

Expediente Núm. 128/2016  
Dictamen Núm. 136/2016

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa 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 2 de junio de 2016, 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 5 de mayo de 2016 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los gastos ocasionados al acudir a la medicina privada como consecuencia del retraso en la atención en la Unidad de Fecundación in Vitro de un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** En el mes de julio de 2015 -el día concreto no resulta legible-, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que agradece “la respuesta personalizada a mi primera reclamación, presentada con fecha 16 de abril de 2015 (...) acerca de mi

desacuerdo con el factor de preferencia para la atención” por la Unidad de Fecundación in Vitro del Hospital .....

Manifiesta que “aunque esta sea la actitud adoptada en la mayoría de los centros públicos debido al gran n.º de casos en lista de espera, si realmente se pretende la mejora de este servicio se deberían atender las necesidades de la sociedad actual y actuar en consecuencia./ Posiblemente este protocolo, establecido con factores de preferencia que no incluyan aspectos como el nivel de reserva ovárica, es decir, que atiendan a la edad cronológica de la persona y no a la edad biológica, haya quedado obsoleto y merezca una profunda revisión”.

Añade que “nuevamente me encuentro con una situación que retrasa todo el proceso”, pues la Unidad de Fecundación in Vitro “cierra todo un mes por vacaciones. Si a esto le añadimos los tres meses de cierre por traslado al nuevo hospital, calculen y reflexionen sobre el servicio que están ofreciendo”.

Por último, indica que aporta “copia de las facturas de un tratamiento que, debido en gran medida a las circunstancias mencionadas, me he visto obligada a hacer fuera del ámbito de la Seguridad Social”.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Factura de la Unidad de Reproducción Humana Asistida de una clínica privada, de 31 de octubre de 2014, en concepto de “ciclo FIV convencional”, por importe de 5.500 €. b) Tres facturas de una farmacia, emitidas los días 20, 25 y 29 de octubre de 2014 por importes, respectivamente, de 780,22 €, 981,04 € y 56,53 €.

**2.** Con fecha 6 de julio de 2015, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una “copia del parte de reclamación (...) remitido a la correduría de seguros (...) en relación a la reclamación patrimonial interpuesta”. En el citado escrito consta un registro de salida de la Administración del Principado de Asturias de fecha 14 de julio de 2015 y un registro de entrada en la misma Administración del día 16 del mismo mes.

**3.** Mediante oficio de 17 de julio de 2015, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la "reclamación por responsabilidad patrimonial presentada en la Gerencia del Área Sanitaria IV". El referido escrito se registra de entrada el día 22 del mismo mes.

**4.** Con fecha 29 de julio de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio -22 de julio de 2015-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**5.** El día 27 de julio de 2015, el Inspector de Servicios designado para elaborar el informe técnico de evaluación comunica a la Gerencia del Área Sanitaria IV que "ha tenido entrada ante la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial" en virtud de la cual la perjudicada "solicita una indemnización que cuantifica en los gastos derivados de haber acudido a la medicina privada para recibir un tratamiento de reproducción asistida". Explica que "la reclamante refiere haber recibido una contestación de esa Gerencia a una reclamación presentada el 16 de abril de 2015 relativa al funcionamiento y criterios de preferencia establecidos para acceder a las técnicas" de fecundación in vitro. Igualmente, manifiesta que la Unidad cierra por vacaciones, lo que en parte la ha obligado a recurrir a la medicina privada".

Señala que, "toda vez que la reclamación no versa sobre la asistencia médica propiamente dicha, sino sobre criterios de inclusión y retrasos de asistencia, consideramos que no es necesario incorporar al expediente administrativo la historia clínica de la reclamante, pero sí cuanta documentación

tengan sobre el caso y un informe del Servicio correspondiente sobre el concreto contenido de la reclamación presentada”.

**6.** Mediante escrito de 31 de julio de 2015, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la información requerida, excepto “el informe que hemos solicitado al responsable de la Unidad de Reproducción Asistida”.

Figura entre ella el escrito presentado por la interesada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el 1 de abril de 2015. En él manifiesta su “malestar y desacuerdo con la Gerencia” del Hospital ....., Servicio de Fecundación in Vitro, “al establecer como factor de preferencia para ser atendidos (...) aspectos ajenos a las necesidades reales de la gran mayoría de afectados./ Por este motivo, consideramos que la edad debe ser un factor fundamental a tener en cuenta, más teniendo en cuenta que es un problema generado desde la demora en la demanda ya desde Atención Primaria. En nuestro caso han pasado más de dos años en darnos cita en este Servicio y entrar en lista de espera, y cuando nos lo dan ocurre el traslado de centro y demás; todo problemas ajenos que nos han llevado a esta situación”.

Igualmente, consta un informe suscrito el 21 de abril de 2015 -la fecha aparece manuscrita- por el responsable de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital ....., En él se indica, “respecto a (la) sugerencia de que la edad sea considerada un criterio de preferencia en esta Unidad”, que “no puede ser atendida, ya que tras haber sido valorado este aspecto en diversas ocasiones se ha acordado no aceptarlo por el gran número de casos incluidos en la lista de espera con esas características que bloquearían el tratamiento del resto de las parejas en lista de espera. Además, esta es la actitud adoptada en la mayoría de los centros de reproducción pública de nuestro país./ No obstante (...), en el momento actual el criterio para realizar un ciclo” de fecundación in vitro “con arreglo a las nuevas normas del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e

Igualdad considera que la edad se computa en el momento de la indicación del ciclo, por lo que en el caso concreto (...) esta paciente no debe tener ningún problema para realizarlo en nuestra Unidad, ya que figura con fecha de entrada de 24-2-14 y 39 años de edad”.

Por último, se incluye un escrito que el Gerente de dicha área sanitaria dirige a la reclamante el 21 de abril de 2015. En él señala, “en relación a la reclamación presentada (...) con fecha 16 de abril de 2015, acerca del desacuerdo con el factor de preferencia para la atención” por parte de la Unidad de Fecundación in Vitro del Hospital ....., que “esta es la actitud adoptada en la mayoría de centros de reproducción pública de nuestro país debido al gran número de casos en lista de espera”. Añade que “la edad se computa en el momento de la indicación del ciclo, por lo que en su caso no debe tener ningún problema para realizarlo en esta Unidad, ya que figura con fecha de entrada 24-02-14 y 39 años de edad”.

**7.** El día 3 de agosto de 2015, el responsable de la Unidad de Fecundación in Vitro del Hospital ..... envía al Inspector de Servicios y Centros Sanitarios el informe sobre la reclamación. En él indica que la perjudicada “ha sido vista en nuestra Unidad el día 14-11-14 para evaluar la posibilidad de realizar un tratamiento de reproducción asistida mediante técnica de FIV/ICSI. Tras la evaluación de los estudios aportados, y de habernos manifestado la paciente que había realizado previamente un ciclo” de fecundación in vitro en un centro privado “con mala respuesta, se decidió incluirla en lista de espera para tratamiento con pauta de baja respuesta./ En el momento actual la edad o la baja reserva ovárica a los 39 años no constituyen un criterio de preferencia en nuestra Unidad ni en ninguna de las Unidades públicas con las que contactamos./ Con arreglo a las actuales normas” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “los criterios de preferencia son (...): Endometriosis multiintervenida (2 o más cirugías)./ Mujeres con procesos oncológicos./ Mujeres cuya pareja tiene un proceso oncológico./ Mujeres cuya pareja tiene

una enfermedad terminal./ Mujeres con marido fallecido con semen criopreservado, si cumple los requisitos legales./ Mujeres y parejas con indicación de DGP”.

Explica que “en ningún caso constituyen un criterio de priorización la edad, la baja reserva ovárica, ni las alteraciones psicológicas y/o psiquiátricas”. Señala que “estos criterios están acordes con el resto de las Unidades públicas del país y se establecen así debido a la elevada lista de espera y al importante número de pacientes en situaciones similares”.

Manifiesta que comprende “la inquietud de la paciente en su reclamación, pero no alcanzamos a entender de forma clara la distinción que quiere hacer sobre ‘edad de la persona’ y ‘edad biológica’. Entendemos que pretende referirse a la posibilidad de una ‘insuficiencia ovárica prematura’ que solo es considerada en la Orden Ministerial SSI/2065/2014, de 31 de octubre, cuando se produce antes de los 36 años”.

Adjunta un documento editado en 2015 por la Gerencia del Área Sanitaria IV titulado “Criterios de Inclusión Unidad de Reproducción Asistida”.

**8.** Con fecha 19 de agosto de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él relata que “la paciente ha sido evaluada el 14 de noviembre de 2014 y ha sido incluida en la lista de espera para tratamiento con pauta de baja respuesta, al tener como antecedente la realización de un ciclo” de fecundación in vitro “en un centro privado con mala respuesta. A la reclamante se le informó por la Gerencia” del Hospital ....., “con fecha 21 de abril de 2015, que se le iba a realizar el tratamiento en la Unidad del citado hospital”. Señala que “las facturas que pretende que se le abonen son de octubre de 2014, es decir, anteriores a su consulta en la Unidad” de Fecundación in Vitro “y de su inclusión en lista de espera”.

Manifiesta que “es preciso abordar la cuestión relativa al hecho de que el reintegro de los gastos generados por la atención recibida en el ámbito de la

medicina privada se haya tramitado como una reclamación de responsabilidad patrimonial. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, en su artículo 4.3 determina que `La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción`.

Entiende que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo debe conocer de "los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario", y cita al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 (Sala de lo Social) y del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de marzo de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Añade que "no es razonable acceder" a la pretensión de la reclamante de que "se modifiquen los criterios de preferencia e inclusión en lista de espera establecidos y que se tenga en cuenta el factor edad, que es el que ella pretende que se siga atendiendo a sus intereses personales. La edad no es criterio de preferencia en ningún caso en los centros públicos" de fecundación in vitro.

Concluye que "la reclamación de responsabilidad patrimonial (...) debe ser desestimada, ya que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adecuada".

**9.** Mediante oficios de 25 de agosto de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas 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 correduría de seguros.

**10.** Con fecha 16 de septiembre de 2015, y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe un gabinete jurídico privado. En él se pone de manifiesto que el tratamiento requerido por la reclamante se “le iba a realizar el día 21 de abril de 2015. Antes de que llegara esa fecha la reclamante decide acudir a una clínica privada. Reclama el reembolso de los gastos generados en dicha clínica privada, así como que se cambien los criterios de preferencia, de tal forma que su caso concreto quede encuadrado entre los preferentes”.

El referido informe indica que, “como regla general, en el sistema español de Seguridad Social no existe el derecho de opción libre del beneficiario entre la medicina pública y la privada y, en consecuencia, si se quiere hacer efectivo el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social no es posible el reintegro de gastos médicos”. Reseña que, según el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, “La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los

que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

Señala que “el reintegro de los gastos por la asistencia sanitaria ajena al sistema público de salud” requiere “que se trate de urgencia inmediata, y que sea de carácter vital (...), que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción”. Subraya que “los requisitos para que se pueda hablar de urgencia vital” son la “imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social al aparecer inesperadamente la urgencia (...), una sobrecarga en los servicios sanitarios (...), una demora excesiva en la prestación de asistencia (...), cuando la asistencia no está en condiciones y puede poner en peligro la vida o la curación del enfermo (...), existir una lejanía excesiva con el centro sanitario público”, o que “una enfermedad o accidente imprevistos” obliguen “al enfermo a hospitalizarse con urgencia fuera de España”. Sobre la “demora excesiva en la prestación de asistencia”, afirma que “los tribunales se han guiado, a la hora de dictar sus decisiones, por la media de espera que viene siendo habitual en el sistema español y, a partir de ese dato, siempre que no concurra una urgencia vital que pudiera poner en peligro la integridad del paciente, se termina por admitir o denegar el derecho al reintegro no en virtud (...) de las circunstancias que afectan al perjudicado, sino en base en lo que viene siendo la dinámica diaria de la actuación sanitaria, no sirviendo alegar cuáles son las deficiencias de la sanidad pública y el concepto que la ciudadanía pueda extraer de tal evidencia”.

Concluye que en el presente supuesto “no se da ninguno de esos requisitos y, además, el plazo de espera resultaba bastante razonable, teniendo en cuenta que su caso concreto en ningún caso podría ser considerado como prioritario”.

En cuanto a la “solicitud de cambio de criterios” en la preferencia en la lista de espera para recibir el tratamiento de fecundación in vitro, manifiesta

que “el procedimiento de responsabilidad patrimonial no está destinado a examinar la conveniencia o no de cambiar un determinado protocolo”, por lo que “esta petición (...) es improcedente”.

**11.** Mediante escrito notificado a la reclamante el 16 de octubre de 2015, 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, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

**12.** El día 4 de noviembre de 2015, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que manifiesta “no estar de acuerdo con los datos que aparecen en el parte de reclamación, así como en el informe técnico de evaluación y en el informe jurídico de la compañía de seguros”. Solicita “incorporar al expediente administrativo la historia clínica personal./ Revisar y contrastar los partes e informes en base a dicha historia clínica./ Ampliar la permanencia en la lista de espera en proporción al tiempo perdido por traslado y periodos vacacionales de la Unidad./ Reembolso de los gastos ocasionados”.

Adjunta un escrito, denominado “anexo”, en el que relaciona “todos aquellos aspectos que se han valorado incorrectamente debido a una mala interpretación de los datos aportados en los informes”. Reclama que la referencia a su caso se haga como “paciente en lista de espera” en la Unidad de Fecundación in Vitro “que presenta escrito de petición de reclamación sobre los factores de preferencia que se tienen en cuenta para formar parte de dicha lista y solicita se le resarza de los gastos ocasionados y se amplíe su permanencia en dicha lista de espera en proporción a la demora ocasionada por circunstancias ajenas: unos cuatro meses por traslado de la Unidad al nuevo hospital y 2 meses por el cierre de la misma en periodos vacacionales”.

Frente a la afirmación de que “no debe tener ningún problema” para realizar el tratamiento en esta Unidad, “ya que figura con fecha de entrada

24-02-14 y 39 años de edad”, manifiesta que, “según se me comunicó en su día, cabía la posibilidad de no poder ser atendida dentro de la Unidad” de Fecundación in Vitro “debido a los plazos tan ajustados y que el tratamiento, que podría requerir de varios ciclos, en mi caso, solo daría tiempo a realizar uno de ellos. También se me advirtió que el tiempo corría en mi contra, de ahí la decisión de acudir a un centro privado para someterme a un primer tratamiento. Por otro lado, el 24-02-14 tenía 38 años de edad y no 39, como aparece en el informe. A día de hoy todavía no he realizado (la) mencionada consulta, pese (a) haber llamado en diversas ocasiones para conocer el estado de la lista y saber que en mayo de 2015 ya habían comenzado a llamar a los de enero de 2014”.

Considera que la afirmación de que la edad no puede ser considerada un criterio de preferencia debido al “gran número de casos incluidos en la lista de espera con estas características que bloquearían el tratamiento del resto de las parejas” es “indicativa del servicio deficitario que ofrecen estas Unidades, pues no pueden dar respuesta a la demanda actual”.

En cuanto al informe técnico, que señala que “vista en nuestra Unidad el día 14-11-14 (...) se decidió incluirla en lista de espera para tratamiento con pauta de baja respuesta”, explica que “la consulta se realizó a petición mía para informar de los resultados del ciclo realizado en el centro privado, conocer mi situación actual y saber de los avances en la lista de espera. No es correcto que este día haya entrado en lista de espera, como consta en informes posteriores del seguro. Si se me cambió de lista en ningún caso se me informó y, según puedo entender, en todo caso se refiere a un cambio en el tipo de tratamiento”.

Afirma que “la fecha de entrada en lista de espera es del 24 de febrero de 2014, y la fecha de la intervención en el centro privado corresponde al 31-10-2014”. Estima que la atención a la edad como criterio de preferencia “no solo responde a intereses personales, pues (...) son muchas las personas que están en las mismas circunstancias”, y aclara que su “pretensión no es pasar

por delante de nadie, sino que se amplíe y mejore el servicio para poder dar respuesta a las demandas actuales”.

Sobre la aseveración contenida en el informe de la compañía aseguradora de que la Gerencia del Hospital ..... le comunica que el “tratamiento se le iba a realizar el día 21 de abril de 2015”, explica que en la citada fecha “lo único que recibo es la respuesta a la primera reclamación, donde se menciona que seré atendida en dicha Unidad del hospital, pero no se menciona ni cuándo, ni el número de ciclos que se me realizarán”. Añade que esa es “la primera vez que se me `garantiza´ que seré atendida por dicho Servicio; hasta entonces, en consultas anteriores, siempre se me habló de la posibilidad de quedar fuera por motivos de tiempo, lo que también influyó, y mucho, en mi decisión para acudir a un centro externo”.

Por último, disiente de la afirmación de que “el plazo de espera resulta bastante razonable”, señalando que debe tenerse “en cuenta que la llegada” a la Unidad de Fecundación in Vitro “es el último paso después de años de consultas, pruebas y tratamientos fallidos”.

**13.** Mediante oficio de 9 de noviembre de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora.

**14.** Con fecha 16 de noviembre de 2015, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica de la paciente, ya que “si bien no se consideró inicialmente necesario” incorporarla al expediente, “en fase de alegaciones la propia reclamante ha solicitado que así se haga”.

**15.** Mediante escrito de 11 de diciembre de 2015, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de

Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica requerida.

**16.** A la vista de la nueva documentación incorporada al expediente, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios concede a la interesada, mediante escrito notificado el 26 de enero de 2016, un segundo trámite de audiencia.

**17.** El día 10 de febrero de 2016, la perjudicada presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que manifiesta "haber recibido un CD vacío con la `copia de la historia clínica´ (...), por lo que no se ha podido revisar su contenido". Requiere que se le entregue una copia de su historia clínica.

Explica que "finalmente" ha sido atendida en la Unidad de Fecundación in Vitro "con fecha 13 de enero de 2016 para un primer ciclo, pese a que los avances en la lista de espera en mayo de 2015 (información telefónica estimada) nos habían hecho creer que se produciría mucho antes. Lo que justifica también, entre otros, la mala interpretación de (...) que dicho tratamiento se iba a realizar el día 21 de abril de 2015".

Solicita que "se tengan en cuenta todas las alegaciones mencionadas en el primer trámite de audiencia", y que se "investiguen los plazos y posibles errores en la lista de espera" de la Unidad de Fecundación in Vitro "a la que los particulares no tenemos acceso en ningún momento y que los profesionales de la Unidad `no pueden´ detallar". Igualmente, pide que "se tenga en cuenta el tiempo perdido en los posibles errores mencionados, así como por los traslados al nuevo hospital y periodos vacacionales (...), con el fin de ampliar mi permanencia en dicha lista de espera, de modo que pueda seguir siendo atendida en dicha Unidad con los ciclos que requiera".

Por último, insiste en la solicitud de “reembolso de gastos por tratamiento en centro externo”, concretando que “la medicación debería cubrirse en todo caso”.

**18.** Con fecha 12 de febrero de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios traslada a la compañía aseguradora las alegaciones presentadas durante el segundo trámite de audiencia.

En la misma fecha remite a la reclamante una “copia de CD con historia clínica que por error se había enviado en blanco”, constando en el expediente que aquella la recibe el día 24 del mismo mes.

**19.** Mediante escrito notificado a la interesada el 26 de febrero de 2016, el citado Jefe de Servicio le concede un tercer trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 30 de marzo de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la compañía aseguradora que ha transcurrido el plazo para presentar alegaciones sin que se hayan recibido.

**20.** El día 1 de abril de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “la reclamante solicita el reintegro de los gastos derivados de su asistencia médica en la medicina (privada) y simultáneamente plantea que no está de acuerdo con los criterios de preferencia en lista de espera que se utilizan en la Unidad de Fecundación in Vitro” del Hospital ....., añadiendo que “como consecuencia del cierre de la misma con motivo del traslado y vacaciones se ha visto obligada a acudir a la medicina privada. Reiteradamente solicita que se amplíe su permanencia en la lista de espera a fin de no ser excluida del tratamiento” de fecundación in vitro “por razones de edad”.

Manifiesta que “es evidente que todas las reivindicaciones de la reclamante relativas al cambio de criterio de priorización de las listas de espera”

de las unidades de fecundación in vitro “y de su permanencia en lista de espera son ajenas al ámbito de la responsabilidad patrimonial, y, por tanto, no procede entrar en el debate de las mismas”.

En cuanto “al reintegro de gastos derivados de la asistencia recibida en la medicina privada”, indica que “no cabe sino insistir en que se trata de una consulta a la que acudió de manera voluntaria y además antes de iniciar el tratamiento en la medicina pública”. Explica que “la reclamante es vista por primera vez en consulta de Ginecología el 24 de febrero de 2014, y se decide su paso a la lista de espera” de fecundación in vitro. Subraya que “el 31 de octubre, en una decisión de su exclusiva responsabilidad (...), acude a la medicina privada, donde se le realiza un ciclo” de fecundación in vitro “con mala respuesta. Es vista en la Unidad el 14 de noviembre de 2014 en consulta para valorar si cabe la posibilidad de realizar un tratamiento” de fecundación in vitro “y en ella refiere que realizó una anteriormente en la privada. En ningún momento del procedimiento (...) aporta argumento alguno que justifique su decisión de acudir a la medicina privada cuando ya había sido incluida en lista y antes de que se valorase la posibilidad de ser subsidiaria de tratamiento” de fecundación in vitro.

**21.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de mayo de 2016, 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. 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". En el supuesto ahora examinado la reclamación se presenta en julio de 2015 -el día concreto no resulta legible en la documentación enviada- por los daños que se atribuyen a la demora en la atención por la Unidad de Fecundación in Vitro del Hospital ....., y que se materializan en los gastos derivados de la asistencia sanitaria dispensada en un centro médico privado el 31 de octubre de 2014, por lo que es claro que fue formulada 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.

Sin embargo, en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias, advertimos los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 163/2015, entre otros, por lo que nos remitimos a las consideraciones allí realizadas. Ahora bien, advertimos en este caso que la Administración, en la práctica del trámite previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, se cuida de comunicar a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -en su calidad de órgano competente para resolver- y no, de forma genérica, en la Administración del Principado de Asturias -como venía haciendo habitualmente-.

Asimismo, 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.

**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.

**SEXTA.-** La interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una atención sanitaria que reputa negligente; en particular, imputa al servicio público un retraso en la atención por parte de la Unidad de Fecundación in Vitro del Hospital ..... que le supuso la necesidad de acudir a un centro médico privado para que le practicasen “un ciclo FIV convencional” previa adquisición de la correspondiente medicación.

Por otra parte, solicita la modificación de los criterios de inclusión en la lista de espera de la Unidad de Reproducción Asistida manifestando que la atención a “factores de preferencia que no incluyan aspectos como el nivel de reserva ovárica, es decir, que atiendan a la edad cronológica de la persona y no a la edad biológica” ha quedado “obsoleta” y merece “una profunda revisión”. Igualmente, y en atención “al tiempo perdido en los posibles errores (...), así como por los traslados al nuevo hospital y periodos vacacionales”, requiere la ampliación de su “permanencia” en la “lista de espera, de modo que pueda seguir siendo atendida en dicha Unidad con los ciclos que requiera”.

Sobre estos dos últimos aspectos -modificación de los criterios de atención y ampliación de la “permanencia” en la “lista de espera”-, y sin perjuicio de su obvia influencia en la reclamación planteada, este Consejo, de conformidad con lo señalado en la propuesta de resolución y en los informes técnicos obrantes en el expediente, considera que la petición de la interesada

excede del ámbito propio de una reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que no corresponde a este órgano pronunciarse al respecto.

En cuanto a los gastos derivados de la atención dispensada por la sanidad privada, como venimos afirmando en dictámenes precedentes (entre otros, Dictamen Núm. 20/2014), es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a la primera, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, determina, en su artículo 4.3, las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción". Dicho procedimiento no está sometido al dictamen de este Consejo.

En este caso la perjudicada no califica con exactitud su reclamación, si bien manifiesta su voluntad de resarcimiento del daño causado en forma de quebranto patrimonial derivado de lo que considera un retraso excesivo en la atención sanitaria. La Administración ha tramitado el procedimiento de responsabilidad patrimonial por los gastos ocasionados en la sanidad privada, a lo que la reclamante no se ha opuesto.

En efecto, analizado el expediente constatamos que la asistencia privada a la que se refiere en su reclamación no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino debido a que el servicio público sanitario, por la lista de espera existente en el Servicio afectado, no prestó la atención requerida por la reclamante en el

tiempo que aquella hubiera deseado, lo que provocó la práctica de la correspondiente intervención en un centro médico privado. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de esa actuación, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habremos de analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, y a la vista de la documentación obrante en el expediente, la interesada ha acreditado los gastos reclamados mediante facturas.

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquel se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y que es antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar los hechos en los que funda su pretensión, así como de probar que se ha producido una violación de la *lex artis*

médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En este caso, la reclamante no ha desarrollado en vía administrativa ninguna actividad probatoria en relación con la supuesta infracción de la *lex artis* que imputa al servicio público al considerar que su acceso a la Unidad de Fecundación in Vitro se ha visto demorado excesivamente, por lo que “el tiempo corría en mi contra”. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de una infracción de la *lex artis* y de su relación causal con el daño que se alega sobre la base de la documentación e informes que obran incorporados al expediente.

De los documentos remitidos resulta que la perjudicada es vista en la consulta de Ginecología (Unidad de Reproducción FIV) del Hospital ..... el día 24 de febrero de 2014, donde se decide su inclusión en la “lista de espera FIV”. El 31 de octubre del mismo año se somete a un “ciclo FIV convencional” en una clínica privada, sin obtención de resultados. Tras formular su disconformidad con el retraso en el avance de la referida lista de espera, el Gerente del Área Sanitaria IV, mediante escrito de 21 de abril de 2015, le comunica que “no debe tener ningún problema” para realizar el tratamiento “en esta Unidad, ya que figura con fecha de entrada 24-02-14 y 39 años de edad”. Acude nuevamente a la Unidad de Fecundación in Vitro el día 14 de noviembre de 2014, y se decide su inclusión “en lista de espera para tratamiento con pauta de baja respuesta”. Según las manifestaciones de la propia interesada, “finalmente” ha sido atendida en la Unidad de Fecundación in Vitro “con fecha 13 de enero de 2016”.

La reclamante considera excesivo el tiempo de acceso a los tratamientos dispensados por la sanidad pública, entendiendo que el transcurso de aquel perjudica gravemente las posibilidades de obtención de resultados, “lo que (...) influyó, y mucho, en (la) decisión para acudir a un centro externo”. Explica que la llegada a la Unidad de Fecundación in Vitro “es el último paso después de años de consultas, pruebas y tratamientos fallidos”, y que una vez que consigue

acceder a aquella “cierra todo un mes por vacaciones”, a lo que hay que añadir “los tres meses de cierre por traslado al nuevo hospital”. También atribuye su retraso en el acceso al servicio de reproducción asistida a la incorrección de los factores de prioridad utilizados por el servicio público de salud.

El informe emitido por el responsable de la Unidad de Fecundación in Vitro del Hospital ..... señala que “en el momento actual la edad o la baja reserva ovárica a los 39 años no constituyen un criterio de preferencia en nuestra Unidad ni en ninguna de las Unidades públicas con las que contactamos./ Con arreglo a las actuales normas” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “los criterios de preferencia son (...): Endometriosis multiintervenida (2 o más cirugías)./ Mujeres con procesos oncológicos./ Mujeres cuya pareja tiene un proceso oncológico./ Mujeres cuya pareja tiene una enfermedad terminal./ Mujeres con marido fallecido con semen criopreservado, si cumple los requisitos legales./ Mujeres y parejas con indicación de DGP”. Explica que “en ningún caso constituyen un criterio de priorización la edad, la baja reserva ovárica, ni las alteraciones psicológicas y/o psiquiátricas”. Señala que “estos criterios están acordes con el resto de las Unidades públicas del país y se establecen así debido a la elevada lista de espera y al importante número de pacientes en situaciones similares”. Añade que la distinción que realiza la interesada “sobre `edad de la persona´ y `edad biológica´” parece “referirse a la posibilidad de una `insuficiencia ovárica prematura´ que solo es considerada en la Orden Ministerial SSI/2065/2014, de 31 de octubre, cuando se produce antes de los 36 años”. El referido informe adjunta un documento editado en 2015 por la Gerencia del Área Sanitaria IV, titulado “Criterios de Inclusión Unidad de Reproducción Asistida”, cuyos parámetros resultan coincidentes con los señalados por el facultativo interviniente.

Se constata, por tanto, que la actuación de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital ..... se ajustó a lo establecido en los protocolos de actuación, con independencia de que la reclamante hubiera preferido que se

modificaran. Sin embargo, no puede pretender que no existan listas de espera, pues su realidad resulta inevitable en la sanidad pública. Así, en nuestro Dictamen Núm. 114/2016 señalamos que esta “se presta dentro de una serie de actos en masa caracterizados por la presencia de un número elevado, incluso muy elevado, de pacientes que han de ser atendidos secuencialmente y dentro de plazos más o menos perentorios, utilizando de forma racional y económica los medios disponibles, escasos, cuya utilización debe responder a pautas normalizadas a fin de prestar servicio de forma ordenada y sistematizada en el tiempo a muy amplios colectivos”.

Resulta acreditado en el expediente que la reclamante fue incluida en la lista de espera el 24 de febrero de 2014, aunque no recibió el primer ciclo en la Unidad de Fecundación in Vitro hasta el 13 de enero de 2016. Sin embargo, el 31 de octubre de 2014, solo unos meses después de su inclusión en la lista de espera se somete al tratamiento privado cuyos gastos reclama. En estas circunstancias, la decisión personal de acudir a la sanidad privada, y la subsiguiente pretensión de repercutir su importe al servicio público, no puede apoyarse en una dilación injustificada en la asistencia que pudiera influir en la posibilidad de practicar cuantos ciclos resultasen necesarios. Tal circunstancia se le confirma el 21 de abril de 2015 por el Gerente del Área Sanitaria IV cuando le comunica que “no debe tener ningún problema” para realizar el tratamiento “en esta Unidad, ya que figura con fecha de entrada 24-02-14 y 39 años de edad” -38 años, en realidad, lo que mejora sus expectativas-. También recoge el informe emitido por el responsable de la Unidad de Reproducción Asistida que “el criterio para realizar un ciclo” de fecundación in vitro “con arreglo a las nuevas normas del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad “considera que la edad se computa en el momento de la indicación del ciclo”. Siendo así, no existían razones objetivas, más allá de la preocupación entendible de la reclamante, que aconsejaran adelantar la práctica de los ciclos en la medicina privada.

En definitiva, todos los informes sostienen que la actuación del servicio público sanitario fue correcta. Por ello, la falta de acreditación sobre la posible contravención de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio público impide que la reclamación de responsabilidad patrimonial pueda ser acogida, y el detrimento patrimonial sufrido por la perjudicada, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por ella.

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.