

Dictamen nº: **605/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.10.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 4 de octubre 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 sufridos que atribuye a la asistencia dispensada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, en un tratamiento de fecundación in vitro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de abril de 2021, la persona mencionada en el encabezamiento presenta en la Comunidad de Madrid un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que relata que, en diciembre de 2018, cuando contaba con 39 años de edad, fue aceptada en la lista de reproducción humana del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, cumpliendo los requisitos establecidos por ley, siendo citada en consulta para comenzar con el proceso de citas, ecografías y preparación del tratamiento en septiembre del 2019. Señala que en marzo de 2020 comenzaron a prescribirle el medicamento para empezar con la estimulación ovárica, suspendiendo dicha estimulación,

antes de comenzar el proceso, puesto que surgió la pandemia por la COVID-19 y aplazaron el tratamiento hasta nueva orden.

La interesada continúa relatando que, después de 6 meses, llamó al hospital para que le informaran sobre la reanudación del tratamiento, si bien le comentaron que estaban de obras y desconocían cuando iban a poder dar citas. Incide en que, pasados 2 meses, volvió a llamar y le comentaron que se había roto una máquina que se utilizaba para ese tipo de tratamientos, alargándose la situación más de año y medio. La interesada reprocha que el centro no se responsabiliza de la situación y que tenía la obligación de derivarla a otro centro hospitalario que tuviera servicio completo de reproducción humana, el laboratorio y las máquinas que correspondan.

La interesada relata que, en febrero de 2021, la llamaron para reanudar el proceso y le realizaron un ciclo, dando negativo el embarazo y posteriormente le comentaron que estaba fuera de la lista por haber pasado los 40 años de edad y no poder continuar con los ciclos estipulados por la sanidad pública, dejándole dañada emocionalmente por situaciones ajenas totalmente a su persona.

La reclamante sostiene que ni las obras del centro ni la pandemia son factores que le deban influir como paciente puesto que cuando la aceptaron en la lista de reproducción cumplía con todos los requisitos correspondientes. Entiende que deberían haberla enviado a otro centro para poder continuar, *“ya que de sobra saben que el tiempo en estas edades es primordial”*.

El escrito de reclamación cifra en 45.000 euros el importe de la indemnización solicitada, por los daños y perjuicios psicológicos y emocionales, y los costes por la realización del tratamiento de fertilidad en un centro privado por la no atención en la sanidad pública dentro del plazo marcado por la ley y se acompaña con documentación médica relativa a la interesada (folios 1 a 20 del expediente).

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

La reclamante, nacida el 10 de agosto de 1979, el 13 de diciembre de 2018, cuando contaba con 39 años de edad, fue aceptada por parte de la Sección de Reproducción Asistida del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. En la hoja de canalización remitida, se hace constar en el apartado de “*consideraciones específicas*” que la edad de la paciente es cercana al límite para asistencia establecida en la cartera de servicios en vigor y que no se podrá prestar asistencia si la paciente ha cumplido 40 años en el momento de la primera visita.

La interesada fue vista en consulta el 11 de enero de 2019. Se realizó la historia clínica de la reclamante y su pareja, para comenzar el estudio básico de la paciente. La interesada firmó el documento informativo para pacientes nuevos, donde se informa a la reclamante entre otros aspectos de la normativa legal a la que se sometía el proceso y de las fases de dicho proceso: la fase de diagnóstico y la fase de tratamiento. Se indica que la fase de diagnóstico está sujeta a limitaciones establecidas en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud y a la capacidad asistencial del centro en cada momento. Entre los límites genéricos más relevantes se incluye la edad inferior a 40 años para la mujer. Se explica que esa fase está encaminada a conocer la situación de la paciente para lo que se solicitan distintas pruebas, tras las cuales, el médico expondrá su resultado valorando la necesidad de solicitar alguna prueba más u ofreciendo la técnica de reproducción humana más adecuada. La fase de tratamiento se lleva a cabo previo consentimiento informado y está sujeta a limitaciones basadas en la eficacia de las técnicas, establecidas en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, y a la capacidad asistencial del centro en cada momento. Los límites genéricos más relevantes son, entre otros, la edad inferior a 40 años para

fecundación in vitro (FIV) y para inseminación artificial con semen de donante, y en cuanto al número máximo de ciclos de tratamiento, sí se considera médicamente indicado alcanzar dicho límite, incluyendo los realizados en otros centros, hasta 3 ciclos de fecundación in vitro, existiendo una lista de espera, y 6 ciclos con semen de donante.

El 14 de junio de 2019 se solicita actualización de serologías. Se anota que la reclamante tiene una baja reserva ovárica estimada y que se informa a la paciente del efecto de ese hallazgo en el pronóstico de gestación. Se entrega a la reclamante el documento de consentimiento informado para FIV-TE (Fecundación In Vitro por Transferencia Embrionaria) con semen de donante.

El 20 de septiembre de 2019 se constata el resultado negativo de las serologías.

El 12 de febrero de 2020 se entrega cuestionario a la paciente, solicitándose preoperatorio y anestesia.

La siguiente asistencia es el 4 de febrero de 2021, cuando la reclamante acude a programación para FIV-TE y preservación de ovocitos. Se anota que será el primer ciclo (entregado el consentimiento antes de los 40 años).

El 11 de febrero de 2021, la reclamante firma el documento de consentimiento informado para la punción de ovocitos.

El 15 de febrero de 2021, bajo anestesia general, se procede a la punción folicular de ovocitos con aguja de 18G, bajo control ecográfico. La intervención cursa sin incidencias significativas. La transferencia embrionaria se realiza el 18 de febrero de 2021, con un embrión calidad B, en día +3, con catéter tipo Wallace. Se anota que no tiene más embriones congelados. Se pauta tratamiento y se programa test

gestacional en sangre el 4 de marzo de 2021. La analítica confirma la no existencia de embarazo bioquímico.

El 25 de marzo de 2021 el Servicio de Reproducción Asistida informa a la reclamante de la no gestación, y de la imposibilidad de iniciar un nuevo ciclo, al haber superado los 40 años de edad estipulados como límite por la Cartera de Servicios de la Seguridad Social. Se anota que la reclamante se muestra disconforme y enfadada porque señala que nunca le dijeron que tendría derecho a un solo ciclo en lugar de tres. Se entrega el informe de la FIV realizada y se pauta el alta.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

El 4 de mayo de 2021, el jefe de la Sección de Reproducción Asistida del Hospital General Universitario Gregorio Marañón emite informe en el que explica que la reforma de las instalaciones del Área de Cirugía Mayor Ambulatoria del hospital maternal, comenzaron en octubre de 2019, lo que determinó la necesidad de reducir la actividad asistencial del programa de FIV. Asimismo, la alerta sanitaria ocasionada por la pandemia por SARS-CoV-2 determinó la paralización de la actividad de los programas de reproducción asistida desde el 17 de marzo al 25 de mayo de 2020.

El informe continúa relatando que el 28 de junio de 2020, momento en que las mencionadas obras de reforma permanecían en curso, se detectó una avería de la cabina de flujo laminar termocalefactada del laboratorio de reproducción, que fue calificada como irreparable según el informe que emitieron los servicios técnicos

del hospital. El informe explica que esa cabina constituía la única dotación de su clase disponible en el hospital, lo que obligó a la paralización completa del programa. El Servicio de Compras inició los procedimientos de adquisición de un equipo para reponer el averiado, por medio de licitación pública y que, tras la provisión de ese equipo se reanudó la actividad del programa de FIV en noviembre de 2020.

En relación con la reclamante, el informe explica que fue tratada con un ciclo de FIV-TE, que no resultó efectivo. La indicación de dicho tratamiento tuvo lugar antes de los 40 años de edad de la paciente, aunque su aplicación se produjo cuando la paciente había cumplido 41 años. Una vez finalizado el ciclo, y como en cualquier situación análoga, se evaluó la posibilidad de indicar un nuevo tratamiento, si bien se desestimó por ser la paciente mayor de 40 años, en cumplimiento de lo establecido en la normativa que define la cartera de servicios de los centros del Servicio Madrileño de Salud en materia de reproducción humana asistida.

En relación con los argumentos que la interesada aduce sobre la posibilidad de haber recibido tratamiento en otro centro, el informe puntualiza que, como usuaria del Servicio Madrileño de Salud, le asiste el derecho a ejercer la libre elección de otro centro que tenga capacidad de prestarle asistencia con mayor celeridad, pero dicho proceso se inicia por libre decisión del paciente, y no como consecuencia de una canalización asistencial a otro centro por indicación médica. Además, añade que no reciben instrucción alguna para derivar a las pacientes afectadas por las demoras asistenciales relacionadas con obras y con averías de equipos, con la excepción de las pacientes oncológicas que precisan atención reproductiva urgente.

El informe señala que esas circunstancias fueron puestas de manifiesto en respuesta a la petición de información presentada por la

paciente que fue enviada al Servicio de Atención al Paciente el 26 de marzo de 2021.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del citado hospital (folios 25 a 78 del expediente).

Conferido trámite de audiencia, la interesada formuló alegaciones el 1 de junio de 2021 en las que incidió en los términos de su reclamación inicial.

El 23 de noviembre de 2021, la reclamante se interesó por el estado de tramitación del procedimiento, siendo contestada el 3 de diciembre de 2021 en el sentido de encontrarse dicho procedimiento pendiente de la formulación de la propuesta de resolución y posterior dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Consta que, a petición del instructor del expediente, el jefe de la Sección de Reproducción Asistida del Hospital General Universitario Gregorio Marañón remitió documentación complementaria de la historia clínica de la reclamante y destacó que entre dicha documentación figura un ejemplar firmado del “*documento informativo para pacientes nuevos*” firmado por la interesada el 11 de enero de 2019 en el que aparecen especificados los límites para el tratamiento de fertilidad y específicamente “*edad inferior a 40 años para fecundación in vitro*”.

Incorporada la nueva documentación, se confirió trámite de audiencia a la reclamante el 27 de junio de 2022, si bien no consta que formulara alegaciones dentro del trámite conferido al efecto.

Finalmente, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló propuesta de resolución el 23 de agosto de 2022, en el

sentido de desestimar la reclamación formulada, al no ser el daño antijurídico.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta que tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el día 6 de septiembre de 2022, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, en el Pleno de este órgano consultivo celebrado el día 4 de octubre 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 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 (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, 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.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC, en relación con el artículo 32.1 de la LRJSP en cuanto que es la persona afectada por la asistencia sanitaria que se reprocha.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, centro hospitalario integrado en la red sanitaria pública madrileña.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC que se contará desde que se haya producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En este caso, en el que se reclama por la negativa del centro sanitario a realizar un nuevo tratamiento de fecundación in vitro a la reclamante, lo que le fue comunicado el 25 de marzo de 2021, resulta claro que se encuentra formulada en plazo la reclamación presentada el 14 de abril de ese mismo año.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el jefe de la Sección de Reproducción Asistida del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. También se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la interesada. Asimismo, se confirió

trámite de audiencia a la reclamante y se redactó la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

No obstante, se observa que en este caso no se ha recabado el informe de la Inspección Sanitaria, de manera contraria a otros procedimientos de responsabilidad patrimonial relacionados con tratamientos de reproducción asistida, como el examinado en el Dictamen 215/20, de 16 de junio, de esta Comisión Jurídica Asesora, en el que por parte del instructor se recabó el parecer técnico de la Inspección Sanitaria.

Como hemos tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes, si bien el informe de la Inspección Sanitaria, con carácter general no tiene carácter preceptivo, esta Comisión viene resaltando entre otros muchos en el Dictamen 499/18, de 22 de noviembre, el especial valor de su opinión, tal y como también reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 16 de marzo de 2017 (recurso 155/2014), que recuerda: *“Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”*. En el mismo sentido, la Sentencia de 24 de mayo de 2022 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (recurso 786/2020).

Se reconoce así que, la adecuada resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario requiere una

cualificada valoración profesional y objetiva, que no puede ser sustituida por las apreciaciones del instructor, considerando especialmente valioso a tal fin el criterio de la Inspección.

Por ello, consideramos que deba retrotraerse el procedimiento para la incorporación de dicho informe, pues se hace preciso contar con su valoración sobre el cumplimiento de los protocolos de actuación por parte del centro sanitario, particularmente en lo que atañe a la exclusión de la interesada para recibir un segundo ciclo de tratamiento por haber superado la edad de 40 años, no obstante haberse iniciado el estudio de la reclamante antes de haber cumplido esa edad. Entendemos que el criterio de la Inspección Sanitaria sobre la asistencia reprochada resulta imprescindible para que esta Comisión Jurídica Asesora puede disponer de todos los elementos de juicio que resultan necesarios para determinar la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

Una vez se haya tramitado el procedimiento en la forma expuesta, deberá darse trámite de audiencia a la interesada y redactarse una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida junto al expediente a este órgano consultivo para su dictamen preceptivo.

En mérito a todo lo anterior, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción de las actuaciones para que se tramite el procedimiento en la forma dispuesta en la consideración de derecho tercera.

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 4 de octubre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 605/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid