

Dictamen nº: **284/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.05.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 10 de mayo de 2022, 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. por los daños y perjuicios derivados de la inutilización de embriones en la Unidad de Reproducción Asistida del Hospital Fundación Alcorcón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por la persona indicada en el encabezamiento con fecha de entrada 5 de febrero de 2021, en el que se expone que el 21 de enero de 2021 fue citada junto con su pareja a la consulta de Ginecología/Unidad de Reproducción Humana del citado hospital para la realización de un tratamiento de transferencia embrionaria, tras haberse sometido a una punción ovárica días antes, donde se le extrajeron 19 ovocitos de buena calidad, y haber firmado un documento en el que se accedía que la mitad de ellos serían congelados para futuras transferencias en caso de que la primera no se convirtiera

en embarazo. En esa consulta les comunicaron que la noche anterior se habían perdido todos sus embriones.

Tras referir que considera poco acertadas e incongruentes las explicaciones dadas al respecto por la doctora y por un responsable de Atención al Paciente, y poner en cuestión el destino dado a los citados embriones, solicita la reparación de los daños y perjuicios irrogados con indemnización de cuantía que no determina, así como la revisión del protocolo de actuación.

SEGUNDO.- Acordado el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, el órgano instructor recabo la historia clínica, de la que se extraen los siguientes datos más relevantes de interés:

El 25 de febrero de 2020, la reclamante, nacida en 1982, fue remitida a la Unidad de Reproducción del Hospital Universitario Fundación Alcorcón (HUFA) desde el Hospital Puerta de Hierro, junto a su pareja, por esterilidad de 2 años de evolución.

En el HUFA se realizaron cuatro ciclos de inseminación (uno cancelado por hiperrespuesta) por anovulación, con alto número de folículos antrales (sin cumplir el resto de criterios para ovario poliquístico).

El 20 de octubre, tras espera en lista, demorada por pandemia de Covid-19, se inició el programa de fecundación in vitro (FIV). Tras estimulación ovárica.

El día 18 de enero de 2021 se realizó una punción folicular para la recogida de ovocitos, sin incidencias. Se obtuvieron 19 cúmulos. Tras la FIV convencional con semen de pareja, se trasladaron a una incubadora para su cultivo y progresión a embriones, para realizar la transferencia embrionaria el siguiente día 21

Llegado el día 21 de enero, la embrióloga, al incorporarse a su jornada laboral, detectó que el incubador G185 donde se encontraban los embriones estaba apagado por una incidencia eléctrica. Se procedió a cambiar los embriones de incubadora para posteriormente evaluar su viabilidad. Al valorarlos microscópicamente, se observó que no tenían el número de células acordes al estadio de evolución. Se interpretó que probablemente era debido a la falta de condiciones de cultivo, temperatura, % de CO₂ y % O₂. Por ello, se decidió cancelar la transferencia, al entender que había riesgo de que las deficientes condiciones de cultivo pudieran haber influido negativamente en el desarrollo genético de los embriones. El mismo día del incidente se informó de la situación a la pareja y se destruyeron los embriones.

El día 25 de febrero de 2021 se inicia ciclo para FIV con “*FSH rec a 150 UI/d + HMG a 75 UI/d*”, bloqueo desde el día 6º con antagonista.

El 9 de marzo se realiza punción folicular, bajo anestesia general, sin incidencias. Se obtienen 24 cúmulos. Solicitada analítica de control para plantear la posibilidad de transferencia directa o congelación de todos los embriones. Se pauta progesterona vaginal.

El 12 de marzo se realiza valoración previa a transferencia embrionaria. Analítica Normal. No se encuentra hinchada. Diuresis normal. EXP: OD 85 mm OI 78 mm No líquido libre en Douglas, flancos ni perihepático. Se explica detenidamente riesgo de SHEO. Se decide congelación de embriones y transferencia diferida.

El 17 de marzo se comenta aumento de diuresis, sin clara sintomatología de disuria y dolor lumbar, no fiebre, no sangrado vaginal, ni en orina, ni otra sintomatología asociada. Exploración: abdomen blando, depresible, no doloroso a la palpación profunda, no signos de irritación peritoneal. PPRBN. ECOTV - útero regular con endometrio: 15 mm OD: 82x55 mm OI: 89x51 mm. No líquido libre en

Douglas. ECO abdominal: no líquido libre en gotieras. Se realiza tira de orina: normal. JC: transferencia diferida por riesgo de hiperestimulación ovárica. Informe de vitrificación desde Lab - 5 blastos. Recibirán carta en domicilio. Plan: avisará con regla para programar TEC.

El 7 de abril de 2021 tiene control TEC y se le pauta 9 días con Progynova 6 mg/d. Consta: refiere migraña que mejora con Paracetamol. No sangrado vaginal. Eco: endometrio C11. No folículos dominantes en ninguno de los dos ovarios. Cyclogest 800 d desde noche del 10/4. Se pide Prg y PCR Covid.

Se encuentra pendiente transferencia embrionaria para el 15 de abril de 2021.

TERCERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se ha recabado el informe de la Unidad de Reproducción Asistida del HUFA, que fue emitido el 30 de abril de 2021. En dicho informe se relata lo acontecido y se indica que el 21 de enero de 2021 se reunió la Comisión de Seguridad, cuya acta adjunta, y señala las siguientes conclusiones: *“El incidente fue causado por la caída del diferencial autoarmable por tres veces en menos de un minuto, por el que no se volvió a rearmar. No se encontró sobrecarga ni derivación a tierra que lo justificase. El único hallazgo específico fue el enchufe de una incubadora a una toma que no era la prevista. Al parecer fue enchufado por el técnico de la empresa suministradora al realizar una revisión. La relación con el incidente es dudosa.*

Los sistemas de alarma de alarma fueron insuficientes para detectar el incidente a tiempo. La mejora de estos sistemas ya estaba planificada, aprobada por dirección y planificada su compra en febrero de 2021. No se llegó a llevar a cabo por la situación de pandemia”.

Una vez instruido el procedimiento, se confirió trámite de audiencia a la reclamante que presenta escrito el 27 de agosto de 2021, en el que expone que ha estado de baja por depresión desde el 3 de marzo hasta el 29 de junio 2021 y desglosa todos los daños que entiende ha sufrido y que cuantifica en un total de 120.777,04 euros. Al escrito acompaña partes de baja, informe psicológico, recetas de medicamentos y sus facturas, e informes de Atención Primaria.

El HUFA realiza alegaciones en las que el jefe de Unidad de Reproducción expone: *“la pérdida de oportunidad que D^a L. reclama, se le ofreció seguir tratamiento con nosotros, y así lo hizo. Sigue siendo tratada en nuestra Unidad.*

El día 9 de marzo de 2021 se practicó una punción folicular de la que se obtuvieron 24 ovocitos, de los cuales fecundaron 18 (18 embriones) y llegaron a estadio de blastocisto siete. Se congelaron 5 embriones para su transferencia diferida. El 15 de abril de 2021 se transfirió un blastocisto congelado, sin resultado de gestación. El 30 de julio de 2021 se transfirió el segundo blastocisto, sin gestación. A la paciente le quedan tres blastocistos congelados más y está en este momento en tratamiento para su transferencia en las próximas semanas.

No veo por tanto motivos para pensar que ha perdido su oportunidad, cuando sigue siendo tratada por nosotros, restándole tres embriones congelados (al menos dos intentos más) y la posibilidad de hacer dos ciclos más de FIV con sus correspondientes transferencias de congelados si las hubiera”.

Consta informe de valoración del daño solicitado por el SERMAS, que cuantifica el mismo en 6.464,04 euros.

Se confirió nuevo trámite de audiencia a la interesada mediante publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, tras dos intentos de notificación los días 16 y 17 de noviembre de 2021.

Finalmente, el 4 de abril de 2022 se formula propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, en la que considera que debe estimarse parcialmente reconociendo una indemnización de 6.000 euros.

CUARTO.- El 4 de abril de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 10 de mayo de 2022.

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 superior a 15.000 euros, y a 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 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para reclamar como perjudicada por la pérdida de embriones debido a su deficiente conservación.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia reprochada fue dispensada en el Hospital Fundación Alcorcón, centro sanitario constituido como fundación pública de la Comunidad de Madrid e integrado en la red sanitaria del SERMAS.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo. (cfr. artículo 67.1 de la LPAC).

En el caso concreto que nos ocupa, es evidente la formulación en plazo de la reclamación al haberse presentado quince días después de producirse y tener conocimiento de la pérdida de los embriones.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe del servicio relacionado con el daño alegado. Asimismo, se ha dado audiencia a la reclamante.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 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 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su título Preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida 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, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo que establecía el artículo 139 de la LRJ-PAC:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras 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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir

justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado 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”.*

CUARTA.- En el caso concreto que nos ocupa, la relación de causalidad entre la destrucción de los embriones y las deficiencias en la conservación de los mismos por deficiencias en el sistema eléctrico de la Unidad de Reproducción asistida del HUFA no ofrece dudas y es reconocida por el jefe de servicio de esa unidad.

La obligación de conservación de los preembriones queda expresamente prevista en Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas

de reproducción humana asistida, cuyo artículo 11 contempla la crioconservación de gametos y preembriones estableciendo su apartado 8 la necesidad de que los centros de conservación dispongan de un seguro o garantía financiera para *“(...) compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente”*.

No obstante, como señalábamos en nuestro Dictamen 458/20, de 13 de octubre, entre otros, los preembriones carecen de un valor patrimonial, en tanto según refiere el artículo 21 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 20 de octubre de 1999, el cuerpo humano y sus partes no pueden ser objeto de lucro.

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

Ahora bien, la ausencia de valor económico de los embriones no obsta a que el defectuoso funcionamiento del servicio público en su deber de custodia y conservación haya podido causar un perjuicio económico en la perjudicada tal y como se reclama. En efecto, si bien el

éxito de la transferencia embrionaria podía en cualquier caso no haberse producido, es lo cierto que la pérdida de los embriones supuso la necesidad de someterse a un nuevo ciclo de fecundación que le supuso unos gastos de transporte y de medicación que cuantifica y acredita en un total de 332,45 euros.

Asimismo, la reclamante refiere que la pérdida de los embriones le ha motivado una situación de baja laboral que le ha llevado a perder parte de sus retribuciones, señalando que solo ha percibido el 75% de sus retribuciones. Sin embargo, la reclamante ni acredita este hecho ni podemos admitir el mismo en tanto que, siendo funcionaria de la Consejería de Educación, el Acuerdo de 9 de mayo de 2017, de la Mesa General de Negociación de los empleados públicos de la Comunidad de Madrid (BOCAM 23 de mayo de 2017) le garantizaba el 100% de sus retribuciones durante todo el periodo de incapacidad laboral.

Al margen de lo expuesto, es lo cierto que la destrucción de los preembriones ha supuesto una frustración, al menos temporal, de una expectativa de embarazo. Como hemos expuesto anteriormente, la transferencia embrionaria no hubiera garantizado el futuro embarazo, y en ese sentido el Dictamen 43/13, del extinto Consejo Consultivo de Madrid recogía los estudios que indican que la gestación de embriones congelados tiene una posibilidad de éxito de un 15%; pero, sin duda, se le ha producido un retraso de esa limitada oportunidad de conseguirlo, lo que provoca un lógico desasosiego en quien tras años de problemas de fertilidad sufre un revés en sus anhelos. De hecho, en el caso concreto de la reclamante, esa frustración puede haber contribuido a una situación de ansiedad y stress que le llevo a un periodo de incapacidad laboral semanas después de tener conocimiento de la pérdida.

Por tanto, como dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 41/2017, de 6 de febrero, “*sí procede indemnizar el daño*”

moral consistente en la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infligidos a los sentimientos de... por la pérdida injustificada de los embriones criopreservados”.

Sin duda, se carecen de datos objetivos que permitan valorar ese daño moral lo que hace que sea una labor difícil y siempre subjetiva su cuantificación. Así, la sentencia antes citada cifró en 2.000 euros ese daño moral. Por su parte, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el Dictamen 183/15, de 15 de abril, consideró adecuada una indemnización de 4.000 euros como reparación del daño moral padecido por los reclamantes si bien, en ese supuesto, no existía, a juicio del órgano consultivo, *“un deseo inmediato por parte de los reclamantes de tener más descendencia por lo que puede considerarse que el daño moral no ha consistido en una frustración de un deseo actual de tener más hijos sino, únicamente, en el natural disgusto y malestar ante la destrucción de unos embriones que les permitían el optar en un futuro por intentar lograr un nuevo embarazo”*

Más recientemente, esta Comisión en el Dictamen 458/20, de 13 de octubre, antes dictado, ante un supuesto en el que, al igual que el presente, se inició un nuevo ciclo de fecundación, consideró adecuada la indemnización de 6.000 euros.

La especial incidencia que parece haber tenido el retraso en las expectativas en el estado anímico de la reclamante, nos lleva a considerar procedente fijar una cuantía de 7.500 euros, que, unida el daño patrimonial acreditado, hace que proceda reconocer una indemnización total de 7.832,45 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, correspondiendo satisfacer a la reclamante la cantidad global y actualizada de 7.832,45 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.

Madrid, a 10 de mayo de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 284/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid