

Dictamen n^o: **45/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.E.M. sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la defectuosa información sobre el destino de los preembriones resultantes de un tratamiento de fecundación in vitro en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 14 de enero de 2013, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 27/13, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna

propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2013.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación presentada por M.E.M. en una oficina de Registro del Ayuntamiento de Madrid el 23 de marzo de 2012 (folios 1 a 26 del expediente).

Según la reclamante, en el mes de enero de 2007 fue remitida a consulta de Infertilidad del Hospital General Universitario Gregorio Marañón para ser objeto de estudio a los efectos de iniciar un proceso de gestación. Continua señalando que tras las oportunas pruebas clínicas, comenzó a someterse a tratamiento de FIV/ICSI y mediante intervención quirúrgica realizada el 27 de octubre de 2008, se le extrajeron 8 (ocho) ovocitos, los cuales fueron fecundados con los espermatozoides de su pareja. Según la interesada mediante comunicación telefónica se la informó de que de los 8 (ocho) óvulos extraídos, 5 (cinco) fueron fecundados, procediéndose a la implantación de dos embriones de los cuales quedó solo uno. Añade que también vía telefónica, el equipo de fertilidad le comunicó que 3 (tres) eran los embriones sobrantes que quedarían criopreservados en los bancos autorizados para ello.

Siguiendo con el relato de los hechos de su reclamación, la interesada sostiene que el 4 de febrero de 2011 procedió a ponerse de nuevo en lista de espera ya que era su deseo tener un segundo hijo. Añade que al no recibir respuesta se puso en contacto con el Hospital General Universitario Gregorio Marañón a los efectos de pedir información, momento en el que le comunicaron que no era necesaria la espera dado que disponía de 3 (tres) embriones, remitiéndola a la consulta de enfermería B-7 de Reproducción.

Según la interesada en la citada consulta le indicaron que no constaba la existencia de tres embriones pues fueron destruidos. M.E.M. reprocha que

hasta ese momento nunca fue informada, ni tampoco recibió información del proceso al que los tres embriones fueron sometidos incumpléndose, según la reclamante, lo dispuesto en el artículo 11.4 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante Ley 14/2006) así como el 11.5 del citado texto legal.

La reclamante subraya que en el hospital se le informó de que dada su edad y la gran lista de espera no habría posibilidad de poder iniciar el tratamiento para tener un segundo hijo. M.E.M. pone de manifiesto en su escrito que dicha circunstancia le ha supuesto un enorme estado de ansiedad que le ha obligado a acudir a un especialista para su tratamiento.

En virtud de lo expuesto, solicita una indemnización en cuantía que no concreta.

TERCERO.- A la vista de la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se comunica a la interesada que se está tramitando el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante RPRP). De igual modo se requiere a la reclamante para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del RPRP concrete la cuantía económica solicitada o los criterios en base a los cuales pretende sea fijada. Este requerimiento es atendido el 18 de mayo de 2012, cuando la reclamante presenta escrito en el que procede a la valoración económica de los daños en los siguientes términos:

“1.El coste de un tratamiento de fecundación in vitro con microinyección espermática cuya cuantía asciende al importe de 10.000 € sin perjuicio de los incrementos que puedan realizarse por

las pruebas complementarias a que deba someterme las cuales se calculan en 1.800 €”.

A dicha cantidad, la reclamante añade los daños morales derivados de la imposibilidad de someterse a un nuevo tratamiento de gestación. Por este concepto la interesada reclama la cantidad de 4.584,6 euros a razón de 56.60 euros por día impeditivo hasta el momento de presentar el escrito de subsanación.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la reclamante remitida por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 36 a 114 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe preceptivo del servicio médico afectado. Así se ha incorporado al expediente el informe de 23 de abril de 2012 del médico adjunto de la Sección de Reproducción Humana del Servicio de Ginecología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, por el que se reitera en las consideraciones de un informe anterior de 18 de noviembre de 2011 emitido en relación con la queja formulada por la reclamante ante el Servicio de Atención al Paciente del citado hospital (folios 115 a 118 del expediente). También consta en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria (folios 125 a 132 del expediente) en el que se concluye lo siguiente:

“A la vista de todo lo actuado anteriormente, no existe evidencia de que la asistencia prestada durante el proceso asistencial haya sido incorrecta o inadecuada a al “lex artis”, si bien la paciente no ha recibido información expresa y definitiva de los resultados, creándose unas falsas expectativas.

El hecho reclamado de no poder acceder a un segundo tratamiento para intentar quedar nuevamente embarazada, es consecuencia de la

aplicación de los criterios vigentes en los programas públicos de reproducción asistida, según los cuales todas las esterilidades primarias tienen prioridad absoluta sobre cualquier esterilidad secundaria en el acceso al tratamiento, por lo que al tener ya un hijo del anterior proceso de FIV-ICSI, la paciente tiene que ponerse de nuevo en lista de espera, lo que dada la edad de la paciente y la extensión de la lista, hace inviable un segundo procedimiento FIV”.

Consta en el expediente que el día 26 de abril de 2012 la reclamante presentó un escrito adjuntando los precios de una clínica privada de fecundación a la que habría consultado telefónicamente y un informe médico fechado el 13 de abril de 2012 en el que se indica que la reclamante *“presenta un trastorno depresivo-adaptativo, con buena evolución, en relación con imposibilidad de gestación”*.

Tal y como establecen los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, el día 10 de septiembre de 2012 se confirmó el preceptivo trámite de audiencia a la reclamante. El día 1 de octubre de 2012 la interesada formula alegaciones en las que sostiene, en síntesis, que en su caso se ha producido *“una falta total y absoluta de información y prestación de consentimiento”* que le ha perjudicado. Acudió al hospital con el objeto de iniciar un nuevo proceso de gestación en la creencia de que existían preembriones crioconservados.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dictó propuesta de resolución en fecha 14 de diciembre de 2011, en la que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada por entender que la asistencia sanitaria dispensada a M.E.M. fue correcta y por tanto el posible daño no reviste el carácter de antijurídico, pues entiende que la Unidad de Reproducción Humana del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital General Universitario Gregorio

Marañón actuó en todo momento conforme a la legalidad y de acuerdo a los criterios científicos y clínicos aceptados, debiendo soportar la reclamante la frustración experimentada, que en ningún caso puede imputarse a la sanidad pública.

CUARTO.-Del examen de la historia clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

La paciente, de 33 años de edad en el momento de los hechos, el 11 de enero de 2007 es remitida para estudio a la Consulta de Infertilidad del Hospital General Universitario Gregorio Marañón desde el Hospital Virgen de la Torre de Madrid. En la hoja de interconsulta se anota que la paciente intenta gestación desde el año 2005 y que presenta infertilidad primaria.

El día 5 de septiembre de 2007 la reclamante y su pareja firman un documento de consentimiento informado para congelación embrionaria y criotransferencia de embriones (folios 55 y 56 del expediente). En el mencionado documento, tras explicar en que consiste la congelación de embriones, en el apartado “*indicaciones*” se señala lo siguiente:

«(...) cuando se hayan generado embriones supernumerarios, serán crioconservados por un plazo equivalente a la vida fértil de la mujer con el objeto de que se puedan transferir en intentos posteriores. En estos casos, los progenitores deberán firmar un “compromiso de responsabilidad sobre sus embriones crioconservados”. En el se incluirá una cláusula por la que la pareja o la mujer, en su caso, otorgarán su consentimiento para que, en el supuesto de que los embriones crioconservados no les fueran transferidos en el plazo previsto, sean donados con fines reproductivos como única alternativa. Antes de iniciar un tratamiento de reproducción asistida

será necesario comprobar que la pareja, o la mujer en su caso, no tengan embriones crioconservados en algún centro nacional de reproducción asistida. Si se comprobara su existencia, y salvo que concurra algún de los impedimentos para disponer de ellos, no se podría iniciar un nuevo tratamiento».

En cuanto al procedimiento, en el documento firmado por la interesada se indica que *“los embriones resultantes de un ciclo de fecundación in vitro y no transferidos al útero son analizados para determinar su normalidad morfológica y su potencial desarrollo. Los que se consideran aptos para la congelación son sometidos a un proceso de preparación, introducidos en recipientes especiales y expuestos a la acción del frío de forma controlada. Finalmente, se almacenan en contenedores especiales y se conservan con arreglo a los requisitos de seguridad legalmente establecidos”.*

En el apartado de “riesgos” se recoge que *“en algunos casos, ninguno de los embriones congelados reúne las características idóneas para ser transferido después de la descongelación”* y se añade que *“los estrictos protocolos de conservación de los embriones congelados no pueden impedir que contingencias no previsibles o inevitables produzcan un eventual deterioro de los embriones crioconservados”.*

