

Dictamen nº: **215/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 16 de junio de 2020, aprobado por mayoría, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. (la paciente) y D. (en adelante “*los reclamantes*”), por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada con motivo del tratamiento al que se sometieron en la Unidad de Reproducción Asistida, en el Hospital Universitario de Móstoles.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación presentado el 22 de enero de 2018 en el registro general del Ayuntamiento de Majadahonda, que tuvo entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) el 30 de enero, en el que los reclamantes refieren mala praxis por parte de la consulta de Reproducción del Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles en relación al tratamiento de esterilidad y petición de inclusión en lista de espera para fecundación *in vitro* (FIV).

Relatan que tras querer tener un hijo y no poder conseguirlo por medios naturales, acudieron en enero de 2016, a la consulta de su médico de Atención Primaria, que después de seguir el protocolo de actuación, les derivó a la Unidad de Reproducción del Hospital Universitario de Móstoles, el 7 de marzo de 2016.

Refieren que *“en mayo de 2016, en esta primera consulta se nos explica el procedimiento, tiempo medio de espera en lista y algunas cosas generales, se nos incluye en la lista de espera para inseminación, en ningún momento nos dan opción de entrar en lista de espera de FIV, puesto que, según ellas al tener ya hijos, aunque de otras parejas, no en común, no somos aptos”*. Relatan que, tras hacerse las analíticas y otras pruebas, se inició tratamiento con Omifin y desde el 6 de septiembre de 2016, quedan a la espera de que les avisen para el tratamiento de inseminación.

Continúa manifestando que el tratamiento empezó con la primera inseminación el 2 de febrero de 2017, sin éxito. Después se realizan otras tres inseminaciones, la última el 10 de julio de 2017, sin éxito.

Refieren con sorpresa cómo, en septiembre de 2017, después de revisar todos los informes y pruebas, decidieron hacerle una nueva prueba hormonal consistente en comprobar el estado de la hormona antimulleriana y realizar al reclamante nuevos análisis de semen.

Exponen que, tras la realización de una histerosalpingografía el 19 de diciembre de 2017, fueron derivados al Hospital Universitario Fundación Alcorcón, y atendidos en su primera consulta el 11 de enero de 2018. Manifiestan que la doctora que les atendía les preguntó cómo *“con los resultados de los análisis y las pruebas realizadas, edad y demás factores no se nos había incluido en la lista de espera para FIV desde el principio”*. Manifiestan su sorpresa y desesperación por esta información y consideran que han perdido *“20 meses cruciales”* puesto que *“nuestra mayor ilusión era la de ser padres, no podemos evitar*

pensar que si hubiesen hecho su trabajo como es debido, quizás nuestro sueño se hubiese cumplido”.

Por todo lo cual, reclaman que *“se revise el protocolo de actuación de dicha consulta de Reproducción/Ginecología del Hospital Universitario de Móstoles”* y que *“como última instancia, que se nos realice el tratamiento de FIV al que teníamos derecho”* y si esto no fuera posible que la Consejería de Sanidad *“se haga cargo del importe económico de un ciclo de tratamiento FIC completo en una institución privada, con sus tres intentos como en la pública”.*

Acompañan a su escrito diversa documentación administrativa y sanitaria (DNI de ambos, citas médicas, informes y hojas de tratamiento).

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

La paciente, nacida en 1978, fue atendida en su centro de salud el día 14 de julio de 2015, abriéndose el correspondiente episodio en la historia clínica: *“Deseo de embarazo”* y pautándose Acfol.

El día 13 de enero de 2016 fue nuevamente atendida en su centro de Atención Primaria por este motivo de consulta. La paciente refería 8 meses de relaciones sexuales sin protección y se le explicó que el estudio de esterilidad debía comenzar transcurrido un año.

El día 7 de marzo de 2016, fue derivada para valoración, anotándose en la historia clínica: *“RS sin protección 9 meses, desea estudio”.*

La pareja fue atendida en la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario de Móstoles el día 5 de abril de 2016 (folio 79). Como motivo de consulta se hace constar *“esterilidad secundaria”*,

anotándose en la historia clínica: *“Pareja acude por esterilidad secundaria de 1 año y medio de evolución. Él tiene un hijo, con otra pareja, de 19 años y ella tiene dos hijas, con otra pareja, de 10 y 7 años”*. Con el diagnóstico de *“esterilidad secundaria”* se indicó como plan el hacer un estudio básico de fertilidad.

Con fecha 15 de junio de 2016 acudieron a la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario de Móstoles, anotándose en la historia clínica los resultados de las pruebas realizadas a la pareja. El análisis hormonal de la mujer era el siguiente: FSH 8.4, LH 8.2, Prolactina basal 18.5, TSH 1.17. La exploración ginecológica era normal.

El resultado del seminograma del varón fue: Astenozoospermia muy leve 266 mll/ml, Motilidad A+B 31%, REM (recuento de espermatozoides móviles): 10.9 millones.

Se indicó como plan coitos con estimulación ovárica (Omifin): 3 ciclos.

El día 6 de septiembre de 2016 fueron atendidos nuevamente en consulta. En la historia clínica se recogió que la mujer se encontraba en el segundo ciclo de Omifin y refería oligomenorrea muy llamativa.

Con fecha 19 de octubre de 2016 acudieron a la cita indicada en la consulta de la Unidad de Reproducción Asistida. En la historia clínica se recoge que se habían realizado tres ciclos sin lograr gestación. Plan: *“Avisar para inseminación artificial conyugal (IAC) cuando llegue turno. Esterilidad secundaria”*.

La pareja fue atendida en consulta el día 8 de noviembre de 2016. En la historia clínica se recogen los resultados de espermograma realizado en abril y analíticas de 2 de noviembre. FSH: 10.7, LH: 9.1, prolactina: 22.53; TSH 1.11 y Estradiol: 147.5. Se indicó como plan

“Esperar para inseminación artificial conyugal (IAC), “ya en LE (lista de espera) desde abril de 2016”.

Con fecha 22 de diciembre de 2016 los dos reclamantes firmaron el documento de consentimiento informado para tratamiento mediante inseminación artificial con semen de la pareja (folio 76).

El día 2 de febrero de 2017, la paciente (38 años+5 meses) y su pareja, comenzaron la primera inseminación con resultado negativo. El día 27 de marzo de 2017, la segunda, con el resultado de no gestación. Con fecha 18 de mayo tuvo lugar la tercera inseminación, con el mismo resultado negativo. Finalmente, el día 10 de julio de 2017 se efectuó la cuarta y última inseminación, con el mismo resultado.

Ese mismo día, 10 de julio, figura anotado en la historia clínica: *“Ella tiene dos hijos de otra pareja por lo que le informo que es posible que no sea aceptada para FIV (Fecundación in Vitro). Citarse para valorar canalización y valorar PIC a Urología o seminograma, por dos REM con presencia de leucocitos y hematíes”.*

El 17 de septiembre de 2017 la pareja fue atendida en consulta de Unidad de Reproducción Asistida con el diagnóstico de esterilidad secundaria. Se realizó interconsulta a Urología para su pareja y a Endocrinología para ella. Se solicitó analítica con perfil tiroideo y prueba de la hormona antimulleriana (AMH). Según consta en la historia clínica: *“Explico que es difícil que le acepten la canalización para FIV por edad y esterilidad 2ª. Con resultados, entregar informes para FIV en centro privado”* (folio 75).

El día 21 de noviembre de 2017 fueron atendidos nuevamente en la consulta de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario de Móstoles, recogándose los resultados de las

interconsultas a Urología y Endocrinología. *“Recomiendo realización de FIV/ICSI en centro privado. Pendiente resultado histerosalpingografía”*.

El día 19 de diciembre de 2017 se realizó la histerosalpingografía que se informó como *“permeabilidad tubárica conservada”*.

Con fecha 2 de enero de 2018 (Edad: 39 años+5 meses), la ginecóloga responsable del HUM elaboró un informe (folios 13 y 14) y efectuó canalización a la Consulta de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

Los reclamantes acudieron el día 11 de enero de 2018 a la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Según consta en la historia clínica: *“Paciente de 39 años, derivada por esterilidad secundaria de otra pareja, ambos con hijos previos. 40 años en 8 meses. AMH: 0.3, FSH: 10.7, Estradiol 147. Le comunico que les puedo incluir en nuestra lista de espera pero que con toda seguridad no les vamos a poder realizar el tratamiento dado que tiene una baja reserva ovárica (BRO) confirmada a día de hoy y según el Ministerio de Sanidad no se puede iniciar el tratamiento si supera los 40 años. A la vista de la información, están conformes con que no les incluya en Lista de Espera”* (folio 65).

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario de Móstoles (folio 68) que indica en primer lugar que *“se trata de una esterilidad secundaria (tienen hijos previos ambos con otras parejas) pero esterilidad primaria entre ambos,*

ya que nunca han tenido hijos en común. Sin embargo, siempre se dará prioridad a parejas sin hijos de ninguna de las dos partes”.

