



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **355/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de septiembre de 2019, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 3 de junio de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X y D.^a Y como consecuencia de los daños sufridos por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **196/19**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 20 de diciembre de 2017 D. X y D.^a Y formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria regional en la que exponen que él fue ingresado en 2004 debido a una hemoptisis pulmonar y renal y que se le diagnosticó una poliarteritis microscópica. Para paliar y frenar el avance de la enfermedad fue tratado con ciclofosfamida (100 mg/día) durante 18 meses.

Añaden que D. X sufrió dos recidivas en 2009 y 2012 y que se le administró el mismo tratamiento durante 18 meses en cada caso.

También apunta que tuvo una nueva recaída en 2014 que se trató con un nuevo medicamento llamado *Rituxmap*. De nuevo experimentó otra recidiva en septiembre de 2015 y en el Servicio de Reumatología del Hospital General Universitario *Morales Meseguer* (HMM), de Murcia, se adoptó la decisión de administrarle un ciclo de ese último fármaco cada seis meses.

Los reclamantes destacan que el 16 de noviembre de 2015 se le diagnosticó que padecía una "*esterilidad gonadal secundaria a ciclofosfamida*".

De igual modo, explican que como deseaban formar una familia, se le remitió por el citado Servicio de Reumatología a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Clínico Universitario *Virgen de la Arrixaca* (HUVA), de Murcia, para que se procediera a la congelación de semen. Tras el estudio de ese fluido se concluyó que no procedía la congelación debido a la esterilidad secundaria a la que se ha hecho mención. Por ese motivo, solicitaron al Servicio Murciano de Salud (SMS) que los pusiera en la lista de tratamiento de reproducción asistida.

Después de varias incidencias, recibieron una comunicación del Director Gerente del Área I de Salud en la que les explicaba que con fecha 25 de noviembre de 2015 se desestimó su solicitud porque el SMS no realiza técnicas de reproducción asistida que precisen donación de gametos.

Como consecuencia de ese rechazo, decidieron acudir a un centro privado de fertilidad. Después de someterse al tratamiento prescrito, descubrieron que el SMS debería haberles prestado asistencia porque cumplen todos los requisitos exigibles.

Según la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, en la que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, si la mujer es menor de 40 años y el varón tiene una esterilidad primaria o secundaria, tienen derecho a *"Tres ciclos con estimulación ovárica. Este límite podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos"*.

Resaltan que si se compara esa Orden (punto 5.3.8.3, apartado segundo), en la que textualmente se dice *"Fecundación in vitro con gametos donados: Su realización estará condicionada por la disponibilidad de gametos en el centro público que la indique, bien a través del propio banco del centro o de un banco de gametos acreditado"*, con la respuesta que se les ofreció, existe una incoherencia. Así, la Orden determina que se debe acudir a un centro de gametos externo en el caso de no disponer del mismo, mientras que la resolución del SMS es una respuesta negativa al necesitar de donante de gametos.

En el mismo sentido, en la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se establece, en sus artículos 3 y 6, las condiciones personales para poder aplicar las técnicas de fecundación, que cumplen.

Por ese motivo entienden que cumplían los requisitos legalmente establecidos para recibir los servicios de reproducción asistida pero que no se les reconoció el derecho a ello y que no se les facilitó información completa y coherente acerca de lo que podían hacer en su situación.

Asimismo especifican que en el centro privado al que acudieron, la reclamante se sometió a dos ciclos de fertilización intrauterina y a un ciclo de fertilización in vitro. En ambos casos, con semen de donante debido a la esterilidad que padece el interesado.

Ante la incoherencia que advierten entre la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre y las diferentes respuestas negativas y faltas de información recibidas por el SMS, y dado que en ningún momento se les ofrecieron otras opciones, como la derivación a otro centro sanitario de la Seguridad Social española o acudir a un banco de gametos autorizado para así poder recibir el servicio de reproducción asistida por parte del SMS, reclaman el coste del tratamiento de fertilidad que siguieron en un centro privado, que asciende a la cantidad total de 9.252 €, que se desglosa del siguiente modo:

1.- 13.02.2017, primera visita, 145 €.

- 2.- 22.02.2017, 1ª inseminación intrauterina, 795 €.
- 3.- 22.02.2017, banco de semen, 309 €.
- 4.- 27.03.2017, 2ª inseminación intrauterina, 795 €.
- 5.- 27.03.2017, banco de semen, 309 €.
- 6.- 23.05.2017, primer ciclo de fecundación in vitro, 4.995 €.
- 7.- 23.05.2017, banco de semen, 309 €.
- 8.- 12.06.2017, cultivo, 495 €.
- 9.- 12.06.2017, vitrificación de embriones, 1.100 €.

Con el escrito aportan copia de diversos informes clínicos, de las respuestas que les dieron a sus reclamaciones y un resumen de la factura emitida por el centro de fertilidad privado. De su lectura se deduce que el último pago efectuado por los interesados para completar el pago de los 9.252 € referidos se produjo el 16 de junio de 2017, cuando se abonaron los últimos 1.595 euros que restaban por pagar (folio 7 del expediente administrativo).

SEGUNDO.- Admitida a trámite la solicitud de indemnización el 28 de diciembre de 2017, el día siguiente se solicita a la Dirección Gerencia del Área de Salud I que remita sendas copias de las historias clínicas de los interesados relacionadas con los hechos por los que reclaman y los informes de los facultativos que les prestaron asistencia.

TERCERO.- El 2 de mayo de 2018 se recibe la documentación clínica solicitada y el informe realizado el 25 de abril de ese año por el Dr. Z, Jefe de Sección de la Unidad Reproducción Asistida del HUVA, en el que expone lo siguiente:

"Como se refiere en el Documento de Información para Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) del SMS: No se realizan Técnicas de Reproducción Asistida con donación de gametos (óvulos/espermatozoides), por la no existencia en la actualidad, de un Registro nacional de donantes, conforme regula el artículo 21 de la ley 14/2006, día 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Por esta razón en diciembre de 2015 por precisar esta pareja donación de semen por azoospermia del varón no se le citó en Unidad de Reproducción de HCUVA. Tras reclamación de la pareja se le contestó el 15/02/2016 explicándole de nuevo los criterios del SMS para realizar TRA.

Es nuestro propósito e intención, el ampliar los tratamientos de reproducción asistida con gametos (espermatozoides/óvulos) donados, pero este proyecto debe ser realizado con las máximas garantías para la paciente. En la actualidad el SMS no dispone de banco de gametos (espermatozoides/óvulos), ni existe a nivel nacional o por Comunidades Autónomas, registro de donantes, para control de número de donaciones de cada paciente y nacidos por cada donación, como marca la Ley de Reproducción de 2006.

Con la nueva creación del Laboratorio de Fecundación in Vitro en Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca, en breve podremos disponer de la posibilidad de disponer de Banco de gametos.

Y con la reciente aprobación de la plataforma SIRHA, Sistema de Información en Reproducción Humana Asistida, aprobada el 10/octubre /2017 por el Ministerio de Sanidad, en donde se establecen tres registros:

? Registro Nacional de Donantes.

? Registro Nacional de Actividad y Resultados.

? Registro de centros y servicios de reproducción.

Se cumplirá uno de los requisitos que la Ley de 2006 establece, el registro de donantes y nacimientos.

Se está desarrollando en diferentes etapas, estando la primera, en fase de pilotaje".

CUARTO.- Con fecha 10 de mayo de 2018 se remite una copia del expediente administrativo a la Inspección Médica y se solicita que emita un informe valorativo sobre la reclamación presentada.

QUINTO.- El 8 de abril de 2019, una vez transcurrido en exceso el plazo de tres meses previsto en el artículo 22.1,d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al que también se refiere el Protocolo de Agilización del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Acuerdo del Consejo de Administración del SMS, el 27 de mayo de 2011, se solicita informe al Jefe del Servicio Aseguramiento y Prestaciones del SMS, que lo emite dos días más tarde, es decir, el 10 de abril.

En dicho informe se exponen las siguientes conclusiones:

"1.- La inexistencia de un Registro Nacional, Autonómico o Local de Donantes impide autorizar el tratamiento demandado por la paciente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud tal y como se establece en la legislación vigente.

2.- La Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su Actualización establece que en los casos en que se empleen gametos o preembriones donados, el donante deberá estar inscrito en el Registro nacional de donantes, debiendo consignarse la información correspondiente a que se refiere el artículo 21 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3.- *Al no existir Registro de Donantes no es de aplicación el tratamiento en el ámbito del Sistema Nacional de Salud y, por ende, en el Servicio Murciano de Salud.*

4.- *El proceder de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca fue el adecuado tanto en la no aceptación del tratamiento demandado (la terapia precisaba de donación de gameto por azoospermia del reclamante) como en la contestación efectuada a los reclamantes (en base a la normativa referenciada)".*

SEXTO.- El 11 de abril de 2019 se concede audiencia a los interesados para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que crean convenientes.

SÉPTIMO.- El interesado presenta el 22 de mayo de 2019 un escrito en el que reitera el contenido de su pretensión resarcitoria.

OCTAVO.- Con fecha 28 de mayo de 2019 se formula propuesta de resolución en la que se declara prescrita la acción de resarcimiento interpuesta y se desestima además la reclamación formulada por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 3 de junio de 2019.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 LPACAP y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento seguido.

I. La reclamación ha sido interpuesta por dos personas interesadas que son quienes sufren el daño patrimonial por el que solicitan una indemnización.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, se advierte que aunque desde un primer momento se atribuyó la condición de interesada a D.^a Y, lo cierto es que ella no firmó la reclamación presentada por D. X. Se aprecia, asimismo, que se ha sobrepasado con creces el plazo de duración del procedimiento de seis meses al que se refiere el artículo 91.3 LPACAP.

De igual modo, resulta necesario recordar que se ha incorporado al expediente un informe realizado por el Jefe del Servicio de Aseguramiento y Prestaciones del SMS en abril de 2019 (Antecedente quinto de este Dictamen) a pesar de que, como se ha señalado, se había solicitado previamente a la Inspección Médica que emitiera su informe valorativo en mayo de 2018 y que no ha llegado finalmente a hacerlo.

Con ello parece sortearse tanto esa exigencia como la circunstancia de que no se haya aportado ningún informe pericial a instancia de una compañía aseguradora. La intención no merece especial reproche pero en ningún caso puede considerarse que esa práctica pueda ser alternativa a la evacuación del informe de la Inspección de los Servicios Sanitarios (Inspección Médica), ya que es a esta última a la que le está atribuida específicamente la competencia para elaborar informe en estos casos.

Como se expuso detenidamente en el Dictamen núm. 11/2019 de este Consejo Jurídico, ello no significa, sin embargo, que no se deba tener en cuenta el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Aseguramiento y Prestaciones del SMS. Hay que reiterar que lo que no puede admitirse es que sustituya al informe de la Inspección de los Servicios Sanitarios.

Ahora bien, su condición de médico -a la que debe sumarse la de Inspector Médico a pesar de que no desarrolle esa función en la actualidad en dicho Servicio de Inspección-, le faculta para que su informe deba ser tenido en la misma consideración que cualquier otro informe médico pericial aunque no goce de las características propias de los de la Inspección Médica, que los dotan de un valor reforzado, especialmente por su no vinculación con la entidad prestadora del servicio sanitario. Según se dejó también señalado en el Dictamen núm. 368/2018 de este Consejo Jurídico, como informe médico que es, y emitido por una persona de goza de esa alta cualificación técnica, debe ser tenido en cuenta y valorado junto con el resto de informes de ese carácter médico que se hayan traído al procedimiento.

TERCERA.- Plazo de interposición de la acción de resarcimiento: inexistencia de prescripción de la acción resarcitoria.

Ya se ha expuesto con anterioridad que en la propuesta de resolución se desestima la pretensión indemnizatoria formulada porque se entiende, en primer lugar, que la acción de resarcimiento se habría interpuesto cuando ya estaba prescrita y, por ello, de manera extemporánea. Se explica en concreto que el Director Gerente del HUYA le comunicó el 15 de febrero de 2016 al reclamante que su solicitud debía desestimarse porque el SMS no realiza técnicas de reproducción asistida que precisen de donación de gametos. Dado que la reclamación se presentó el

20 de diciembre de 2017, resultaría entonces evidente que se habría presentado una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción.

También resulta necesario recordar que los interesados solicitan el reintegro de los gastos a los que tuvieron que hacer frente por utilizar los servicios de la medicina privada, ya que -según entienden- los servicios públicos sanitarios les privaron del derecho a someterse a la técnica de fecundación in vitro a la que tenían derecho. En ese sentido, consideran que cumplían los criterios para someterse a dichas técnicas de reproducción asistida de acuerdo con lo que se establecía en la legislación vigente.

Los reclamantes deben considerar, con razón, que no resulta de aplicación en este caso el procedimiento al que se refiere la Orden de la Consejería de Sanidad de 9 de enero de 2006, por la que se regula el procedimiento para el reintegro por el Servicio Murciano de Salud de los Gastos Sanitarios en situaciones de riesgo vital, de modo que ante la ausencia de un procedimiento específico que se acomode a este supuesto de hecho interponen la acción de responsabilidad patrimonial que se contempla en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Como dispone el artículo 67.1 LPACAP, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. No obstante, el problema de mayor calado que plantea el instituto de la prescripción es el que guarda relación con el cómputo del plazo lícito de ejercicio de la acción de responsabilidad. Por ello, hay que tratar de determinar con precisión desde cuándo hay que comenzar a contar el año (*dies a quo*) y hasta cuándo puede computarse (*dies ad quem*) dicho plazo.

La determinación de ese momento inicial de cómputo puede plantear ciertas dudas en aquellos supuestos en los que se formula una pretensión resarcitoria de carácter patrimonial derivada de la producción de daños de carácter físico o psíquico. Pero esa dificultad interpretativa se advierte asimismo, aunque de manera mucho menos acusada, en los casos en que se reclama ante una situación de desatención asistencial que provoca que el particular tenga que acudir a la medicina privada e incurra en gastos que deban ser reintegrados o reembolsados.

Se puede dejar sentado que en esas últimas ocasiones el inicio del cómputo de reclamación se localiza en el momento en que el particular satisfizo o abonó la totalidad de los gastos provocados por las intervenciones a las que tuvo que someterse, como apunta el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en sus Sentencias de 19 de mayo de 2009 y sentencia de 6 de marzo de 2015, que en sus partes esenciales se reproducen en nuestro Dictamen núm. 341/2016.

Esta misma interpretación judicial es la que acogió este Consejo Jurídico en su Dictamen número 71/2014, de 10 de marzo y, de modo particular, en los números 223/2015, de 18 de julio, 360/2015, de 2 de diciembre, y en el referido 341/2016, de 30 de noviembre, por citar algunos de los más recientes, y es la que conduce a tener que desestimar la consideración, que se contiene en propuesta de resolución de la que aquí se trata, de que el cómputo del plazo para la interposición de la reclamación se inició el día en que se comunicó al interesado la desestimación de su solicitud, esto es, el 15 de febrero de 2016.

Como ya se ha puesto de manifiesto, los reclamantes plantearon su solicitud de indemnización porque consideran que se les privó indebidamente de las prestaciones de la sanidad pública a las que tenían derecho, a pesar de que entendían que cumplían los requisitos para acceder a ellas, y porque tuvieron que acudir a la sanidad privada y

realizar los desembolsos que ello llevó aparejado. Y ya se ha explicado que en este tipo de supuestos el *dies a quo* se residencia en el momento en el que se produjo el pago de las facturas por las prestaciones o servicios que recibieron en la clínica privada.

En esta ocasión, el último pago de la cantidad adeudada se realizó el 16 de junio de 2017, según se deduce del resumen de la factura del centro de fertilidad privado, que se adjunta con la solicitud (folio 7 del expediente administrativo). Puesto que la reclamación se presentó el 20 de diciembre de ese año se debe entender que en el momento en el que se presentó la reclamación de reintegro de los gastos satisfechos a la medicina privada la acción no había prescrito y la solicitud de reembolso se formuló de manera temporánea, dentro del plazo legalmente previsto para ello.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

Ya se ha explicado con anterioridad que los interesados reclaman el reintegro del precio que tuvieron que abonar a la sanidad privada para someterse a un tratamiento de reproducción asistida porque el SMS no les prestó la asistencia a la que entienden que tenían derecho.

Por lo tanto, no se analiza en este caso una actuación médica en sentido material sino un acto jurídico de denegación del servicio que los reclamantes habían solicitado.

Por lo tanto, se debe traer a colación, en primer lugar, la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, ya citada.

De acuerdo con la regulación que se contiene en dicha Orden, los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a mujeres que sean mayores de 18 años y menores de 40 años y a hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad. Además, si el varón padece una esterilidad primaria o secundaria -como en este supuesto- tienen derecho a someterse a tres ciclos con estimulación ovárica, límite que podrá reducirse en función del pronóstico, y en particular del resultado de los tratamientos previos.

No obstante, también se exige que en los casos en que se empleen gametos o preembriones donados, el donante deba estar inscrito en el Registro nacional de donantes, y se consigne la información a que se refiere el artículo 21 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Es cierto que dicho precepto legal contempla -y exige, lógicamente- la creación de un Registro nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana en el que se consignent también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.

Como se explica en el informe del Jefe del Servicio Aseguramiento y Prestaciones del SMS (Antecedente quinto de este Dictamen), a pesar de que esta ley entró en vigor el 28 de mayo de 2006, aún no se ha creado dicho Registro nacional por lo que, en la práctica, es imposible cumplir con ese requisito de inscripción previa del donante. Por esa razón, concluye -y así lo entiende también este órgano consultivo- que resulta igualmente imposible autorizar el tratamiento demandado por la paciente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud y, por ende, del SMS, a pesar de que el empleo de esta técnica esté normativamente contemplado, cabría añadir.

Por lo tanto, más que no exista relación de causalidad entre el acto de denegación del servicio médico y el daño alegado -como se sostiene en la propuesta de resolución que se analiza-, es que este último no reviste carácter antijurídico alguno, por lo que los interesados tienen la obligación jurídica de soportarlo. En consecuencia, procede la desestimación de la reclamación formulada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución en la parte que considera prescrita la acción de resarcimiento interpuesta, de conformidad con lo que se expone en la Consideración tercera de este Dictamen. Así pues, debiera modificarse en ese sentido el contenido de la propuesta de resolución del procedimiento.

SEGUNDA.- No obstante, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria, de modo particular porque no cabe entender que el daño patrimonial alegado revista carácter antijurídico.

No obstante, V.E. resolverá.