Además en el apartado de “resultados” se expresa que *“la tasa de supervivencia embrionaria tras la descongelación oscila entre el 50% y el 70%. La transferencia de embriones descongelados produce una tasa de gestación cercana al 15 % por transferencia”.*

En el documento firmado por la reclamante y su pareja se incluye un *“compromiso de responsabilidad sobre embriones crioconservados”* en el que se incluye, entre otros extremos, lo siguiente:

“los embriones no transferidos y aptos para la congelación serán sometidos necesariamente a este proceso, y tendrán como único destino

la transferencia con fines reproductivos. Por tanto, sea cual sea el resultado del actual ciclo de tratamiento, somos conscientes de que, en el caso de no se produzca una gestación o de que ésta no sea evolutiva, no podremos solicitar un nuevo ciclo de tratamiento en ningún centro asistencial mientras los embriones de los que somos progenitores permanezcan congelados”.

En la misma fecha 5 de septiembre de 2007, la reclamante y su pareja firman un documento de consentimiento informado para fecundación in vitro/microinyección espermática y transferencia embrionaria (folios 57 y 58 del expediente).

El 27 de octubre de 2008 se realizó a la reclamante, dentro del programa de fecundación in vitro, punción folicular transvaginal ecoguiada que transcurrió sin incidencias.

El día 30 de octubre de 2008 se realiza la transferencia embrionaria. Según el informe del médico adjunto de la Sección de Reproducción Humana del Hospital General Universitario Gregorio Marañón *“la paciente contaba con cinco embriones (uno clase A y cuatro clase D), de los cuales dos (A y D) fueron transferidos y tres mantenidos en cultivo ya que su baja calidad y la lentitud de su desarrollo hacían dudar de su evolutividad. Ante la confirmación de la ausencia de división embrionaria, se desistió de su congelación”.*

El 22 de julio de 2009 tiene lugar el parto del primer hijo de la reclamante.

El 4 de febrero de 2011 la interesada es remitida a la consulta de Infertilidad del Hospital General Universitario Gregorio Marañón con el objeto de reiniciar el programa de fecundación in vitro para obtener un segundo embarazo.

Según el informe del médico adjunto de la Sección de Reproducción Humana *“la paciente acudió a la Consulta de Reproducción el día 29-9-11, para solicitar información sobre el procedimiento para transferir los embriones que, en su concepto, tenía almacenados. Según figura en la historia clínica, se le comunicó que no existían tales embriones”*.

El 14 de noviembre de 2011 la reclamante presenta una queja ante el Servicio de Atención al Paciente del hospital en la que denuncia la falta de información sobre el destino de los tres embriones que ella creía crioconservados, así como la imposibilidad de ponerse en lista de espera para volver a hacer el tratamiento, por tener una edad de 36 años y tener una lista de espera de 3 años.

Mediante escrito fechado el 13 de diciembre de 2011, la jefa del Servicio de Atención al Paciente contesta a la queja de la reclamante señalando lo siguiente:

“la información que se facilita a los pacientes en el día de la transferencia respecto de los embriones que tienen posibilidad de ser congelados es en muchas ocasiones parcial -como no puede ser de otro modo-, ya que, en casos como el de M.E.M., sólo tras 24 horas de cultivo se puede determinar con certeza si se cumplen o no los criterios necesarios para indicar la congelación embrionaria.

(...) es cierto que en la historia clínica de la paciente no figura que le fuera comunicada expresamente la información definitiva sobre el destino de los embriones transferidos... consideramos que el problema deriva de que la paciente no ha recibido información expresa y definitiva en relación con el destino de los embriones no transferidos. La solución más adecuada sería entregar a todos los pacientes un informe de resultados al cierre del ciclo, que incluyese información definitiva sobre la existencia de embriones congelados.

La aplicación informática que da soporte a la historia clínica de la Sección de Reproducción no cuenta con este recurso y no ha podido ser implementado por el fabricante, a pesar de que se le ha solicitado en varias ocasiones.

(...)En aplicación de los criterios vigentes en los programas públicos de reproducción asistida, todas las esterilidades primarias tienen prioridad absoluta sobre cualquier esterilidad secundaria en el acceso al tratamiento, lo que en la práctica determina que las pacientes con esterilidad secundaria no accedan a tratamiento.

(...)La inexistencia de embriones congelados figura escrupulosamente anotada en la historia clínica, por lo que la apreciación de la paciente sobre el cumplimiento de la normativa no parece muy acertada”.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de “*Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por la reclamante en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

SEGUNDA.- La reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en ella la condición de interesada, exigida por los artículos 31 y 139.1 de la LRJ-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital General Universitario Gregorio Marañón integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el presente caso, la interesada formula su reclamación por una supuesta falta de información sobre la inexistencia de embriones crioconservados y la imposibilidad de acceder a un segundo tratamiento de fecundación in vitro. De los datos que figuran en el expediente examinado

puede concluirse que no es hasta el 29 de septiembre de 2011, cuando la interesada tiene cabal conocimiento del daño, pues en esa fecha la reclamante acude a la consulta de Fertilidad del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y se le comunica la inexistencia de los embriones que M.E.M. consideraba conservados. Por ello debe entenderse que la reclamación presentada el día 23 de marzo de 2012 se ha formulado dentro del plazo de un año que marca el texto legal.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección sanitaria.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia a la interesada, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las Sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso

6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

CUARTA.- En el presente caso, de los términos de la reclamación presentada puede inferirse que la interesada reprocha a la Administración Sanitaria la falta de información y consentimiento sobre el destino de los embriones no transferidos en el tratamiento de fecundación in vitro al que se sometió en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, así como la frustración de sus legítimas esperanzas de ser madre por segunda vez debido a su edad y las listas de espera existentes en la sanidad pública.

Conforme a lo expuesto en la consideración anterior, la primera cuestión que se debe examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada, es la existencia real y efectiva del daño aducido.

En el análisis de la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, debemos partir de que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial es al reclamante al que incumbe la carga de la prueba. En este sentido, la Sentencia de 3 de mayo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de

1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997 y 21 de setiembre de 1998.

De los términos de la reclamación presentada se puede inferir que la interesada imputa a la actuación sanitaria el trastorno depresivo que dice padecer y la imposibilidad de someterse a un nuevo tratamiento de fertilidad en la sanidad pública. Igualmente aduce un daño económico que concreta en las cantidades que tendrá que desembolsar para someterse a un tratamiento de fecundación en una clínica privada.

De la documentación aportada por la interesada, consistente en un informe médico, puede tenerse por acreditado el trastorno depresivo que alega. También de los documentos e informes que obran en el expediente, y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá al tratar de los demás requisitos de la responsabilidad patrimonial, resulta que de acuerdo con los protocolos médicos actuales y los criterios de priorización establecidos en los programas públicos de reproducción asistida, en los que se da prioridad absoluta a las esterilidades primarias (primer hijo) resulta muy improbable que la reclamante pueda someterse a un segundo tratamiento de fecundación in vitro, al contar ya con un hijo y por tanto tratarse de una esterilidad secundaria.

Ahora bien, por lo que se refiere a las cantidades que la interesada reclama para tener que someterse al tratamiento de fecundación en una clínica privada, debe señalarse que no se trata de un daño actual y efectivo, sino meramente hipotético, pues no se sabe si la reclamante llegará a someterse a ese tratamiento y por tanto a hacer efectivas las cantidades que reclama y por el importe que lo hace. Como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 5ª) de 8 de febrero de 2012, “*el detrimento personal o patrimonial del perjudicado debe ser constatable en la realidad, cierto*”, y por tanto se excluyen “*los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles,*

así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere tal la mera frustración de una expectativa”.

Una vez apreciada la existencia de algunos de los daños alegados, debemos entrar en el análisis de los reproches de la reclamante. Así debemos comenzar por señalar que la Ley 14/2006, al regular el destino de los preembriones resultantes de las técnicas de reproducción humana asistida, establece en su artículo 11 la posibilidad de que los sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo, puedan ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. El apartado 5 de citado artículo establece que la utilización de los preembriones requerirá el consentimiento informado de la mujer, o en su caso también del marido, con anterioridad a la generación de los mismos.

En este punto la documentación obrante en la historia clínica examinada pone de manifiesto que la reclamante y su pareja, con anterioridad al proceso de fecundación in vitro, prestaron su consentimiento informado, tanto para la fecundación in vitro propiamente dicha (folios 57 y 58 del expediente) como para la congelación embrionaria y criotransferencia de embriones (folios 56 y 57 del expediente). La lectura de este documento, permitió a la reclamante y a su pareja conocer toda la información sobre el proceso de crioconservación, tanto el procedimiento, como las alternativas, resultados y riesgos, y prestar su consentimiento al respecto. Igualmente con la firma de ese documento, mediante la cláusula de *“compromiso de responsabilidad sobre embriones criopreservados”* prestó su consentimiento para la crioconservación de los embriones y su destino único para fines reproductivos. Además de dicho documento firmado para la congelación embrionaria y criotransferencia de embriones la reclamante pudo conocer que la crioconservación solo es aplicable a los embriones que resulten aptos para ello. En este sentido el documento de consentimiento informado en el apartado *“procedimiento”* indica que *“los embriones resultantes de un ciclo*

de fecundación in vitro y no transferidos al útero son analizados para determinar su normalidad morfológica y su potencial desarrollo. Los que se consideran aptos para la congelación son sometidos a un proceso de preparación, introducidos en recipientes especiales y expuestos a la acción del frío de forma controlada. Finalmente, se almacenan en contenedores especiales y se conservan con arreglo a los requisitos de seguridad legalmente establecidos". Por tanto con la firma de los documentos mencionados se cumplió con las prescripciones que marca el texto legal en cuanto a información y consentimiento previo a la generación de preembriones, por lo que no puede aceptarse el reproche de la reclamante en este punto.

Ahora bien, resulta indudable de los documentos e informes que obran en el expediente que hubo una defectuosa información a la interesada en lo que atañe a la viabilidad de los preembriones no transferidos y esto generó en la reclamante la falsa creencia de que dispondría de ellos para un futuro embarazo. En este sentido se manifiesta el informe del médico implicado en el proceso asistencial de la reclamante cuando señala que desde el Departamento de Obstetricia consideran *"que el problema deriva de que la paciente no ha recibido información expresa y definitiva en relación con el destino de los embriones no transferidos"* y añade que *"la solución más adecuada sería entregar a todos los pacientes un informe de resultados al cierre del ciclo, que incluyese información definitiva sobre la existencia de embriones congelados"*. Sobre la falta de información en este punto, incide la Inspección Sanitaria en su informe, cuando indica que si bien no existe evidencia de que la asistencia prestada haya sido inadecuada o incorrecta, *"sí se detecta un fallo evidente en la comunicación médico paciente"* y añade que la paciente fue informada del número de embriones sobrantes tras la transferencia (tres), que serían crioconservados en caso de que con el paso de los días siguieran dividiéndose y fueran de buena calidad, pero al no producirse de esta manera, no se pudo realizar el procedimiento de

congelación, *“pero parece que no se informó a la paciente de forma clara sobre el resultado final de este proceso”*. Por ello concluye que *“la paciente no ha recibido información expresa y definitiva de los resultados, creándose unas falsas expectativas”*.

Conforme a lo expuesto, podemos afirmar que la Administración Sanitaria, en este aspecto concreto relativo al resultado final del proceso y la no viabilidad de los preembriones no transferidos, no cumplió con el deber de suministrar información a la paciente en los términos exigidos por el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, donde se establece que *“Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”*. Entendemos que esa infracción del deber de información que recae sobre la Administración sanitaria, ha ocasionado a la reclamante una situación de angustia o padecimiento psíquico, acreditada por el informe médico aportado al procedimiento relativo al trastorno depresivo que padece, que constituye un daño antijurídico y por tanto indemnizable y ha frustrado las esperanzas de la reclamante de ser madre por segunda vez.

QUINTA- Por otro lado, la reclamante pretende imputar a la actuación sanitaria la frustración de sus legítimas esperanzas de tener más hijos, pues sostiene que con su edad y habida cuenta de las listas de espera que existen en la sanidad pública, no hay ninguna posibilidad de acceder a un nuevo tratamiento de fecundación in vitro.

De los informes que obran en el expediente, en particular del informe del médico de la Sección de Reproducción Humana del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, implicado en el proceso asistencial de la reclamante, resulta que tras el proceso de fecundación in vitro al que se

sometió M.E.M. en el año 2008, la interesada disponía de cinco preembriones, de los que dos fueron transferidos y los tres restantes no pudieron ser criopreservados dada su baja calidad. Por tanto, si la reclamante deseaba tener un segundo hijo y no lo obtenía por medios naturales, no tenía más opción que acudir a un nuevo tratamiento de fecundación in vitro, y ello no trae causa de la falta de información que hemos apreciado en la consideración anterior, sino que es el corolario lógico del proceso de fecundación que no resultó fructífero en vistas a un futuro embarazo a pesar de que fue realizado correctamente. En este sentido se manifiesta la Inspección Sanitaria en su informe, cuando dice no encontrar *“indicios de mala praxis en ninguno de los pasos del procedimiento”*, incluido el de congelación de preembriones pues únicamente se puede realizar con los de *“máxima calidad”*, lo que no fue posible en el caso de la reclamante dada la baja calidad de los mismos.

La circunstancia de que la reclamante no pueda acceder en la práctica a un segundo tratamiento de fecundación in vitro en la sanidad pública no es imputable a la actuación de la Administración Sanitaria, sino a la aplicación de los programas públicos de reproducción asistida en los que las esterilidades primarias (primer hijo) tienen prioridad absoluta sobre las esterilidades secundarias (segundo hijo), como la de la reclamante.

En este punto 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 procedimiento para su actualización, recoge en la cartera de servicios comunes de atención especializada (Anexo III, punto, 5.3.8), la reproducción humana asistida cuando *“haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: Inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos”*.

El Real Decreto que acabamos de citar, permite que sean los propios sistemas de salud los que mediante protocolos médicos fijen las condiciones para someterse a dichos tratamientos. Dichos protocolos configuran el contenido de la prestación enunciada en la cartera de servicios, siendo los profesionales médicos los competentes para determinar los parámetros en los que ha de desenvolverse la prestación sanitaria en base a la evidencia científica y bajo los criterios de eficacia, eficiencia y uso racional de los medios disponibles.

Por ello, del expediente administrativo se deriva que en los protocolos médicos vigentes sobre reproducción asistida se fijan una serie de condiciones para tener acceso a dichos tratamientos, entre las cuales se establece la prioridad de la esterilidad primaria sobre la secundaria. A propósito de este criterio se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de enero de 2012, en la que se recoge lo siguiente:

«Para la indicación y aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) en el ámbito de los centros asistenciales de titularidad pública, se elaboró un documento consensuado por todos los Centros Públicos y asesorado por los Servicios jurídicos de la Administración Sanitaria: “Criterios para la utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud Español en técnicas de reproducción humana asistida. Rev. Iberoamericana Fertilidad. Vol. 19 -nº 1 -Enero-Febrero 2002”.

En este documento se recoge, entre otros criterios para aplicar las TRA, la Prioridad absoluta de la esterilidad primaria sobre la secundaria (con hijo sano).

Consideramos que el criterio de dar prioridad absoluta a la esterilidad primaria sobre la secundaria con hijo sano, como era el caso, responde a la realidad de que la Administración Sanitaria

cuenta con medios limitados para atender toda la demanda de utilización de técnicas de reproducción asistida, y puesto que el 4 de noviembre de 2008 los recurrentes habían tenido un hijo por el tratamiento de fecundación "in vitro" realizado en la "Clínica Ginevif", la decisión entonces adoptada no obedeció al designio que sustraerles los medios materiales y personales disponibles en aquel momento dentro del sistema, sino al de gestionarlos en función de las necesidades a cubrir con tales medios, por lo que es razonable haber dado preferencia a la esterilidad primaria».

De lo dicho podemos concluir que la imposibilidad que invoca la reclamante de acceder a un segundo tratamiento no resulta imputable a la actuación de la Administración Sanitaria, sino que se basa en causas legales, de acuerdo con lo dispuesto en los protocolos médicos, realizados en atención a criterios objetivos y razonables, como es el expuesto de dar prioridad a la esterilidad primaria respecto a quienes ya tienen algún hijo, dado el carácter limitado de los medios personales y materiales con los que cuenta el servicio público sanitario.

SEXTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados y que hemos considerado indemnizables.

En el presente caso, como ya hemos adelantado, el daño se circunscribe a no haber sido informada la reclamante sobre el destino de los preembriones resultantes del proceso de fecundación in vitro y que no le fueron transferidos en aquel tratamiento. El daño causado merece la consideración de daño moral, como este Consejo Consultivo ha mantenido reiteradamente, debiendo, para valorarse, ponderarse todas las circunstancias concurrentes, dado que se carece de parámetros o módulos objetivos (vid. STS de 3 de enero de 1990 y las posteriores). Ya que el objeto del resarcimiento se circunscribe al derecho de la interesada a haber

sidó informada adecuadamente, este Consejo considera que procede indemnizar a la reclamante con la cantidad de 3.000 euros, cantidad idéntica a la que este Consejo viene concediendo en casos similares, por daño moral.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser estimada parcialmente, correspondiendo satisfacer a la reclamante la suma de 3.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 13 de febrero de 2013