,35 euros, condenando a los demandados, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y Servicio de Salud del Principado de Asturias./ Dicho importe, según la

propia sentencia (...) corresponde a los gastos asumidos por la actora derivados de la realización de cuatro ciclos de inseminación artificial en la sanidad privada". Finaliza su relato señalando que "durante el desarrollo del procedimiento judicial, la actora continuó con los tratamientos de reproducción asistida en la sanidad privada, sometiéndose a un quinto ciclo de inseminación artificial y a un primer ciclo de fecundación in vitro, cuyos gastos no fueron tenidos en cuenta en el procedimiento y no le han sido reintegrados (...). Al margen de los gastos médicos y farmacéuticos soportados, debido a la injusta negativa de la sanidad pública asturiana a proporcionar a la reclamante, ni siquiera pagando, la prestación sanitaria de reproducción asistida, ha tenido que soportar otros daños y perjuicios que no tiene la obligación de soportar".

En lo que se refiere a los daños y perjuicios que entiende le han sido causados por los hechos anteriormente relatados, y cuya indemnización tras la oportuna valoración solicita, la interesada distingue entre lo que ella misma denomina "daños económicos" y los "daños personales".

Comenzando por los "daños económicos", señala como tales "el menoscabo económico ocasionado por los gastos médicos y farmacéuticos derivados de la realización de técnicas de reproducción asistida a través de la sanidad privada, así como por los gastos de desplazamiento realizados", que la reclamante cuantifica en 11.144,26 €, de los que 1.692,56 €, en concepto de daño emergente, se corresponden con los gastos derivados del "quinto ciclo de inseminación artificial con semen de donante"; 9.081,99 € a los que asciende, también como daño emergente, el "primer ciclo de fecundación in vitro"; correspondiendo los 369,71 € restantes hasta alcanzar el total reclamado en concepto de "daños económicos", a lo que la interesada califica como "lucro cesante que debe ser tenido en cuenta y, por analogía, estableciendo para su cálculo como fecha de inicio la de cada uno de los desembolsos realizados y como fecha final, la de la sentencia, conforme al interés legal del dinero en el período de tiempo resultante (4%)".

En lo que respecta a los “daños personales”, la interesada conceptúa como tales “el menoscabo de su salud debido a la negativa a tratarla de la sanidad pública (...), que le ocasionó daños psicológicos, que derivaron en una baja laboral por un trastorno adaptativo ansioso, incapacitante para la realización de su ocupación habitual desde el 29-04-2011 hasta el 20-06-2011. Es decir, un total de 52 días de baja impeditiva (...). Asimismo, se ha de tener en cuenta que como consecuencia de ese trastorno adaptativo ansioso tuvo que recibir tratamiento psicológico desde el 20-04-2011 hasta el 6-11-2013, por lo que, además de los días impeditivos, se han de tener en cuenta otros 869 días no impeditivos”. Bajo esta premisa, y aplicando los diferentes baremos anuales vigentes a lo largo del periodo en el que esta situación se prolongó, incrementado en cada caso por un factor de corrección del 10%, la reclamante fija “el importe total de indemnización por los daños personales soportados, incluidos los daños morales”, en un total de 32.427,51 € de los que 3.161,44 € corresponderían a 52 días impeditivos, desde el 29-04-2011 hasta el 20-06-2011, y los 29.266,07 € restantes a 869 días no impeditivos, desde el 20-04-2011 hasta el 6-11-2013.

En consecuencia asciende el total reclamado por todos los conceptos, “daños económicos” y “daños personales”, a la cantidad de cuarenta y tres mil quinientos setenta y un euros con setenta y siete céntimos (43.571,77 €).

Adjunta a su escrito los siguientes documentos: a) Facturas y justificantes relativos al “quinto ciclo de inseminación artificial con semen de donante”, y al “primer ciclo de fecundación in vitro”. b) Parte médico de baja de incapacidad temporal por enfermedad común de fecha 29-04-2011 y parte médico de alta de incapacidad temporal por inspección de fecha 20-06-2011. c) Informe de una Psicóloga Clínica del Centro de Salud Mental ..... de fecha 13 de noviembre de 2013, en el que, referido a la asistencia prestada a la ahora reclamante, se indica que la paciente “realiza la última demanda en Salud Mental el 20 de abril de 2011 derivada por su MAP por ‘ansiedad. Paciente conocida de nuestro servicio con dx de sd ansioso, por problema social

importante, acude con descompensación emocional, con crisis de ansiedad. Solicito apoyo psicológico’./ Antecedentes asistenciales. Paciente conocida en estos servicios de salud mental desde 2006. Realiza una nueva demanda en 2007./ Valorada y tratada por digestivo y nutrición por ‘diarrea crónica en posible relación con síndrome de colon irritable’./ Es valorada por psicología dado que rechaza tratamiento psicofarmacológico en este proceso. En la exploración clínica la paciente manifiesta importante crisis emocional, se presenta con un discurso acelerado, alterada, con importante explosión verbal. Relaciona su malestar psicológico con la negación que ha recibido de los servicios sanitarios de una petición que había realizado para someterse a una reproducción asistida. Se siente discriminada por su orientación sexual ‘me siento humillada, ultrajada...’. Refiere diversos síntomas: angustia, ansiedad, falta de concentración, insomnio, parasomnias (pesadillas), disminución del apetito, etc. Es diagnosticada de trastorno adaptativo (...). Tras un largo proceso mediático y judicial, se queda embarazada y da a luz a su hijo el 21 de junio de 2013./ En la última entrevista del 6 de noviembre de 2013, la paciente presenta mejoría clínica y se le da el alta. Continuará control y seguimiento con su MAP”.

**2.** Mediante escrito de 5 de mayo de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección, Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios comunica 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 de la falta de resolución expresa.

**3.** Consta incorporada, con fecha 7 de mayo de 2013, copia de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 26 de abril de 2013 recaída en recurso de suplicación interpuesto por la ahora reclamante contra la dictada por el Juzgado de lo Social N.º 2 de Avilés el

día 3 de septiembre de 2012, y que fue objeto de revocación por parte de esta sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

En el duodécimo de los fundamentos de derecho puede leerse que “el fracaso del motivo dedicado a la revisión de los hechos probados, salvo en los estrictos en que se modifica el ordinal que se propone como octavo, nos obliga a hacer una recapitulación de los hechos que, de entre los que se declaran probados, son trascendentes a la cuestión enjuiciada y que son los siguientes:

a) La demandante, con derecho a la asistencia sanitaria, acudió al Hospital ..... planteando un deseo de gestación ante la ausencia de pareja masculina, siendo sometida a exploración, pruebas y análisis que se describen en el informe del 13-4-11, transcrito en el ordinal primero de los hechos probados, con el consiguiente diagnóstico de ‘esterilidad primaria en paciente sin pareja’, siendo el resultado de las citadas pruebas normal. De allí fue remitida a la Unidad de Reproducción para técnica de TRA. b) El 18 de abril de 2011 asistió a la citada Unidad, acompañada de su pareja (...), donde el Director (...), le indicó que dicha unidad no estaba autorizada a prestar la técnica de reproducción asistida que solicitaba por no detectarse en la pruebas realizadas causa de esterilidad femenina. c) El 24 de abril presentó solicitud dirigida a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios para que se le reconociera su derecho a la citada técnica a través de la Sanidad Pública. La solicitud fue denegada por silencio, formulando un recurso que fue considerado reclamación previa, también denegada. d) El 18 de marzo anterior se había emitido comunicación de la Dirección de Planificación y Evaluación de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, dirigida a la Dirección Gerencia del Sespa (la parte demandante la denomina en su lista de pruebas escrito/orden) cuyo texto se transcribe en el ordinal cuarto de los hechos probados con la denominación de ‘Resolución’. e) A partir de julio acudió a la medicina privada, siendo sometida a cuatro ciclos de inseminación artificial no consiguiendo gestación (en el recurso se amplía a otro, como fecundación in Vitro). Finalmente la Clínica (...) informa en junio de 2012 de ‘útero impresionado de arcuato. Anexos normales’. f) La actora entró en

incapacidad temporal el 24-4-11 con el diagnóstico de ansiedad, siendo alta por Inspección el 20-6-11. g) Con anterioridad a haberle denegado a la recurrente la prestación, fueron realizados estudios de esterilidad a las dos personas que se mencionan en el ordinal séptimo. La propia recurrente informa de que, con motivo de la comunicación de 18-3-11 de la Consejería, les fueron suspendidos los tratamientos a las citadas personas". En el fundamento de derecho decimotercero de esta Sentencia se prosigue indicando que "sentados los hechos probados y su acontecer en el tiempo, la cuestión jurídica se concreta en el siguiente planteamiento: inicialmente la actora solicita una prestación (reproducción asistida) por entender que tiene derecho a ella al haberse prestado a otras dos personas. Ese es el fundamento discriminatorio que invoca, pero ella misma informa de que, una vez producida la comunicación de la Consejería al Sespa explicando los términos del R. D. 1030/2006, según los cuales (art. 5.3.8 del Anexo III) las técnicas de reproducción asistida serán financiadas 'cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida', a esas dos personas les fue suspendido el tratamiento por no reunir los requisitos de la norma. Es decir, se les habían hecho las pruebas (lo mismo que a la actora) con los diagnósticos correspondientes, señalándose que una había firmado el consentimiento para inseminación artificial. Pero, en todo caso, se les suspendió la actuación con motivo de la misma comunicación de la Consejería. Por ello la posible discriminación comparativa no se produce, pues coetáneamente son tratadas igual./ El análisis del R. D. 1030/2006 arroja claramente que el tratamiento de reproducción asistida solo se puede financiar por el servicio público de salud cuando existe una causa de esterilidad (en uno de los miembros de la pareja de ambos sexos o en el caso de individuo sin ella) o bien por esa indicación clínica establecida. Esa es la interpretación literal, la primera según el art. 3.1. del Código Civil, y la Consejería de Salud recordó a la Dirección del Sespa en esa comunicación de 18-3-11 que incorrectamente se denomina Resolución./ El farragoso planteamiento del asunto por parte recurrente y su afán de alegar en todas las direcciones le lleva en última

instancia a argumentar que podría estar amparada por el R. D. al existir sospechas de infertilidad distinta a la que nos viene ocupando y que no habría sido advertida por el Hospital ..... o por la Unidad de Reproducción Asistida, que se quedaron en esa infertilidad que llaman primaria. Pero esta alegación es, en todo caso, extemporánea, y se corrobora que la demandante no la tenía presente en sus primeras reclamaciones por el hecho de que, habiendo acudido a la medicina privada, allí no se planteó otra cosa que la gestación sin alusiones a causas clínicas de esterilidad./ No obstante el desmesurado recurso, tenemos que concluir que la cuestión, desde el principio, se hubiera podido reducir a este sencillo planteamiento: a la actora se le deniegan las técnicas de reproducción asistida (de las que sí dispone el Servicio Público de Salud) porque no se apreció en las pruebas esterilidad femenina, sino solamente la que llaman primaria, esto es, ausencia del factor masculino. Esta negativa se fundamenta en que el R. D. 1030/2016, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, dispone en el apartado 5.3.8 del Anexo III que las técnicas de reproducción asistida serán financiadas 'cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida'./ Pues bien, ¿se puede aceptar que en los casos de pareja del mismo sexo, en este caso femenina, no está amparada la reproducción asistida? La respuesta debe darse partiendo de que nuestro Ordenamiento y, específicamente, la Constitución ampara el principio de igualdad de trato y no discriminación (sic) por razón de sexo, por lo que debemos interpretar el R. D. citado en ese contexto y entender que en los casos de esterilidad no puede excluir lo que en términos médicos se denomina como primaria, ya que, de lo contrario, se estaría obligando a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación. Desde esta perspectiva global del Ordenamiento jurídico, debe interpretarse el repetido R. D. 1030/2006, lo que conduce a la estimación parcial del recurso”.

En derivación de lo razonado el fallo de la Sentencia ahora relatada reconoció el derecho de la ahora reclamante “a que le sea facilitado el acceso a



las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente, así como el derecho a ser reintegrada de los gastos que se declararon probados, en cuantía de 7.723,35 €, condenando a los demandados, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y Servicio de Salud del Principado de Asturias a estar y pasar por esta declaración y a hacer lo necesario para su efectivo cumplimiento. Específicamente se condena al Servicio de Salud del Principado de Asturias al reintegro de la expresada cantidad”.

**4.** Consta en el expediente remitido Informe de fecha 23 de mayo de 2014, denominado “Dictamen Estimatorio para valoración de daños corporales sin daño final conocido”, en el que se valoran los daños sufridos por la perjudicada en la cantidad total de 12.523,84 €, con arreglo al siguiente desglose: a) 7.060,36 € por un total de 180 días de incapacidad temporal, de los que 52 días son impeditivos y los 128 restantes no impeditivos; 4.324,95 € por 5 puntos de secuela funcional, descrita como “agravamiento desestabilización de trastorno mental”; 1.138,53 € correspondientes a un factor de corrección del 10% aplicado a la suma de los conceptos anteriores.

En el apartado de comentarios se indica que “en cuanto al tiempo de estabilización del trastorno adaptativo que fue objeto de atención por Salud Mental el 20-04-11, se establece en 180 días (6 meses) teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:/ Por definición (CIE 10), en el trastorno adaptativo los síntomas no exceden de 6 meses. La mayoría de los pacientes retornan a su grado previo de funcionamiento en unos tres meses./ La mayoría de los pacientes que presentan trastornos de adaptación se resolverán bien sin medicación aunque si existe un gran componente de ansiedad o insomnio debe utilizarse, aunque por periodos breves./ Lo anterior, unido a los antecedentes psiquiátricos previos que precisaron asistencia en 2006 y 2007, llevan a concluir que estamos ante un proceso que representa una desestabilización de un estado previo y como tal se valorará, para responder a la prolongación del

tiempo de curación de aprox. 2 años que establece el informe psicológico aportado, y dentro del concepto de secuela temporal que establece el baremo./ En consecuencia, consideramos que la valoración más ajustada al presente caso sería la consideración de una 'agravación/desestabilización de trastorno mental previo' como secuela y un periodo de incapacidad no superior a 180 días (6 meses). Los días improductivos serían los 52 días de baja laboral (coherente con la consideración de que a los 3 meses la persona suele recuperar su grado previo de funcionamiento), siendo los 128 restantes de carácter no improductivo (...). La valoración conforme a baremo vigente a fecha de reclamación".

**5.** El día 27 de mayo de 2014, un Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite un Informe Técnico de Evaluación, en el que, tras descripción de los hechos alegados en la reclamación, seguido de un examen relativo a la acreditación de los hechos alegados y descripción del daño, se pasa a un apartado, denominado de "valoración", en el que partiendo del dato de que la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 26 de abril de 2014, resolvió en última instancia el derecho de la ahora reclamante a que le fuera facilitado "el acceso a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente, así como el derecho a ser reintegrada de los gastos que se declararon probados, en cuantía de 7.723,35 euros" se obtiene una primera conclusión en orden a la procedencia de la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, "ya que nos encontramos ante una denegación de asistencia no ajustada a derecho".

En orden a la determinación y fijación de la indemnización, se parte del sistema seguido por la reclamante de distinguir entre daños económicos, diferenciando a su vez en esta partida, el daño emergente, que aquella recordemos cuantificó en 10.774,55 €, del lucro cesante, cuantificado por la perjudicada en 369,71 €, de los daños personales, respecto de los cuales ya hemos visto que frente a los 32.427,51 € en los que estimó para esta partida la

perjudicada, el documento relatado en el antecedente 4, reduce, por las razones allí expuesta a la cantidad de 12.523,84 €. En las condiciones expuestas, admitiendo el autor de este documento en su integridad el daño emergente alegado por la reclamante -10.774,55 €- y rechazando la partida de lucro cesante, al considerarlo meramente "contingente", e inclinándose por la valoración que del daño personal se hace en el citado documento relatado en el antecedente 4, -12.523,84 €- propone la estimación parcial de la reclamación formulada por la interesada "reconociendo su derecho a percibir una indemnización económica de 23.298,39 €".

**6.** Mediante escritos de 3 de junio de 2014, el órgano instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correeduría de seguros.

**7.** El día 4 de julio de 2014, una asesoría jurídica en escrito dirigido al Servicio de Salud del Principado de Asturias indica que la presente reclamación de responsabilidad patrimonial "carece de cobertura en la póliza de responsabilidad civil profesional suscrita por el Ente Público", al resultar de aplicación "lo dispuesto en el artículo 3.3.1 de sus Condiciones Especiales dedicado a los riesgos excluidos, entre ellos 'Los que se pueden producir directamente en ejecución de actos administrativos normativos, entendiéndose por tales los dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas que hayan sido dictados por el órgano competente para ello'./ Por otro lado, a mayor abundamiento, el siniestro carece de cobertura temporal, por cuanto los hechos y la reclamación basada en los mismos, han tenido lugar con antelación a la entrada en vigor de la precitada póliza el día 1 de julio de 2012".

**8.** Mediante escrito notificado a la perjudicada el 31 de julio de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 1 de agosto de 2014 comparece en las dependencias administrativas la reclamante a la que se hace entrega de la documentación obrante en el expediente, compuesta en este momento por un total de ochenta (80) folios.

Con fecha 13 de agosto de 2014 tiene entrada en la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones firmado por la reclamante, en el que manifiesta su "disconformidad parcial con la valoración de los daños realizada por la correduría de seguros (...) y aceptada por esa instrucción". Razona esta disconformidad en el argumento fundamental de que el periodo de seis meses en el que la Administración fija el tiempo máximo de estabilización del trastorno adaptativo que fue objeto de atención por Salud Mental, prescinde del análisis y consideración por parte de la Administración de las especiales características del caso, extensamente relatadas por su parte y que provocaron la pervivencia en el tiempo de lo que la interesada conceptúa como "factor estresante" y que, a su juicio, no dejaría de provocar sus efectos hasta el día 26 de mayo de 2013, "cuando se produjo el reconocimiento judicial firme de la vulneración del derecho fundamental de igualdad de trato de la reclamante y su derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida a través de la sanidad pública".

El anterior razonamiento lleva a la perjudicada a seguir manteniendo que el periodo a considerar en orden a evaluar los daños personales sufridos debería abarcar el total de 921 días, de los cuales 52 serían impeditivos y los 869 restantes como no impeditivos, tal y como figuraban ya en su escrito inicial. Efectúa asimismo una nueva valoración de la cantidad reclamada por este concepto, en la que frente a su criterio inicial de referir la cantidad al baremo vigente para cada día en cada una de las diferentes anualidades, pasa a optar por tomar como referencia la cantidad vigente en el año 2014 de suerte

tal que la nueva cantidad en la que valora los daños "corporales" sufridos debería quedar fijada en la cantidad total, incluido un factor de corrección del 10%, de 33.394,55 €, y en la que no se incluye cantidad alguna en concepto de secuela, ya que como expone la perjudicada, "en coherencia con su criterio personal, entiende que del trastorno adaptativo sufrido no tienen porque derivar secuelas permanentes", razón por la cual "renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle por este concepto". En consecuencia, sumando a la anterior cantidad, 33.394,55 €, los 10.774,55 € de "gastos justificados", finaliza la interesada la segunda de sus alegaciones dejando establecida en la forma indicada la indemnización que postula en la cantidad de 44.169,10 €.

No obstante lo anterior, en la tercera de sus alegaciones, la perjudicada ofrece una "alternativa" al sistema por ella misma propuesto, en orden a la valoración del daño. En síntesis, esta "alternativa" se concreta en que partiendo y admitiendo la valoración que se contiene en el informe técnico de evaluación, la cantidad allí propuesta de 23.298,39 € se complementa con la correspondiente a los "daños morales soportados desde el 26 de octubre de 2011 hasta el 6 de noviembre de 2013", permitiendo de esta forma cuantificar los daños morales sufridos en los 746 días de más que transcurrieron de más entre los 180 días en los que la Administración entiende estabilizado con secuelas el proceso, y la fecha del alta definitiva de la perjudicada en los servicios de salud mental, periodo en el cual entiende que "siguió padeciendo un trastorno adaptativo con origen en la negativa a tratarla en la unidad de reproducción asistida de los servicios públicos de salud". Para el cálculo de la cuantía que habría de indemnizar este daño moral, la interesada, partiendo de que en el origen y causa del daño sufrido se encuentra una actuación discriminatoria, que de haber sido investigada en lo que respecta a su autoría, a propósito de la cual deja constancia de que "esa Administración no ha iniciado de oficio ninguna investigación para determinar la identidad del responsable directo de la actuación administrativa declarada judicialmente discriminatoria", hubiera conducido a declarar a su autor responsable de una infracción grave de

las recogidas en el "Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social", para las que se establece una multa de "30.001 a 60.000 euros", propone se tome como referencia el grado mínimo de esta posible sanción, esto es, 30.000 €, cantidad de la que se descontaría un 20%, obteniendo así la cantidad de 24.000 € que en concepto de "daños morales complementarios", y que añadidos a los 23.298,39 €, propuestos por el informe técnico de evaluación, arrojarían una suma total de 47.298,39, a la que se eleva la cantidad total reclamada.

Se adjunta a este escrito de alegaciones copia del pronunciamiento de la Procuradora General del Principado de Asturias de fecha 3 de octubre de 2012, con motivo de la tramitación de la queja en su día instruida por la citada institución a instancias de la reclamante.

**9.** Con fecha 22 de agosto de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora una propuesta de resolución por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo el derecho de la interesada "a percibir una indemnización económica de 23.298,39 €". A tal conclusión se llega tras reproducir los argumentos utilizados tanto en el Informe Técnico de Evaluación como en la valoración efectuada en el documento relatado en al antecedente 5, rechazando expresamente la principal de las alegaciones formuladas por la interesada en orden a la duración del proceso de estabilización de los daños sufridos por ella defendida, en atención a las especiales características del por ella denomina "factor estresante" que habría desplegado sus perturbadores efectos sobre la salud de la misma, a su juicio, hasta al menos el 26 de mayo de 2013 -fecha de la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, del siguiente modo: "No se puede compartir este criterio, ya que este argumento nos llevaría a entender que una sentencia negativa a los intereses de la reclamante hubiese podido dar lugar a un

trastorno adaptativo que podría durar indefinidamente, lo que en sí mismo es contradictorio con el concepto de la enfermedad de la que estamos hablando en la que, por definición los síntomas no suelen exceder los seis meses y la mayoría de los pacientes retornan a su grado previo en unos tres meses. La mayoría de los pacientes que presentan trastornos de adaptación se resuelven bien sin medicación aunque si existe un gran componente de ansiedad o insomnio debe utilizarse, aunque por periodos breves. La excesiva duración del trastorno adaptativo no puede dejar de ponerse en relación con los antecedentes psiquiátricos de la reclamante que ya precisó asistencia en los años 2006 y 2007, por lo que nos encontramos ante una desestabilización de un proceso previo, siendo ésta la única explicación de que el trastorno pueda tener una prolongación en la curación llegando así a los dos años que establece el psicólogo en su informe”.

**10.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de septiembre 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.-** 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”.

Este Consejo ha reiterado en dictámenes anteriores que para la determinación del dies a quo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación es preciso establecer si nos encontramos ante un daño permanente o un daño continuado. Al respecto, se definen los daños permanentes como aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, de modo que, producido el acto causante del daño, este queda determinado y puede ser evaluado de forma definitiva; y los continuados como aquellos otros que, con base en una unidad de acto, se producen día a día de manera prolongada y sin solución de continuidad, de forma que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial en este último supuesto no empieza a correr hasta que no cesen los efectos lesivos, a



diferencia de lo que ocurre en el caso de los daños permanentes o de efectos permanentes, en los que el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce o manifiesta el hecho dañoso.

Aplicado lo anteriormente expuesto al presente supuesto nos encontramos con que en el mismo, el hecho o el acto que motiva la indemnización, en concreto lo que la interesada siempre ha considerado una injustificada privación por parte de la Administración sanitaria de su derecho a que por parte del sistema sanitario público le fuera facilitado el acceso a las técnicas de reproducción asistida, frente a lo que ha venido reaccionando tanto en vía administrativa como jurisdiccional, incluida una primera reclamación de responsabilidad patrimonial inadmitida por la Administración, y que comenzó a materializarse el día 18 de abril de 2011, cuando personada en la Unidad de Reproducción Asistida le fue denegada esa prestación, ha venido desplegando sus efectos de manera continuada día a día hasta, al menos, el día en que adquirió firmeza la Sentencia dada el 26 de abril de 2013 por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en recurso de suplicación interpuesto por la reclamante contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Avilés el día 3 de septiembre de 2012, y por la que se reconoció el derecho de la reclamante a que le fuera “facilitado el acceso a las técnicas de reproducción asistida en los términos y límites usuales en la Unidad correspondiente (...), condenando a los demandados, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias y Servicio de Salud del Principado de Asturias a estar y pasar por esta declaración y a hacer lo necesario para su efectivo cumplimiento”.

En las condiciones expuestas y habiéndose puesto de manifiesto de manera continuada los efectos lesivos de los actos que motivan la presente reclamación hasta al menos el 26 de abril de 2013, resulta evidente que la reclamación formulada por la perjudicada el día 25 de abril de 2014 lo ha sido dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** 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. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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.

**QUINTA.-** 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, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SIXTA.-** La interesada solicita ser indemnizada por los daños y perjuicios que se derivan de lo que considera una injustificada denegación en el acceso en el ámbito de los servicios sanitarios públicos del Principado de Asturias a las técnicas de reproducción asistida incluidas en el catálogo de servicios comunes de atención especializada del Sistema Nacional de Salud, tal y como se establece en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que la habrían situado en la necesidad de requerir, mediando pago y por lo

tanto cargando con los costes correspondientes, tales servicios de los servicios sanitarios privados. Al mismo tiempo, a esa denegación de asistencia atribuye, en una relación causa a efecto, una alteración en su estado de salud psicológica que exigió tratamiento asistencial.

La Administración reclamada, tras haber inadmitido una reclamación anterior planteada por la misma interesada, en atención de la pendencia en el momento en que aquella fue planteada de una cuestión prejudicial que se ventilaba ante la Jurisdicción Social acerca de la adecuación o no al ordenamiento jurídico de la denegación de la prestación solicitada, propone, una vez que los Tribunales reconocieron a la reclamante su derecho a la prestación denegada, la estimación parcial de la reclamación.

La Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 26 de abril de 2013 declara con fuerza de cosa juzgada que la negativa dada por la Administración sanitaria a la prestación resultó ser contraria a Derecho. Tal denegación constituye un funcionamiento anormal del servicio público sanitario que determinó que la reclamante, por un lado, se viera en la necesidad de asumir a su costa y en el ámbito de la medicina privada, hasta al menos el momento en que vio reconocido su derecho en sede jurisdiccional, los costes precisos para acceder a tal prestación, y por otro, que tal negativa injustificada causara, como reconoce la Administración, una alteración del estado psicológico de la perjudicada. En consecuencia, acreditadas tanto la efectividad de los daños alegados como su imputabilidad al servicio público sanitario, procede estimar la reclamación declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración por una actividad que generó a la reclamante unos daños que no tenía la obligación jurídica de soportar, por lo que son antijurídicos.

**SÉPTIMA.-** Establecida la procedencia de la responsabilidad patrimonial, se hace necesario concretar el quantum indemnizatorio.

En este punto se centran las discrepancias entre la cantidad solicitada por la perjudicada, 44.169,10 €, o de manera "alternativa" 47.298,39 €, frente a los 23.298,39 € que propone reconocer la Administración. Más en concreto, y no existiendo oposición por parte de la Administración al reconocimiento del pago de los 10.774,55 € documentalmente justificados por la reclamante, cantidad que se corresponde con los gastos a los que la misma tuvo que hacer frente en el ámbito de la sanidad privada como consecuencia de la indebida privación, al resultar contrario a la normativa de aplicación el concreto motivo alegado por las autoridades sanitarias para no satisfacer esa prestación en el ámbito del servicio público sanitario, las diferencias en el montante total de la indemnización quedan circunscritas a la valoración de los daños personales, incluida su vertiente moral, sufridos por la perjudicada.

A tales efectos, partiendo del criterio compartido por las partes de acudir al baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), nos encontramos con que las discrepancias derivan del periodo a considerar y durante el cual la salud psicológica de la interesada, en forma del trastorno adaptativo que le fue diagnosticado, se habría visto alterada.

Así, para la perjudicada el citado periodo abarcaría desde el día 29 de abril de 2011, una vez había visto desestimada su solicitud de acceso a la prestación solicitada, y se extendería hasta el día 6 de noviembre de 2013, en que fue por parte de una psicóloga clínica del Centro de Salud Mental ..... fue dada de alta por mejoría clínica, lo que supone un total de 921 días, de los que 52 días serían impeditivos, los que van del 29 de abril de 2011, fecha del parte médico de baja de incapacidad temporal por enfermedad común, al 20 de junio de 2011 día en que fue dada de alta de incapacidad temporal por parte de la inspección.

En cambio, para la Administración, sobre la base de lo establecido en la Clasificación Internacional de Enfermedades, conforme a la cual y según se

afirma el “tiempo de estabilización del trastorno adaptativo (...) se establece en 180 días”, de los que 52 serían improductivos, el periodo máximo a considerar. No obstante lo anterior, y tratando de encontrar una explicación al hecho de que el alta por curación se hubiera demorado hasta el 6 de noviembre de 2013, afirma que la misma ha de ser entendida y valorada, considerados los “antecedentes psiquiátricos previos que precisaron asistencia en 2006 y 2007” en forma de una secuela temporal, como una “agravación/desestabilización de trastorno mental previo”.

Planteadas la cuestión ahora examinada en los términos expuestos, por nuestra parte consideramos que las alegaciones de la reclamante prescinden de tomar en consideración que en el curso del tratamiento del trastorno adaptativo que le fue diagnosticado la misma rechazó el tratamiento psicofarmacológico, circunstancia que sin duda no ha dejado de influir en la duración total del proceso; por otra parte, la circunstancia favorable que supuso la estimación de su pretensión por sentencia de 26 de abril de 2013 según reconoce la reclamante en sus alegaciones se compensa mal con el alargamiento de la fecha de la baja hasta el día 6 de noviembre de 2013 -164 días-. En lo que respecta al sistema sugerido por la Administración, de valorar la “agravación/desestabilización de trastorno mental previo”, nos encontramos que en su escrito de alegaciones la propia reclamante, tras manifestar que “del trastorno sufrido no tiene porque derivar secuelas permanentes”, llega incluso a manifestar su “renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle en este concepto”.

En estas condiciones, atendiendo a la diversa naturaleza de los daños y perjuicios causados, y a la vista de las dificultades existentes en orden a la aplicación del baremo para la valoración de los daños personales, incluidos los morales, este Consejo, disintiendo, al no compartir por las razones expuestas tanto por la reclamante en sus alegaciones como por la Administración en su propuesta de resolución, estima, a su prudente arbitrio, dejar fijada la

indemnización a reconocer a la reclamante en la cantidad total, por todos los conceptos, de treinta mil euros (30.000 €).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... en la cantidad de treinta mil euros (30.000 €).”

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.