El informe concreta que en el caso objeto de la reclamación, una vez realizado en mayo de 2016 el estudio básico de fertilidad a ambos y dados los resultados, *“según el protocolo vigente en nuestro centro, si no existe un factor masculino ni femenino grave, lo indicado es la realización de inseminación artificial y si tras cuatro ciclos no se consigue gestación se indicará FIV/ICSI y se realizará la canalización al centro de referencia, que en nuestro caso es la Fundación Hospital Alcorcón”.* Refiere que finalizados sin éxito los cuatro intentos, se realizó interconsulta de Urología para el varón y para la mujer, de Endocrino, analítica con perfil tiroideo y hormona antimulleriana; indica que *“el perfil de esta última dio como resultado una baja reserva ovárica”.* Y concluye que, por esta última circunstancia, unida a su edad, próxima a los 40 años, tenían escasa posibilidad de ser aceptados en la FIV; no obstante, no se niega la derivación y se les envió al Hospital Fundación Alcorcón.

Asimismo, con fecha 10 de mayo de 2019, la Unidad de Reproducción Asistida del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario de Móstoles remite el Protocolo de Selección y Priorización de parejas para el programa de FIV/ICSI del Hospital Fundación Alcorcón (en adelante el Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón), al que hace referencia en su informe el servicio afectado (folios 106 a 125).

Con fecha 17 de junio de 2019 ha emitido informe la Inspección Sanitaria (folios 127 a 137) en el que tras relatar la asistencia de que fueron objeto los reclamantes, realiza diversas consideraciones médicas sobre la fertilidad, menciona la legalidad vigente en la materia (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y 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 (en adelante, RD 1030/2006) y en el caso concreto: *“La indicación de coitos programados con estimulación ovárica resulta ajustada tanto a la lex artis como a la legalidad vigente”* Después, refiere que *“el semen del varón resultó idóneo para inseminación artificial y la Sra. presentaba (...) lo que indica previsión de buena respuesta a la estimulación ovárica y, por tanto, indicación de Inseminación Artificial, con semen de pareja”*. Completadas las cuatro inseminaciones, refiere que es el máximo legalmente establecido, por lo que procedería pasar a una técnica más compleja, es decir, la FIV, en el centro de referencia Hospital Fundación Alcorcón, lo cual verifica que se realizó. Y finalmente concluye: *“Las consultas y estudios cursaron con el orden adecuado sin verificarse demoras innecesarias. La indicación de inseminación artificial como primera técnica de reproducción es correcta y acorde a los resultados de los estudios practicados, que también resultan ser los idóneos”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia, y se presentaron alegaciones el 27 de agosto de 2019, (folios 147 y 148) en las que los reclamantes manifiestan que no hacen reproche al tratamiento de inseminación artificial del Hospital Universitario de Móstoles, sino al hecho de que no se les consideró para el programa FIV/ICSI del Hospital Universitario Fundación Alcorcón desde un principio porque ya tenían hijos, sin tener en cuenta que no eran hijos comunes, de suerte que, cuando fueron derivados en diciembre de 2017, los reclamantes incumplían dos de los criterios para ser incluidos en la lista de espera: la mujer estaba a punto de cumplir los 40 años y tenía baja reserva ovárica. Consideran que la actuación del Hospital Universitario de Móstoles les ha producido una pérdida de oportunidad.

Finalmente, con fecha 10 de diciembre de 2019, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, formuló propuesta de resolución de desestimación

de la reclamación al considerar que no cabe calificar de antijurídico el daño que se reclama.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 28 de enero de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano. Tras una primera propuesta de dictamen rechazada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en su reunión de 9 de junio de 2020, se turnó el despacho de la solicitud formulada por la Consejería de Sanidad a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, que firmó la oportuna propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada, por 6 votos a favor y 1 en contra, que formula un voto particular al mismo, aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 16 de junio de 2019.

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

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f.a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada, por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento

de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 20 de enero, (en adelante, ROFCJA).

Se advierte que el presente procedimiento quedó suspendido en virtud de la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Tras la derogación de esta medida por la disposición derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, con efectos desde el día 1 de junio de 2020, se ha reanudado el plazo para la emisión del dictamen.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de su red asistencial, el Hospital Universitario de Móstoles.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC 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 caso que nos ocupa, la pareja fue valorada en la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, el 11 de enero de 2018, donde se les informó que se les podía incluir en la lista de espera pero que, “*con toda seguridad*” no les iban a poder realizar el tratamiento por su edad y baja reserva ovárica, y aceptaron no ser incluidos en lista de espera; por lo que la reclamación interpuesta el 22 de enero de 2018 debe estimarse formulada en el plazo.

Se ha recabado el informe de la Unidad de Reproducción Asistida del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario de Móstoles, de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC. Consta, así mismo el informe de la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se ha dado audiencia a los reclamantes, según lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC, que han presentado escrito de alegaciones.

Finalmente, en los términos previstos en el artículo 88 de la LPAC, se ha dictado propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de Noviembre de 1995, 25 de Noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de Noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación

1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

CUARTA. - En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”*, por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe*

apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido” ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 20 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA. - Aplicada la anterior doctrina al presente caso, los interesados reclaman como daño la pérdida de oportunidad sufrida por no haber podido ser incluidos en la lista de espera para FIV desde el principio y perder 20 meses cruciales.

Resulta acreditado en el expediente que los reclamantes fueron informados el día 11 de enero de 2018 que, aunque se les podía incluir en la lista de espera, no se les iba a poder realizar el tratamiento de FIV *“con toda seguridad”* al tener una baja reserva ovárica y tener, al tiempo de inicio del tratamiento, cumplidos los 40 años.

Acreditada la realidad del daño, consistente en no haber sido canalizados al Hospital Universitario Fundación Alcorcón para ser incluidos en la lista de espera para FIV hasta enero de 2018, procede examinar, por tanto, si los reclamantes podían haber sido admitidos en el programa del FIV/ISCI del Hospital Universitario Fundación Alcorcón en abril de 2016 o en los meses siguientes. Para el análisis de esta cuestión, no solo hay que tener en cuenta el Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, sino también lo dispuesto en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006 que, en relación con la indicación o prescripción, y la realización, en su caso de procedimientos diagnósticos y terapéuticos de reproducción humana asistida (RHA) establece en su apartado 5.3.8.1 lo siguiente:

“Los tratamientos de reproducción humana asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. (...). Para su realización en el ámbito del Sistema Nacional de Salud deberán cumplir los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA que se recogen en el apartado 5.3.8.2 y en su caso, los criterios específicos de cada técnica”.

En el presente caso, no cabe duda alguna de que los reclamantes eran susceptibles de ser beneficiarios de un tratamiento de RHA con fin terapéutico porque de acuerdo con el apartado a) del apartado 5.3.8.1. del Anexo III del R.D. 1030/2006, se les había realizado un estudio de esterilidad y, desde julio de 2016, se encontraban en la situación prevista en el punto 2º del citado apartado: *“Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos”.*

Además, cumplían también los criterios generales establecidos en el apartado 5.3.8.2 del Anexo III del R.D. 1030/2006, que dice:

“a) Los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión:

1.º Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad.

2.º Personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano.

3.º La mujer no presentará ningún tipo de patología en la que el embarazo pueda entrañarle un grave e incontrolable riesgo, tanto para su salud como para la de su posible descendencia”.

Los reclamantes alegan que la esterilidad secundaria diagnosticada, al haber tenido hijos cada uno de ellos de anteriores parejas, determinó que fueran excluidos de la FIV y se optara por la inseminación artificial.

Esta afirmación, sin embargo, no resulta acreditada en el procedimiento porque, como se acaba de exponer en el apartado 5.3.8.2 del Anexo III del R.D. 1030/2006, tanto para la FIV como para la inseminación artificial se exigen los mismos criterios y en concreto que *“en el caso de parejas, que no tengan ningún hijo común, previo y sano”*, con independencia del número de hijos habidos en anteriores relaciones. Según esa argumentación, tampoco podrían haber sido incluidos para el tratamiento de inseminación artificial.

El informe de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario de Móstoles explica que la causa de haber sido incluidos en el tratamiento de inseminación artificial está motivada en que en *“el protocolo vigente en nuestro centro, si no existe factor masculino ni femenino grave lo indicado es la realización de inseminación artificial y si*

tras cuatro ciclos no se consigue gestación se indicará FIV/ICSI y se realizará la canalización al centro de referencia". Por esta razón, se consideró en septiembre de 2016 que los reclamantes, diagnosticados de esterilidad secundaria, podían ser incluidos en el tratamiento de inseminación artificial y se sometió a la paciente a cuatro ciclos que se iniciaron en febrero de 2017 y finalizaron en el mes de julio de 2017.

Se observa, sin embargo, que los criterios específicos de acceso al tratamiento de inseminación artificial establecidos en la letra a) del apartado 5.3.8.3. del Anexo III del R.D. 1030/2006, exigen para esta técnica la existencia de indicación terapéutica reconocida y *“edad de la mujer en el momento del tratamiento inferior a 38 años”*.

En el presente caso, tanto a la fecha de inicio del tratamiento mediante inseminación artificial con el primer ciclo, el día 2 de febrero de 2017, como incluso en la fecha en la que los reclamantes firmaron el documento de consentimiento informado a esta técnica de reproducción asistida, 22 de diciembre de 2016, la mujer había cumplido los 38 años por lo que, de acuerdo con la normativa expuesta, no podía acceder a este tratamiento terapéutico.

Por tanto, la actuación del Hospital Universitario de Móstoles indicando el tratamiento de inseminación artificial sin tener en cuenta la edad de la paciente, contraviene lo dispuesto en el Anexo III del R.D. 1030/2006.

Procede examinar, a continuación, si la pareja habría sido susceptible de recibir tratamiento mediante FIV. Según el apartado b) del apartado 5.3.8.3. del Anexo III del R.D. 1030/2006, los criterios de acceso específicos para la técnica de fecundación in vitro con gametos propios exigen:

“i) Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.

ii) Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica.

iii) Límite máximo de ciclos de tratamiento: Tres ciclos con estimulación ovárica”.

En el presente caso, la mujer cumplía claramente el requisito de la edad, pues cumplió 38 años en agosto de 2016, y no existía evidencia de mala reserva ovárica, pues el nivel de FSH en la analítica realizada en noviembre de 2016 era de 10.7 mUI/ml.

Como señala el informe de la Inspección Sanitaria, la *“previsible respuesta ovárica”* puede determinarse mediante el nivel de FSH en fase folicular precoz, con el nivel de hormona antimulleriana (AMH) o por recuento de folículos antrales y que, en caso de utilizar la FSH, *“se considera que un valor > 14.15 mUI/ml tiene alta especificidad de predicción de baja respuesta ovárica”.*

Según la médico inspectora, en relación con la analítica realizada en noviembre de 2016, la paciente presentaba *“reserva ovárica minorada respecto al resultado del 04/05/2016, pero que sigue siendo < 14-15 mUI/ml”.*

En este mismo sentido, el Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón indica, en relación con la existencia del fallo ovárico que este existe si *“FSH > 20 o FSH > 15 y amenorrea o FSH > 15 en dos o más ocasiones”.* Al ser el resultado 10.7 no existía fallo ovárico.

Además, tampoco concurría ninguno de los criterios de exclusión previstos en el Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón pues la reclamante tenía 38 años (menor de 40 años), no tenía otra opción de tratamiento (al no ser susceptible de inseminación artificial

conforme al Anexo III del R.D. 1030/2006) y, como se ha indicado anteriormente, no presentaba en diciembre de 2016 datos de fallo ovárico.

En consecuencia, el tratamiento terapéutico adoptado por el Hospital Universitario de Móstoles consistente en inseminación artificial, sin tener en cuenta el límite de edad establecido en el Anexo III del R.D. 1030/2006, en vez de derivar a los reclamantes a la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario Fundación Alcorcón para poder ser valorados e incluidos en la lista de espera para FIV, ha supuesto para los reclamantes una pérdida de oportunidad pues se desconoce si, de haber podido ser incluidos en la lista de espera para FIV, pudiera haber llegado a realizarse este tratamiento, desconociéndose qué puntuación habrían obtenido con los criterios establecidos en el Anexo 5 del Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 31 de enero de 2020 (recurso 148/2018) utiliza el concepto de pérdida de oportunidad recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y recuerda las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, definía la pérdida de oportunidad sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 según la cual:

"La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico

consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente". (FD 7º).

Recuerda asimismo la citada sentencia la del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 relativa a un indebido retraso en dispensar al paciente en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que «(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la "pérdida de oportunidad" [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008 , ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"».

De acuerdo con la doctrina expuesta, la falta de canalización de los reclamantes al Hospital Universitario Fundación Alcorcón para FIV por parte de la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Universitario de Móstoles, en vez de iniciar el tratamiento de inseminación artificial, ha supuesto para estos una pérdida de oportunidad que debe ser indemnizada.

SEXTA. - Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros Dictámenes 146/17, de 6 de abril, 340/18 de 19 de julio y 450/19, de 7 de noviembre, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de octubre de 2018 (recurso nº 443/2016), *«la privación de expectativas que la jurisprudencia denomina "pérdida de oportunidad" es un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral cuyo resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable que, como señala la doctrina jurisprudencial, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997)»*.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta que tanto la edad de la reclamante como la posibilidad de embarazo sin FIV, le daban menor puntuación en el cálculo de puntos por criterio combinado necesidad/utilidad del Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón paciente, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 3.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

El reconocimiento de una cantidad global sin aplicar el baremo de accidentes de tráfico ha sido el criterio acogido por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes anteriores (así el Dictamen 400/16, de 15 de septiembre, el Dictamen 131/18, de 15 de marzo y el Dictamen 136/18, de 22 de marzo, entre otros). En los mencionados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso parecido de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *«la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988, “las dificultades que*

comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria».

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada a los reclamantes y reconocer una indemnización global y actualizada 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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL DICTAMEN 55/20 LA LETRADA VOCAL DÑA. SILVIA PÉREZ BLANCO.

“Con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Comisión Jurídica Asesora que, a propuesta de la nueva ponente, ha estimado la reclamación formulada en el expediente 55/2020, debo, sin embargo, hacer constar mi discrepancia mediante el presente voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero.

Los motivos por lo que difiero de la decisión adoptada son los contemplados en las diferentes propuestas de dictamen que, como ponente inicial, elevé al Pleno de la Comisión los días 26 de mayo y 2 y 9 de junio de 2020 y que fueron rechazadas por la mayoría, aprobándose el dictamen elaborado por la nueva ponente, en la sesión de 16 de junio de 2020.

I. En concreto, hemos de partir reconociendo el buen trabajo de la nueva ponente que ha redactado los hechos (antecedente de hecho segundo del dictamen aprobado) de forma más detallada y una nueva propuesta de dictamen en sentido estimatorio. Nuestra discrepancia opera a partir de la consideración jurídica quinta del Dictamen aprobado.

De acuerdo con lo expuesto en la citada consideración jurídica, resumidamente, la mayoría de los miembros de esta Comisión consideran *«que los reclamantes fueron informados el día 11 de enero de 2018 que, aunque se les podía incluir en la lista de espera, no se les iba a poder realizar el tratamiento de FIV “con toda seguridad” al tener una baja reserva ovárica y tener, al tiempo de inicio del tratamiento, cumplidos los 40 años. Acreditada la realidad del daño, consistente en no haber sido canalizados al Hospital Universitario Fundación Alcorcón para ser incluidos en la lista de espera para FIV hasta enero de 2018, procede examinar, por tanto, si los reclamantes podían haber sido admitidos en el programa del FIV/ISCI del Hospital Universitario Fundación Alcorcón en abril de 2016 o en los meses siguientes».*

En cuanto a la argumentación, la mayoría de la Comisión entiende que *“Para el análisis de esta cuestión, no solo hay que tener en cuenta el Protocolo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, sino también lo dispuesto en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (en adelante, R.D. 1030/2006), por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el*

procedimiento para su actualización que, en relación con la indicación o prescripción, y la realización, en su caso de procedimientos diagnósticos y terapéuticos de reproducción humana asistida (RHA) establece en su apartado 5.3.8.1 (...)”.

Y, en definitiva, la mayoría entiende que el protocolo del hospital, tal y como se aplicó en la práctica, resultó contrario a la normativa y que la actuación del Hospital de Móstoles ha supuesto para los reclamantes una pérdida de oportunidad, pues se desconoce si, de haber podido ser incluidos en la lista de espera para FIV, pudieran haber llegado a realizarse este tratamiento.

II. Sin embargo, la vocal que suscribe entiende que se atendió a la pareja correctamente, pues el Hospital de Móstoles siguió su protocolo con las distintas etapas y tratamientos. Así, partimos de que los reclamantes no podían tener un hijo por medios naturales y terminados los tratamientos estipulados (coitos programados y cuatro inseminaciones) y realizadas las pruebas correspondientes, como tampoco se logró el embarazo, se pasó a la siguiente fase que es la de FIV en el Hospital de Alcorcón.

Como decimos, han de seguirse todos los pasos y el primero de ellos es en junio de 2016, en que se anota en la historia clínica: *“Plan. Coitos con estimulación ovárica. 3 ciclos”*. El 19 de octubre de 2016, con la edad de 38 años+2 meses, figura que han sido completados los tres ciclos del sin lograr gestación. La anotación de la historia clínica es: *“Avisar para inseminación artificial conyugal (IAC) cuando llegue turno”*.

El 8 de noviembre de 2016, se anotan resultados de espermiograma realizado el 15 de abril y las analíticas de 2 de noviembre. *“Plan: Esperar para IAC, va en Lista de Espera desde abril 2016”*.

Con fecha 2 de febrero de 2017, se inicia la segunda etapa. La paciente (38 años+5 meses) y su pareja, comenzaron la primera inseminación con resultado negativo. El 27 de marzo (edad: 38 años+7 meses) la segunda, con el resultado de no gestación. El 18 de mayo (edad: 38 años+9 meses), la tercera inseminación, con el mismo resultado negativo.

Así, si bien es cierto que cuando se inicia el tratamiento de inseminación artificial el 2 de febrero de 2017, la paciente tenía más de los 38 años que señala la normativa, no lo es menos que cuando se les incluye en la lista de espera en abril de 2016, la mujer tenía cuatro meses menos de los 38 años y así se indica en varias anotaciones de la historia clínica, como hemos transcrito *ut supra*.

Una vez finalizado sin éxito estas dos etapas con sus pruebas y tratamientos, se pasa a la última fase de FIV, teniendo en cuenta que la obligación de los profesionales de la Unidad de Reproducción del HUM, es de medios y no de resultados y más -si cabe- en un supuesto de lograr un embarazo. Es de aplicación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014): *“La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente”*.

III. Pasamos ahora a analizar si lo que alegan los reclamantes de que *“la doctora que les atendió en su primera cita en el Hospital de Alcorcón, les manifestó que sí podrían haber sido incluidos con anterioridad en el proceso de FIV”* es cierto o no, ya que, de ello,

deducen que sí podrían haber tenido la posibilidad de lograr el embarazo.

La literalidad de la anotación del facultativo del Hospital de Alcorcón: *“Les comunico que les puedo incluir en nuestra lista de espera, pero con toda seguridad no les vamos a poder realizar el tratamiento dado que tiene una baja reserva ovárica (BRO) confirmada a día de hoy y según el Ministerio de Sanidad no se puede iniciar el tratamiento si supera los 40 años. A la vista de la información, están conformes con que no les incluya en Lista de Espera”*. (Folio 65).

Lo cual desmiente la alegación de la reclamante, pues en ningún momento consta que esa doctora les manifiesta que se les podía haber incluido antes en la lista de espera de la FIV. La reclamación parte de la base de esa supuesta afirmación, la cual no está probada.

IV. Procede examinar ahora, si ha habido o no esa demora injustificada de 20 meses que reprochan los reclamantes y lo haremos en primer lugar con las fechas: el 7 de abril de 2016 tienen su primera consulta en la Unidad de Reproducción del HUM y ya se les anota en la lista de espera para la inseminación artificial conyugal *“para IAC, va en Lista de Espera desde abril 2016”*. De junio a octubre de 2016, tienen lugar los 3 ciclos de estimulación ovárica y coitos programados; el 8 de noviembre de 2016 se conoce el resultado negativo y se pasa a la fase de IAC, que tiene lugar de febrero a julio de 2017, con las cuatro inseminaciones. El 17 de septiembre de 2017 se conocen los resultados y a continuación, se realizan pruebas a ambos (*“Con resultados, entregar informes para FIV...”*). Los resultados se conocen el 21 de noviembre de 2017, en concreto, la reserva ovárica de la paciente en ese momento. Menos de dos meses después, el 2 de enero ya de 2018, se les deriva al centro de referencia que es el Hospital Fundación de Alcorcón, para la FIV.

En estas fechas y en la aplicación de los tratamientos no se observa ninguna demora y así lo manifiesta la Inspección, que reputa adecuados los tratamientos realizados y los plazos transcurridos.

Entendemos que no puede obviarse ninguna fase de tratamiento, pues de lo contrario, todas las parejas querrían acudir directamente a la FIV, sin esperar a los resultados de los tratamientos previstos como necesarios con antelación, teniendo en cuenta, además, que es la Seguridad Social la que costea todo ello.

Ahora analizaremos los criterios del Protocolo del HUM y su aplicación: *“1. Esterilidad de al menos un año de duración. 2. Prioridad absoluta de las parejas con esterilidad primaria frente a la secundaria. 3. Edad de la mujer: debe ser mayor de edad con un límite de 40 años. 4. Prioridad de las pacientes con edades más jóvenes (...).”*

El informe del servicio afectado, señala: *“El caso que nos ocupa se trata de una esterilidad secundaria (ambos tienen hijos previos con otras parejas) pero esterilidad primaria entre ambos, ya que nunca han tenido hijos en común. Sin embargo, siempre se dará prioridad a parejas sin hijos de ninguna de las dos partes”*.

Si lo aplicamos al caso: la pareja incumple el segundo requisito pues consta que ella tiene ya dos hijos y él, uno. Tampoco cumpliría el último de los criterios, ya que la reclamante, en el momento de ser derivada al Hospital de Alcorcón tras la finalización sin éxito de los tratamientos tenía más de 39 años y aunque es menor de 40 años, el hospital da prioridad a las parejas más jóvenes.

Por último, respecto de la reserva ovárica de la mujer, el Inspector constata: *“la analítica de AMH arrojó un valor de 0,30 ng/ml por lo que con resultados <1 ng/ml se han asociado a pobre respuesta ovárica, pobre calidad embrionaria y pobre respuesta a técnicas de reproducción*

asistida, se incumple otro de los requisitos específicos para la FIV” (folio 136).

