



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente
Sr. Quijano González, Consejero
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 28 de junio de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx y D. bbbbb*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 29 de mayo de 2007 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx y D. bbbbb, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 30 de mayo de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 519/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- Mediante escrito fechado el 22 de septiembre de 2004, Dña. xxxxx y D. bbbbb presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños morales sufridos a causa de la negativa del Hospital hhhhh de xxxxx a continuar el tratamiento de fertilidad que los reclamantes habían iniciado en el Hospital xxxxx de xxxxx, por haber superado la paciente la edad límite para la aplicación de técnicas de reproducción asistida.



Reclaman como indemnización 12.000 euros, en concepto de daños morales, puesto que, según manifiestan, es lo que cuesta un tratamiento de estas características en un centro médico. Subsidiariamente, solicitan la revocación del acto por el que se le impide continuar con dicho tratamiento.

Acompañan a su reclamación copia de un informe médico, fechado el 28 de enero de 2003, del Departamento de Anatomía Patológica del Hospital ppppp (xxxxx), así como copia incompleta del escrito presentado el 27 de abril de 2004, por el que solicitaban la continuación del tratamiento.

Posteriormente, el 24 de noviembre de 2004 solicitan que se incorporen al expediente las historias clínicas de la paciente obrantes en los hospitales ppppp (xxxxx), xxxxx (xxxxx) y hhhhh (xxxxx).

Segundo.- Al expediente administrativo se ha incorporado, además de la historia clínica de la paciente, la siguiente documentación:

- Informe de la Unidad de Reproducción del Servicio de Ginecología y Obstetricia, de fecha 15 de diciembre de 2004.

- Informe de la Inspección Médica, de 20 de enero de 2005.

- Un artículo sobre los "criterios para la utilización de los recursos del Sistema Nacional del Salud español en técnicas de reproducción humana asistida", elaborado por el Grupo de Interés de Centros Reproducción Humana Asistida del Sistema Nacional de Salud y publicado en la Revista Iberoamericana de Fertilidad.

- Informe del Jefe de la Unidad de Reproducción, de fecha 26 de diciembre de 2006.

- Informe-nota interior de fecha 31 de enero de 2007, de la Jefa de Servicio de Cartera y Nuevas Tecnologías, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

Tercero.- Concedido el trámite de audiencia, los reclamantes presentan un escrito el 28 de julio de 2005, en el que impugnan los informes obrantes en



el expediente, por carecer de imparcialidad, así como el artículo doctrinal, y reiteran su pretensión inicial.

Cuarto.- El 2 de noviembre de 2006 se les notifica el certificado del silencio administrativo producido.

Quinto.- El 28 de noviembre de 2006, los interesados presentan un escrito en el que solicitan que se dicte resolución estimatoria, puesto que han transcurrido más de dos años desde que interpusieron la reclamación.

Sexto.- El Director General de Desarrollo Sanitario emite, con fecha 19 de abril de 2007, informe-propuesta de carácter desestimatorio.

Séptimo.- Con fecha 7 de mayo de 2007, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula una propuesta de orden desestimando la reclamación interpuesta.

Octavo.- El 16 de mayo de 2007, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de orden citada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen



Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe hacer las siguientes observaciones en relación a la tramitación del procedimiento:

- Debe hacerse un reproche sobre el excesivo tiempo transcurrido desde que el interesado presenta la reclamación (5 de octubre de 2005) hasta que se formula la propuesta de orden (7 de mayo de 2007). En particular, llama la atención la inexplicable tardanza -casi dos años- en formular la propuesta de orden desde finalización del trámite de audiencia. Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

- Constan en el expediente dos documentos -informe de 26 de diciembre de 2006 y nota interior de 31 de enero de 2007- posteriores al trámite de audiencia concedido. No obstante, este Consejo Consultivo estima que la no concesión de un nuevo trámite de audiencia en relación con tales informes no ha generado indefensión para los reclamantes, porque dichos documentos no aportan ningún dato nuevo en relación con los ya existentes en el expediente, de los cuales se dio audiencia a los interesados.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".



La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

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

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

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

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

e) Ausencia de fuerza mayor.

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

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. xxxxx y D. bbbbb debido a los daños y perjuicios derivados de la decisión del Hospital hhhhh de xxxxx por la que se deniega a la reclamante la continuación del tratamiento de fertilidad que había iniciado en el Hospital xxxxx de xxxxx, por haber superado la edad límite para la aplicación de este tratamiento.



Los interesados han interpuesto la reclamación en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no haber transcurrido un año desde la fecha de la denegación.

6ª.- En el expediente que nos ocupa, es necesario examinar en primer lugar la realidad y certeza del daño patrimonial alegado.

Los interesados solicitan que se les indemnice por los daños morales que entienden se les han causado por la negativa del hospital a continuar con el tratamiento de fertilidad.

Analizada la documentación obrante en el expediente, no ha quedado acreditada la existencia de los daños morales ocasionados. Más allá de su alegación en abstracto, los reclamantes no han aportado ningún elemento de prueba que permita apreciar la realidad de tales perjuicios. Debe recordarse que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo que, más específicamente para el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración, dispone el artículo 6.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial; y que la Administración, por su parte, deberá probar los hechos que, en su caso, desvirtúen los alegados.

Por lo tanto, al no quedar acreditada la realidad del daño alegado, la reclamación debe ser desestimada.

7ª.- No obstante lo anterior, y entrando en el fondo del asunto, no se aprecia una actuación inadecuada de los servicios públicos sanitarios.

La Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida -vigente en el momento de los hechos-, establecía en su artículo 2.1.a) que estas técnicas sólo se realizarán cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. Añade el artículo 4 que el análisis médico previo al tratamiento deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de la mujer, tales como su edad, su historial clínico o las posibles causas de esterilidad.



Pues bien, la negativa a continuar el tratamiento de fertilidad por la edad de la paciente viene refrendada por los diversos informes obrantes en el expediente.

El informe de la Jefa de Servicio de Cartera y Nuevas Tecnologías de la Dirección General de Asistencia Sanitaria señala que “los criterios que actualmente sigue el Sacyl para inclusión de pacientes en el programa de reproducción humana asistida (elaborados en 2004) se basan en los establecidos en 2002 por el grupo de expertos del Sistema Nacional de Salud, que son compartidos por la gran mayoría de los centros públicos españoles. El límite de edad de 40 años para inicio de tratamiento viene determinado por razones biológicas derivadas de la reducción drástica y progresiva a partir de esta edad de la probabilidad de conseguir un embarazo, lo que hace cada vez más ineficiente la aplicación de técnicas de reproducción asistida a partir de esa edad”.

Por su parte, el informe de la Inspección Médica abunda en los motivos existentes -no sólo la edad- y señala que la reclamante incumplía los criterios para la utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud español en técnicas de reproducción asistida, a saber: superaba la edad de 40 años, a partir de la cual la fertilidad natural presenta una clara disminución, a la vez que aumentan significativamente el riesgo de anomalías congénitas y la tasa de abortos; presentaba una baja reserva ovárica; concurría una esterilidad secundaria, pues la reclamante tiene un hijo de 11 años; y existían contraindicaciones como la hemitiroidectomía y la laparotomía por mioma uterino realizadas a la paciente en 1994 y 1995, o el tumor quístico en ovario derecho diagnosticado en 2004.

La concurrencia de estas circunstancias impidió a la reclamante acceder a las técnicas de reproducción asistida, de acuerdo con los informes médicos antes citados, no existiendo, por tanto, un funcionamiento incorrecto de los servicios públicos sanitarios

8ª.- Finalmente, debe indicarse que la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial no impide que la pretensión de la interesada –el acceso a la prestación sanitaria “reproducción humana asistida”, incluida cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, establecida en el Real



Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre- pueda ejercitarse a través de otros cauces procedimentales.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx y D. bbbbb, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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