

Expediente Núm. 175/2019  
Dictamen Núm. 256/2019

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

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de noviembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de julio de 2019 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios que atribuyen a la deficiente asistencia recibida con ocasión de un tratamiento de reproducción asistida.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 22 de octubre de 2018, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados como consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria.

Exponen que “ante la imposibilidad de tener hijos de forma natural (...) acudieron a la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital ..... (...) para informarse sobre las técnicas de reproducción existentes a cargo de la sanidad pública”.

Señalan que iniciado un tratamiento de fecundación *in vitro*, “en fecha 17 de febrero de 2012 se llevó a cabo la transferencia de 2 embriones” a la reclamante, lográndose el embarazo, si bien durante el mismo falleció uno de los dos fetos, concluyendo la gestación con el nacimiento de un niño el 28 de octubre de 2012.

Manifiestan que “el resto de preembriones sobrantes del ciclo, siete en total, catalogados como de categoría A, la de mayor calidad, debieron criopreservarse en nitrógeno líquido, tal como establece la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, al objeto de poder utilizarse, en su caso, en un nuevo proceso reproductivo./ Sin embargo, el día 23 de marzo (...) se les comunicó que hubo un ‘problema’ con la congelación de dichos embriones, siendo su supervivencia prácticamente nula./ Específicamente, la bióloga responsable aludió a un fallo en la máquina acaecido el mismo día en que se congelaron, induciéndoles, una vez confirmada la doble gestación, a firmar un consentimiento que permitiese la destrucción de aquellos, negándose a ello”.

Indican que “en los meses de enero y noviembre de 2014” la interesada “sufrió sendos abortos naturales”, y que “en octubre de 2015 solicitan nueva cita en el (Hospital .....) para empezar con el proceso de descongelación de los 7 embriones restantes./ A principios de noviembre la referida bióloga les comunicó que el ‘problema’ que realmente hubo con los embriones tres años atrás fue que se cayeron accidentalmente al suelo, llenándose de burbujas los pajuelos./ El día 3 se descongelaron los embriones. Todos ellos estaban muertos (...). En fecha 4 de diciembre solicitaron (...) cita para tratar el tema, denegándoseles un nuevo tratamiento de (fecundación *in vitro*) al haber tenido ya un hijo”, por lo que recurrieron a la sanidad privada, y tras los oportunos

tratamientos la reclamante sufrió un aborto natural y posteriormente una nueva gestación gemelar que culminó con el nacimiento de dos bebés.

Invocan el artículo 11 de la citada Ley 14/2006, de 26 de mayo, en cuanto que establece “la obligación de crioconservar los embriones viables sobrantes, correspondiendo al servicio de salud al que nos dirigimos llevar a cabo ese proceso con la diligencia y atención debidas”, así como el artículo 14, relativo a la responsabilidad por mala práctica en el procedimiento que -afirman- regula también el Real Decreto 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Consideran que tanto la caída como la consecuente destrucción de los embriones prueban que no hubo una manipulación diligente, lo que a su vez impidió la utilización de los mismos para su implantación a fin de conseguir un nuevo embarazo. Reconocen que la normativa impide iniciar un nuevo tratamiento de reproducción asistida a parejas con hijo previo y sano, por lo que “la negligencia sufrida” les “obligó (...) a tener que acudir a una clínica privada, con los costes que documentalmente acreditamos, y que ascendieron a 7.158,94 €”. A esta cantidad añaden la correspondiente al perjuicio moral derivado de la situación, que cuantifican en quince mil euros (15.000 €), ascendiendo la indemnización total a veintidós mil ciento cincuenta y ocho euros con noventa y cuatro céntimos (22.158,94 €).

Aportan diversa documentación, entre la que se encuentran diversas facturas relativas al tratamiento seguido.

**2.** Mediante escrito de 5 de noviembre de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de

procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** Previo requerimiento formulado por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 28 de noviembre de 2018 la responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite las historias clínicas de los reclamantes obrantes en el Hospital ..... y el informe emitido el 23 de noviembre de 2018 por el Jefe de la Sección de Reproducción.

**4.** Con fecha 9 de abril de 2019, un representante de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias presenta un escrito de alegaciones en el que afirma que la reclamación es extemporánea, pues “el 3 de noviembre de 2015 los reclamantes ya eran conocedores tanto de que en el proceso de desvitrificación no se obtuvo supervivencia de ninguno de los siete embriones como de la cancelación del ciclo”.

**5.** Mediante oficio de 10 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

No consta en este que se hayan formulado alegaciones.

**6.** El día 17 de junio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que la reclamación es extemporánea.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de julio de 2019, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

**TERCERA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que en la fecha de entrada del expediente en este Consejo se había rebasado ya el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**CUARTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de

producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

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

**QUINTA.-** En el examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración hemos de identificar, en primer lugar, los supuestos daños alegados a fin de determinar si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto.

Con relación al plazo para el ejercicio de la reclamación, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 planteado, los interesados solicitan tanto el resarcimiento del daño patrimonial derivado de los costes del tratamiento recibido en una clínica privada, como el del daño moral asociado a “la situación de angustia,

zozobra y ansiedad motivada por la pérdida de los siete preembriones de la mejor calidad, imposibilidad de transferencia, negativa de la sanidad pública a iniciar un nuevo proceso reproductivo, obligación de acudir a una clínica privada, abortos-”.

Al respecto la propuesta de resolución señala, con base en las alegaciones emitidas por la compañía aseguradora, que “la reclamación podría considerarse extemporánea, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que el 3 de noviembre de 2015 los reclamantes ya eran concedores tanto de que en el proceso de desvitrificación no se obtuvo supervivencia de ninguno de los embriones como de la cancelación del ciclo. Dado que la reclamación fue presentada el 22 de octubre de 2018, ha transcurrido más de un año desde que conocen el alcance del daño y la interposición de la reclamación”. Puesto que los interesados no realizan ninguna alegación durante el trámite de audiencia, tampoco rebaten estas afirmaciones.

El examen de la documentación incorporada al expediente confirma el relato de los reclamantes con relación a las fechas relevantes del supuesto examinado. Consta que en diciembre de 2015 les fue denegado un nuevo tratamiento en la sanidad pública, y que en octubre de 2016 lo obtuvieron en un centro privado, si bien la gestación resultante finalizó con un aborto natural acaecido en el mes de diciembre de ese año. Al mismo siguió un nuevo tratamiento iniciado en el mes de febrero de 2017 y, aunque en su solicitud indican que sus dos hijos nacieron el “28 de octubre de 2018”, la historia clínica refleja que el alumbramiento gemelar tuvo lugar el 28 de octubre de 2017. Las facturas aportadas por ellos avalan que los tratamientos se llevaron a cabo en esas fechas (octubre de 2016 y febrero de 2017).

Por su parte, el informe de la Sección de Reproducción del Servicio de Ginecología y Obstetricia explica que, “según anotación de los biólogos en el curso clínico del día 23-3-12, se informó a la pareja de que durante el proceso de vitrificación de los 7 embriones restantes hubo un problema y que se

estimaba que la capacidad de supervivencia era muy baja, por lo que se acordó con los pacientes que si el embarazo actual finalizaba con un recién nacido sano se valoraría su destrucción, pero al no tener más contacto de los pacientes con la Unidad fueron conservados”. Confirma que en el mes de octubre de 2015 “la pareja consultó porque deseaba intentar nueva gestación con los embriones criopreservados y se realizó un ciclo de transferencia de embriones criopreservados con estrógenos transdérmicos. Durante el proceso de desvitrificación de los embriones no se obtuvo supervivencia de ninguno de los 7 embriones y el ciclo fue cancelado”. También constata que “el día 4-12-15 consultaron para valorar nuevo ciclo” de fecundación *in vitro*, “siendo informados de que al tener ya un hijo sano no podían ser incluidos en el programa”.

A nuestro juicio, para la determinación del *dies a quo* se debe tomar como referencia el momento en el que los interesados tienen pleno conocimiento de que los siete preembriones sobrantes del tratamiento inicial de fecundación *in vitro* no habían sobrevivido, fecha que debe situarse en el 3 de noviembre de 2015 cuando reciben la información de la bióloga en ese sentido. No obstante, en aplicación del principio *pro actione*, incluso si acudiéramos a la interpretación más favorable para los reclamantes y considerásemos como *dies a quo* la fecha en la que solicitan el primer tratamiento en la clínica privada, octubre de 2016, resulta evidente que desde entonces los afectados ya poseían pleno conocimiento de que no podían obtenerlo en el sistema sanitario público y, por tanto, de las condiciones fácticas y jurídicas que pueden justificar una reclamación de responsabilidad patrimonial de conformidad con el principio de la *actio nata*, que fija el plazo anual de prescripción para ejercitar esta acción. En consecuencia, habiéndose presentado la reclamación de responsabilidad patrimonial el día 28 de octubre de 2018, resulta clara su extemporaneidad. Ni la decisión de someterse a un nuevo tratamiento en el ámbito privado ni el resultado del mismo pueden determinar el cómputo del *dies a quo* de la responsabilidad de la Administración sanitaria, pues implicaría que la

determinación del inicio del plazo para reclamar quedaría a expensas de la decisión de los afectados de someterse a nuevos tratamientos, lo que, en definitiva, “llevaría a mantener el plazo para el ejercicio de la acción indefinidamente abierto y sin posibilidad alguna de concreción” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:6357-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

Nuestra conclusión no obsta para que debamos reseñar, en todo caso, que los reclamantes -tal y como ellos mismos plantean- no cumplían los requisitos que exige la normativa aplicable para someterse a un nuevo tratamiento en la sanidad pública. Efectivamente, el anexo II 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, recoge en su apartado 5.3.8.2 los “criterios generales de acceso a tratamientos” de reproducción humana asistida, que según la letra a) “se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los (...) criterios o situaciones de inclusión” que se especifican, figurando entre ellos las “Personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano”. Por tanto, con independencia de la producción del incidente que mencionan -al que se refiere también el facultativo informante-, hemos de entender que no cumplían los criterios de inclusión que les hubieran permitido acceder a un segundo ciclo de tratamiento (si bien observamos que el informe del servicio afectado no aclara por qué se procedió a una nueva transferencia), de modo que la decisión personal de acudir a la sanidad privada para recabar un nuevo tratamiento y la subsiguiente de repercutir su importe al servicio público no está justificada ni legítima una imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración.

En definitiva, y conforme a lo que acabamos de señalar, hemos de concluir que la reclamación formulada el 22 de octubre de 2018 fue presentada cuando ya había expirado el plazo legalmente establecido para el ejercicio de la acción. Por tanto, entendemos que ha de ser desestimada por extemporánea,

sin que resulte necesario analizar si concurren o no el resto de requisitos generadores de la responsabilidad que se demanda.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.