

Dictamen nº: **183/15**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Sección: **III**
Ponente: **Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez**
Aprobación: **15/04/15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 15 de abril de 2015, 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 D. F.N.V. y Dña. A.A.L., por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito fechado el 9 de julio de 2013 sin sello de registro de entrada, los reclamantes presentaron un escrito solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del Hospital Universitario La Paz (HUPH), como consecuencia de la pérdida de cinco embriones crioconservados en el citado centro sanitario.

Manifestaban que, en agosto de 2011, tras un año y medio de lista de espera, fueron citados a consulta del Servicio de Fertilidad para comenzar tratamiento de estimulación ovárica.

El 10 de noviembre de 2011 se realizó punción ovárica y el 14 de noviembre se les informó del desarrollo de siete embriones viables, de los cuales se transfirieron dos a la reclamante, siendo informados de la conservación de los cinco restantes, quedando a su disposición para nuevos embarazos en un futuro.

A los quince días se confirmó el embarazo y el seis de junio de 2012 nacieron dos mellizos.

Afirman que, entre los meses de febrero y marzo de 2013, realizaron una llamada telefónica al HULP para conocer el estado de los embriones crioconservados ya que, pese a que en su día autorizaron la donación de los embriones, ya no estaban seguros y querían modificar esa decisión, confirmándoles el Hospital que eran cinco los embriones conservados y que se encontraban a su disposición en el momento en que los requirieran.

El 30 de abril se les citó en consulta del Servicio de Fertilidad informándoles que, debido a un fallo en las máquinas de conservación de embriones, se habían perdido los cinco embriones, ofreciendo llevar a cabo un nuevo ciclo de estimulación ovárica como compensación, que rechazaron. Asimismo, informaron que el reclamante se había sometido a una vasectomía, siendo por tanto inviable someterse al citado tratamiento.

En escrito posterior, consideraban que la pérdida de los cinco embriones les imposibilitaron tener más hijos en un futuro cercano. Añadían que se les han ocasionado daños emocionales, psicológicos y morales por la pérdida de los embriones.

Solicitaban la remisión de información exacta de lo sucedido el día de la pérdida de los embriones, e indicación de si los laboratorios eran de gestión pública o privada, requiriendo, en este último caso, la

identificación de la empresa o empresas encargadas de la crioconservación.

Asimismo, solicitaban una indemnización por importe que no determinaban, si bien, en escrito posterior, concretaron la misma en ciento veinte mil euros (120.000 €).

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, al que se ha incorporado la historia clínica del HULP, ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

En agosto de 2011 los reclamantes fueron llamados de la lista de espera del Servicio de Reproducción Humana del HULP para la realización de un ciclo de fertilización in vitro (FIV) con microinyección intracitoplasmática (ICSI).

El 10 de noviembre de 2011, la reclamante fue sometida a punción ovárica con fines reproductivos. Se obtuvieron un total de quince ovocitos. Se obtuvieron ocho embriones evolutivos, de los que dos fueron transferidos a cavidad uterina el 14 de noviembre y cinco más fueron considerados viables y crioconservados ese mismo día.

Los dos embriones transferidos lo fueron con resultado de gestación gemelar, produciéndose el parto de dos mellizos el 6 de junio de 2012. Se recoge en la historia el 30 de abril de 2013 que los reclamantes están “superfelices” y no desean tener más hijos (folio 170).

Los reclamantes decidieron en los documentos de consentimiento informado para fecundación in vitro que los preembriones sobrantes congelados fuesen conservados para donación o su utilización posterior por los reclamantes (folios 14 y 16).

El reclamante se sometió a una vasectomía si bien consta en la historia clínica que el Urólogo no entendía bien su decisión y así se lo

manifestó al reclamante (folio 203-204) pero este decidió someterse a la intervención, firmando el documento de consentimiento informado para vasectomía bilateral el 25 de octubre de 2012 (folios 242-243).

El 22 de abril de 2013, en el Laboratorio de la Unidad de Reproducción, cuando se procedió a descongelar embriones como parte del tratamiento de una paciente, se constató que el contenedor etiquetado como “Embriones 3” había perdido todo su nitrógeno, su contenido se encontraba a temperatura ambiente y todos los embriones que se encontraban dentro fueron no viables.

La causa del accidente, según consta en el informe del jefe de servicio de mantenimiento, fue el desgaste en el material o soldaduras de la camisa interior del recipiente que, como consecuencia final, provocó el aumento la temperatura en su interior.

El 30 de abril de 2013 se citó a los reclamantes y se les ofreció un nuevo ciclo de estimulación ovárica, que rechazaron.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

El escrito de reclamación (sin sello de registro) fue remitido el 19 de julio de 2013 por el director médico del HULP al Servicio Madrileño de Salud.

Mediante escrito de la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial, de 2 de agosto de 2013, notificado el 23 de agosto, se requirió a los reclamantes: aclarar el objeto de la reclamación; indicar si comunicaron su deseo de tener más hijos; detallar y acreditar los daños ocasionados; y concretar la cuantía de la indemnización pretendida.

El requerimiento fue atendido mediante escrito presentado el 30 de agosto de 2013, en el que determinaba el importe de la indemnización en 120.000 euros.

Destacan que la Ley de Reproducción Asistida concede el derecho a conservar los embriones congelados hasta fin de la etapa reproductiva de la mujer y que la perdida de los embriones les ha ocasionado daños emocionales, psicológicos y morales.

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por el jefe de servicio de Ginecología del HULP, de 18 de abril de 2013, en el que destaca que los reclamantes autorizaron la donación de los embriones y que: "Aunque el marido haya sido sometido a una vasectomía, existe la posibilidad de realizar un ciclo FIV-ICSI, mediante la realización de un aspirado de semen del testículo o una repermeabilización de los deferentes".

Con fecha 25 de septiembre de 2013, el jefe de servicio de Análisis Clínicos emitió informe en el que describe el proceso de conservación de los embriones y las actuaciones protocolizadas que se realizan para su mantenimiento si bien:

"(...)El 22 de abril de 2013, cuando se procedió a descongelar embriones como parte del tratamiento de una paciente se constató que el contenedor etiquetado como "Embriones 3" había perdido todo su nitrógeno, su contenido se encontraba a temperatura ambiente y los embriones en que en él se encontraban fueron todos no viables. En este contenedor se encontraban almacenados los embriones de [la reclamante]. Dicho contenedor, al igual que los otros dos, se habían rellenado los días 15 y 16 del mismo mes como consta en los registros de mantenimiento del laboratorio. Ese mismo contenedor se abrió unos días antes (el día 17 de abril) para una descongelación embrionaria y no se observó incidencia alguna, encontrándose con un nivel normal de nitrógeno líquido(...).

Quisiera constatar que esta ha sido la primera y única vez que ocurre un incidente de esta u otras características con cualquiera de los contenedores de criopreservación que existen en la unidad desde que se empezaron a utilizar hace ya 14 años”.

Por su parte, el jefe de servicio de Mantenimiento, emitió un detallado informe, de fecha 30 de septiembre de 2013, en el que exponía que destaca que tras el incidente revisaron el contenedor encontrando que este carecía de precinto que fue localizado encima de unas cajas como si hubiera salido disparado.

Como causa de este hecho considera que:

“En la camisa interior del recipiente que contiene el nitrógeno aparece un pequeño poro provocado por desgaste en el material o soldaduras, esto es consecuencia de las dilataciones y contracciones que sufre al trabajar con temperaturas tan extremas. Puesto que en el interior del recipiente la presión es la atmosférica y en la cámara que rodea al recipiente hay vacío, aparece un efecto de succión que provoca paso de nitrógeno líquido al interior de la cámara a través del poro.

Cuando la cámara se llena de nitrógeno líquido se producen dos efectos, por un lado se pierde el vacío y por otro lado comienza una rápida evaporación del nitrógeno que ha pasado a la cámara, ya que está aislada del exterior sólo por la envolvente metálica del contenedor. El nitrógeno en estado gaseoso ocupa mucho más volumen que en estado líquido (679 litros-gas/litro líquido) y por tanto se produce un aumento de presión en la cámara que provoca el disparo del precinto.

Una vez que ocurre esto, el recipiente se ha quedado sin el principal sistema que permite mantener la temperatura interior y por tanto el resto del nitrógeno se evapora rápidamente”.

El jefe de servicio de Análisis Clínicos, con fecha 21 de octubre de 2013, emitió informe complementario en el que destacaba que el contenedor que sufrió el incidente era el más moderno del Laboratorio, comenzando a ser utilizado en octubre de 2010.

No ha existido ningún otro incidente y no hay empresa ajena al hospital encargada del mantenimiento

Con fecha 13 de noviembre de 2014, fue notificada la apertura del trámite de audiencia a los reclamantes que, por medio de un abogado colegiado, presentaron el 28 de noviembre de 2014 un escrito en el que insistían en que deseaban tener más hijos, vertiendo acusaciones sobre una supuesta manipulación del historial médico (folio 264), no descartando la existencia de una trama organizada de tráfico de embriones (folio 266).

Valora el daño sobre la base de reclamar 20.000 euros por cada embrión y otros veinte mil por los daños morales.

Finalmente, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 4 de marzo de 2015, en que propone al órgano competente para resolver la desestimación de la reclamación por entender no acreditado un daño o perjuicio antijurídico, real, efectivo y evaluable económicamente.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 10 de marzo de 2015, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 12 de marzo siguiente, formula preceptiva consulta por el trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 15 de abril de 2015.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía igual o superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 14.1 LCC.

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto son las personas que se sometieron al tratamiento de FIV-ICSI en el que se obtuvieron los preembriones que se conservaban en el HULP.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia prestada lo fue por parte de centros que forman parte de sus servicios sanitarios.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En este presente caso la destrucción de los embriones se produjo el 22 de abril de 2013 comunicándose a los reclamante ese mismo mes por lo que la reclamación, presentada en julio de ese año, ha de considerarse dentro del plazo legal.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP) se ha incorporado, conforme el artículo 10 del RPRP, el informe de los servicios a los que se atribuye la producción del daño y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

No se ha recabado el informe de la Inspección sanitaria si bien en esta ocasión, al no tratarse propiamente de analizar si la actuación sanitaria se ajustó a la *lex artis*, se considera que puede prescindirse del citado informe.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en 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 -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

CUARTA.- En este caso nos encontramos ante el mal funcionamiento de un tanque de hidrógeno líquido en el que se conservaban los embriones resultantes del tratamiento de fertilidad al que se habían sometido los reclamantes, que no fueron implantados en la reclamante toda vez que los dos primeros embriones que fueron implantados tuvieron éxito y dieron lugar al nacimiento de dos niños.

Ha quedado acreditado que la destrucción de los embriones se debió a un “pequeño poro” en la camisa interior del recipiente que provocó una fuga de nitrógeno líquido a la cámara que rodea el recipiente donde se gasificó y su mayor presión dio lugar a que saltara el tapón del contenedor con la fuga total del nitrógeno líquido y la consiguiente destrucción de su contenido.

Esta explicación ofrecida en el motivado informe del Servicio de Mantenimiento del HULP ha de considerarse suficiente sin necesidad de aludir a las desafortunadas manifestaciones del abogado de los reclamantes en el trámite de audiencia.

Así pues resulta clara la relación causal del daño, al que posteriormente nos referiremos, con el funcionamiento de los servicios sanitarios.

Es cierto que no puede hablarse en este caso de la existencia de culpa de la Administración o de su personal por cuanto no hay ningún

indicio de que hubiera un mal manejo o mala conservación del recipiente que, además, era el más moderno de los que contaba el servicio pero, sin necesidad de acudir al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa, lo cierto es que nos hallamos ante un daño que los reclamantes no tenían la obligación de soportar y sin que exista una situación de fuerza mayor ya que el poro, de haberse previsto, habría dado lugar a medidas que hubieran evitado el daño.

Por tanto la relación causal entre el daño y la condición de este como antijurídico son evidentes.

QUINTA.- Procede examinar con especial atención el daño causado. La reclamación inicial considera como tal “la pérdida de nuestros cinco embriones humanos (sic) vivos crioconservados lo que nos lleva a la privación de la posibilidad de tener más hijos en un futuro cercano” lo cual les ha generado daños emocionales, psicológicos y morales. En el escrito de alegaciones del trámite de audiencia distinguen entre los daños morales que valoran en 20.000 euros y el daño derivado de la pérdida de los embriones reclamando “un valor de 20.000 euros por cada embrión”.

Nos hallamos ante una materia especialmente delicada en la que ha de estarse, como no puede ser de otra forma, a la normativa aplicable que viene contenida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 11 contempla la crioconservación de gametos y preembriones estableciendo los destinos posibles de los mismos en su apartado 4 -utilización por la mujer o el cónyuge, donación con fines reproductivos o de investigación o el cese de su conservación sin utilización-.

El apartado 8 del precepto alude a las necesidad de que los centros de conservación dispongan de un seguro o garantía financiera para “(...) compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que,

en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente”, remitiéndose a un desarrollo reglamentario que no se ha producido.

Este Consejo considera que no es posible atribuir a los preembriones un valor patrimonial como parecen pretender los reclamantes. Como se recoge en el artículo 21 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 20 de octubre de 1999, el cuerpo humano y sus partes no pueden ser objeto de lucro.

El Tribunal Constitucional en la STC 116/1999, de 17 de junio, consideró (F.J. 11º), con cita de la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que la donación de gametos o preembriones «(...) “no implica en modo alguno la ‘patrimonialización’, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 C.E.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida”; prohibición que, en este caso, se encuentra en el art. 5.3 de la Ley que ahora enjuiciamos. En definitiva, el objeto perseguido por art. 5.1 de la Ley no es otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables, por lo que, en consonancia con la doctrina antes citada, el precepto impugnado no ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad».

Esta incomerciabilidad se ha visto respaldada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2011 Oliver Brüstle v. Greenpeace eV (C-34/10), en la que, tras destacar que “la definición del embrión humano es una materia de alcance social muy sensible en numerosos Estados miembros, caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores de éstos, el Tribunal de Justicia, a consecuencia de la presente remisión prejudicial, no ha de abordar cuestiones de naturaleza médica o ética”, considera que la

normativa europea restringe la patentabilidad de procedimientos en este ámbito por cuanto “A dichos efectos, tal como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva prohíbe que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable. El artículo 6 de la Directiva proporciona una garantía adicional, por cuanto califica de contrarios al orden público o a la moralidad –y, por tanto, de no patentables– los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales. El trigésimo octavo considerando de la Directiva precisa que esta lista no es exhaustiva y que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad (véase la sentencia Países Bajos/Parlamento y Consejo, antes citada, apartados 71 y 76)”.

Por todo ello no es posible, como pretenden los reclamantes, atribuir a los embriones un valor patrimonial que deba serles resarcido.

Por ello el daño que se les ha causado es, únicamente, el daño moral que supone el que la expectativa que tenían de intentar nuevos embarazos gracias a los preembriones que estaban depositados en el HULP y de los cuales habían manifestado su voluntad tanto de donarlos a otras personas que los necesitasen como de, eventualmente utilizarlos en el futuro, se ve ahora frustrada por la destrucción de los embriones y, por tanto, una futura concepción exigiría un nuevo proceso de fertilización agravado por la vasectomía a la que, voluntariamente y pese a los consejos médicos en contra, se sometió el reclamante.

En nuestro Dictamen 45/13, de 13 de febrero, relativo a un supuesto de defectuosa información en materia de FIV, se consideró que tal daño moral ante la falta de parámetros o módulos objetivos podía valorarse en 3.000 euros.

En nuestro caso el daño moral que supone que, si los reclamantes desean tener en el futuro hijos, deban someterse a un tratamiento especialmente complicado exige tener en cuenta una serie de premisas fácticas.

-Consta en la historia clínica que en abril de 2013 los reclamantes manifestaron no desear más hijos.

-En los documentos de consentimiento informado admitieron expresamente la donación a otras parejas.

-La posibilidad de tener hijos en el futuro se agravó voluntariamente por el reclamante al someterse a una vasectomía.

-Al ofrecerse a los reclamantes la posibilidad de someterse a un nuevo procedimiento de fertilización se han negado a ello.

Todo ello permite determinar que no existe un deseo inmediato por parte de los reclamantes de tener más descendencia por lo que puede considerarse que el daño moral no ha consistido en una frustración de un deseo actual de tener más hijos sino, únicamente, en el natural disgusto y malestar ante la destrucción de unos embriones que les permitían el optar en un futuro por intentar lograr un nuevo embarazo (por más que deba recordarse que la gestación de embriones congelados tiene una posibilidad de éxito de un 15% como recogíamos en nuestro Dictamen 45/13).

Por ello este Consejo considera adecuada una indemnización de 4.000 euros como reparación del daño moral padecido por los reclamantes.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser estimada parcialmente, correspondiendo satisfacer a los reclamantes la suma de 4.000 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.

Madrid, 15 de abril de 2015

El Presidente del Consejo Consultivo

CCCM. Dictamen n º 183/15

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid