

Dictamen n^o: **188/15**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
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, respecto de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial presentada por A.M.S. en relación con la asistencia sanitaria prestada por el Hospital General Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El consejero de Sanidad, mediante escrito de 6 de marzo de 2015, con registro de entrada en este Órgano el día 11 siguiente, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 15 de abril de 2015.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado en el Hospital Universitario La Paz el día 27 de septiembre de 2013, la interesada antes citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de 6 embriones criopreservados en el Hospital Universitario La Paz.

Según manifiesta la reclamante, cuyo marido falleció el día 17 de enero de 2011, *“la pérdida de los embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo, ha causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material”*. El escrito concluye: *“la paciente no deseaba ser madre sin más, lo que realmente anhelaba era tener un hijo de su esposo fallecido. Eso ya nunca podrá suceder”*.

La reclamante, no cuantifica inicialmente el importe de la indemnización solicitada. Requerida por la Administración para que concrete el importe de la indemnización solicitada, presenta escrito en el que pide una indemnización de 160.000 €.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial RPRP, han emitido informe el jefe de Servicio de Ginecología del Hospital Universitario La Paz, de 17 de octubre de 2013 (folios 14 y 15), el jefe de Servicio de Mantenimiento del mismo centro, de 25 de octubre de 2013 (folios 16 a 18), así como nuevo informe del jefe de Servicio de Ginecología de 11 de marzo de 2014 (folios 830 y 831).

Tras la incorporación de los anteriores informes se ha concedido trámite de audiencia a la interesada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. No consta que haya formulado alegaciones.

Consta en el expediente remitido que la reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial. De este recurso conoce la Sección 10ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, procedimiento ordinario nº 448/2014.

Finalmente, se emite propuesta de resolución de 26 de enero de 2015 del viceconsejero de Asistencia Sanitaria, que desestima la reclamación al considerar que no se ha acreditado la existencia de un daño o perjuicio antijurídico, real, efectivo y evaluable económicamente (folios 219 a 224).

CUARTO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del Dictamen:

A.M.S., de 27 años de edad, consultó por esterilidad primaria en el Servicio de Reproducción Humana del Hospital Universitario La Paz, en noviembre de 2010.

En aquella fecha su pareja, P.T.N.C., disponía de muestra seminal crioconservada, debido a un padecimiento oncológico, desde el año 2004. Se decidió hacer una histerosalpingografía (HSG) para realizar, en primer lugar una Inseminación Artificial (IAC) y, subsidiariamente, Fecundación In Vitro (FIV).

El 17 de enero de 2011 falleció P.T.N.C.

El 16 de marzo de 2011 se descongelaron dos criotubos que habían sido criopreservados el día 20 de febrero de 2004, no quedando más muestra válida para inseminación, *“el resto solamente es válido para ICSI”* (Inyección Introcitoplasmática de Espermatozoides). Se realizó un intento de inseminación artificial que resultó sin éxito.

La reclamante es citada en agosto de 2011 para la realización de un ciclo de Fecundación in Vitro. Se inició la estimulación ovárica en septiembre de 2011, para efectuar punción folicular en octubre.

En la consulta del día 13 de octubre de 2011 se recoge en la historia clínica:

“Se objetiva el problema siguiente:

No existe ningún documento notarial legal que refleje expresamente el deseo del paciente de que se utilice el semen criopreservado postmortem.

Existe un documento manuscrito sin fecha”.

Se anota que se habla con la psicóloga que trató al paciente en oncología y que consiguió la cita en la consulta de esterilidad porque estaba presente cuando, en diversas ocasiones, el paciente expresó este deseo en vida.

Consta en la historia clínica que se habla con la paciente que manifiesta que *“intentará conseguir un documento oficial del Notario”*.

El día 14 de octubre de 2011, el notario de Torrejón de Ardoz J.M.P.G. otorga Acta de Protocolización en la que se incorpora el documento privado, sin fechar, escrito a mano y firmado por la reclamante y P.T.N.C. En dicho documento se recogía la siguiente manifestación: *“... que si me ocurriera algo quiero dejarle todo el derecho a mi mujer para que siga adelante con nuestro sueño de poder ser papás”*.

En octubre de 2011 según consta en el informe del Servicio de Reproducción Humana “*se realiza estimulación ovárica controlada, previa desensibilización con análogos, con 150 UI FSHR (7 días) + 100 UI FRS (3 días). Se obtienen 15 complejos: se obtienen 11 embriones*”. El día 18 de octubre de 2011, se realiza punción folicular. “*Se transfieren 2 embriones en D+3 en fresco: gestación bioquímica. Se criopreservan 6 embriones en D+3. No queda muestra criopreservada del varón tras el ciclo de FIV*”.

El día 7 de noviembre de 2011 acude a consulta. Refiere expulsión del posible embrión (embarazo bioquímico), por lo que se le cita en enero para programar la criotransferencia de otros embriones.

El día 9 de enero de 2012 acude la paciente a la cita programada. Según consta en la historia clínica, la paciente “*está muy deprimida*”, por lo que se decide, de acuerdo con ella, posponer la criotransferencia a otro momento.

La paciente no volvió a acudir a consulta.

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 en él -incluidos los de la reclamante- fueron no viables.

En junio de 2013 se llamó a la reclamante para informarla de lo sucedido. Según se anota en la historia clínica, se le informa que no quedaban embriones congelados. Embriones que, además no se podían utilizar en su caso por haber transcurrido dos años y medio desde el fallecimiento de su marido.

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 (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesada según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en 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.

La reclamante ostenta legitimación activa por cuanto que sufre el daño, supuestamente causado por la asistencia prestada por el Hospital General Universitario La Paz.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, comunicada a la interesada el 19 de junio de 2013 la pérdida de los embriones, la reclamación presentada el día 27 de junio de 2013 no existe duda alguna de que ha sido formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente en este caso, informe del Servicio de Ginecología y del Servicio de Mantenimiento del Hospital General Universitario La Paz.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, a la interesada en el procedimiento.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza

mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad

administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000– entre otras).

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente la pérdida de los seis embriones criopreservados en octubre de 2011, debido a un fallo en el contenedor criogénico. En este sentido, el informe del jefe de Servicio de Mantenimiento del Hospital Universitario La Paz explica:

“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 hay vacío, aparece un efecto de succión que provoca paso de nitrógeno 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 mantenerla temperatura interior y por tanto el resto del nitrógeno se evapora rápidamente”.

La reclamante alega como daño moral irreparable la pérdida de los embriones y no quedar más muestra criopreservada con material reproductor de su esposo fallecido. Así, manifiesta que *“no deseaba ser madre sin más, lo que realmente anhelaba era tener un hijo de su esposo fallecido”.*

Ahora bien, sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en caso de premoriencia del marido, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo artículo 9, en sus apartados 1 y 2 dispone:

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”.

Ocurrido el fallecimiento de P.T.N.C. el día 17 de enero de 2011, la fecha límite para poder utilizar su material reproductor para fecundar a su mujer era el día 17 de enero de 2012. Por tanto, en la fecha en que se produjo la pérdida de los embriones, 22 de abril de 2013, era legalmente imposible la criotransferencia de los mismos.

No es posible admitir la alegación de la reclamante sobre la decisión de posponer la criotransferencia a otro momento, sin limitación de tiempo, porque se trata de una limitación temporal impuesta por la ley y que era conocida por la reclamante, como se pone de manifiesto en el propio escrito de inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial,

“Se aportó documento relativo a la utilización de su material reproductor para poder ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento”.

Al tratarse de una limitación temporal impuesta por la ley, que determina la imposibilidad de efectuar una criotransferencia más allá de los doce meses siguientes al fallecimiento del marido, la pérdida accidental de los mismos no constituye un daño para la reclamante que, desde el 17 de enero de 2012, no podía utilizar ningún material reproductor de su marido.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no existir daño para la interesada que, a la fecha de la desaparición accidental de los embriones criocongelados obtenidos con material reproductor de su marido fallecido, por disposición legal, no podían ser utilizados por ella.

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, 15 de abril de 2015