Por ello, no hay ninguna pérdida de tiempo “*de 20 meses*” aducida. Precisamente, como justificación de los criterios, el apartado primero del Protocolo de Selección y priorización de parejas para el programa de FIV/ICSI, señala que “*A pesar de este incremento de la actividad (...) nuestra lista de espera se ha venido incrementando pasando de aproximadamente seis meses en 2.006 a 26 meses en la actualidad*” (folio 107). Así, el informe del servicio afectado manifiesta que la lista de espera “*tiene una ligera demora inherente al proceso*” y el inspector señala que “*tras ser incluidos en la lista de espera, con ello no se pierde el tiempo*”.

El Protocolo hospitalario no lleva fecha, pero entre su Bibliografía cita en primer lugar 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 el procedimiento para su actualización (folio 113), por lo que ha tenido en cuenta lógicamente lo establecido en dicho reglamento.

En todo caso, el inspector refiere en la página 7 de su informe (folio 133) cuáles son los criterios del Anexo III de este Real Decreto 1030/2006, cuyo Anexo III, dispone respecto de los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA):

“5.3.8.1.a) Tratamientos de RHA con fin terapéutico: Se aplicarán a las personas que se hayan sometido a un estudio de esterilidad y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 2.º Ausencia de consecución de embarazo tras un mínimo de 12 meses de relaciones sexuales con coito vaginal sin empleo de métodos anticonceptivos.

5.3.8.2 a) *Los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión: 1.º Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad. 2.º Personas sin ningún hijo, previo y sano. En caso de parejas, sin ningún hijo común, previo y sano.*

5.3.8.3 *Criterios específicos de acceso a cada una de las técnicas de RHA. a) Inseminación artificial. 1.º Inseminación artificial con semen de la pareja: Criterios de acceso específicos para esta técnica:*

i) Existencia de indicación terapéutica reconocida.

ii) Edad de la mujer en el momento del tratamiento inferior a 38 años.

iii) Número máximo de ciclos: cuatro.

b) Fecundación in vitro: Se incluye la fecundación in vitro convencional o mediante técnicas de micromanipulación, y las técnicas de tratamiento y conservación de gametos y preembriones derivados de las mismas. 1.º Fecundación in vitro con gametos propios: Criterios de acceso específicos para esta técnica:

i) Edad de la mujer en el momento de indicación del tratamiento inferior a 40 años.

ii) Ausencia de evidencias de mala reserva ovárica”.

Por tanto, aplicando el contenido de este anexo III, hemos de señalar primero, que para la RHA es necesario el cumplimiento de unos criterios generales en todo caso, que es la ausencia de embarazo en un año de relaciones sexuales y en el caso de las parejas, no tener ningún

hijo sano en común. Ambos criterios se cumplen en el caso que nos ocupa y por ello, se les pudieron aplicar las técnicas de RHA.

Después, el reglamento impone unos criterios específicos para cada tipo de técnica y lo hace por un orden que debe ser respetado. En la inseminación artificial se cumplieron dos de los criterios (indicación terapéutica, cuatro ciclos). Si bien en el momento de realizar la técnica, la paciente ya había cumplido los 38 años, cuando se les puso en la lista de espera –abril de 2016- tenía 37 años. Los tiempos de espera han de respetarse y no implican que al cumplir 38 años haya de pasarse automáticamente a la siguiente fase de FIV.

V. En resumen, frente al reproche de demora o pérdida de tiempo, entendemos que no hay tal ya que se ha cumplido por la Unidad de Reproducción, el protocolo hospitalario. Así, la literalidad de su punto 2 de que la prioridad es absoluta para la esterilidad primaria (entendiendo por tal que no haya ningún hijo previo, no solo de la pareja en común sino individualmente de cada progenitor) frente a la secundaria (hijos previos de uno/ambos progenitores) es lo que el HUM ha aplicado, junto con la edad de la paciente y su baja reserva ovárica.

El servicio afectado del hospital entiende que la pareja no tiene esterilidad primaria *strictu sensu* porque ambos ya han tenido hijos previamente (aunque no de manera conjunta) y da prioridad a otras parejas sin hijos previos de ninguna relación anterior.

En consecuencia, nos adherimos al criterio objetivo del informe de la Inspección Sanitaria de que “la asistencia dispensada en la Unidad de Reproducción del HUM fue ajustada a la *lex artis ad hoc*”, que estima adecuados los tratamientos previos a la FIV y no ve infracción de la normativa ni del protocolo hospitalario; sin existir más demora que la propia de la lista de espera en esa Unidad de Reproducción del HUM.

Por todo lo cual, formulamos la siguiente

CONCLUSIÓN

La letrada vocal que suscribe entiende que el daño causado a la pareja no es antijurídico y tiene el deber de soportarlo, por lo que la reclamación debiera desestimarse.

Es el voto particular que emito en Madrid, a 16 de junio de 2020”.

Madrid, a 16 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 215/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid