Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 2 / 2 0 2 6

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 1 de abril de 2026.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 61/2026 IDS)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad el 25 de febrero de 2026 (con registro de entrada en este Consejo Consultivo el mismo día), tiene por objeto la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación formulada por (...) por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La cuantía indemnizatoria solicitada (112.359,47 euros), determina que la solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo sea preceptiva, según lo establecido en los arts. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Está legitimada para solicitarlo la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art.

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

4.1. La reclamante ostenta la condición de interesada, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 4.1.a) LPACAP y art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)], puesto que alega daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal del servicio público sanitario, y está legitimada activamente por cuanto solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

4.2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, concretamente al Servicio Canario de Salud, organismo autónomo de dicha Administración, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo de un año legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo primero LPACAP, puesto que se presenta el 22 de febrero de 2024 y en ella se solicita una indemnización por los daños que considera producidos por una mala praxis médica en la realización de la transferencia de embriones el 22 de febrero de 2023 que según la reclamante fue la causa del resultado negativo de embarazo el día 10 de marzo de 2023.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP). No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa (art. 21 LPACAP).

En el presente supuesto se ha superado con creces el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. No obstante, la demora producida no impide la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

II

1. La reclamante sustenta la acción de responsabilidad patrimonial en los siguientes hechos extraídos de la reclamación:

«- (...) inició en el año 2021, con 41 años, y en condición de madre soltera, un tratamiento de fertilidad en el Centro (...), (...), bajo la dirección del Ginecólogo (...) Como resultado del tratamiento de reproducción obtuvo 5 embriones, dos de calidad "muy buena" y tres de calidad "buena".

En julio de ese mismo año se sometió, en el (...), a una transferencia embrionaria (2 embriones) con resultado de embarazo molar. Como consecuencia de dicho embarazo molar, debía esperar el plazo de un año para un nuevo intento de quedar embarazada.

- En junio de 2022 le comunicaron a (…), desde el (...), que la clínica iba a cerrar, por lo que se debían trasladar sus embriones, por cuestiones legales, al Hospital Universitario de Canarias. Y teniendo en cuenta, además, la situación médica de la paciente (operada de 3 cardiopatías congénitas y con hipertensión) debía considerarse dicha transferencia al HUC la opción médica más apropiada, a fin de un seguimiento completo del embarazo y la potencial incidencia del resto de patologías en su desarrollo. Cabe mencionar que todo el seguimiento del embarazo molar, así como el legrado al que fue sometida el 2 de agosto de 2021, se hizo en el propio Hospital Universitario de Canarias.

- (...) firmó los consentimientos necesarios para el traslado (de los cuales no se le entregó copia) y se le comunica que tiene que ponerse en contacto con el HUC a partir del 1 de septiembre de ese mismo año 2022 para la citación de la transferencia embrionaria.

No obstante las múltiples llamadas, al fin de la citación realizadas por (…), no es hasta el mes de diciembre de 2.022 que consigue que se le cite y se programe, ya en el mes de enero, la transferencia de los embriones para el mes de febrero de 2023, 6 meses después de lo que estaba previsto. Estos continuos y asiduos intentos de contacto, la espera, la demora contraproducente en vista de su edad, y la falta de respuesta válida, le supuso a (…) un alto estrés y nerviosismo.

En cuanto a la preparación del útero para la transferencia en el HUC, se resumió a ver a (...) un mes antes de la fecha programada para la transferencia, la realización de una

ecografía y expedición de una receta de medicación previa y, sin mayor abundamiento médico o preparatorio, se fijó la transferencia para el 22 de febrero de 2023.

Se acreditará con informes médicos y, en su caso, pericial médica, la necesidad que había de que, al menos, desde que se programaba la transferencia embrionaria hasta el día en que se efectúa, las ecografías semanales deben ser de un mínimo de 3, hasta advertir que se han conseguido las condiciones deseadas y en base a las mismas programar la transferencia el día exacto.

Llegado el día 22 de febrero de 2023, día de la transferencia de embriones, se descongelaron 2, uno de calidad "muy buena" y otro de calidad "buena". Llamaron a (...) a primera hora para comunicarle que la descongelación había ido bien y le confirmaron que la transferencia se podría realizar ese mismo día, a pesar de que no le habían hecho ningún seguimiento siquiera esporádico desde un mes antes.

Ya en Quirófano y justo en el momento de la realización de la transferencia, la ginecóloga que la efectuó le comentó que debía utilizar un dilatador. Concluida la intervención (...) se fue a su casa con las pautas que le prescribieron.

La cita para la analítica de comprobación del estado de embarazo se programó para el día 10 de marzo en el propio HUC, el resultado del análisis fue negativo, con el duro golpe anímico que ello le supuso a (...) Máxime cuando siempre le habían dicho, en el propio HUC, que los embriones eran de muy buena calidad y como había tenido un embarazo, a pesar de que hubiera sido molar, que no tendría dificultades para quedarse embarazada en la nueva transferencia realizada.

Según se probará, y no obstante otras malas praxis realizadas con motivo de la transferencia en el HUC, debe considerarse que existió la misma al:

• No hacer un seguimiento y preparación del endometrio correctamente para llevar a cabo la transferencia. Era necesario ver cómo evolucionaba el grosor del endometrio día tras día para fijar el mejor momento para realizar la transferencia.

• Y, aún más grave fue instrumentar una transferencia de embriones, lo que supone en el 99% de los casos un no embarazo, ya que desde el momento que se introduce un cuerpo extraño en el útero, éste reacciona y provoca una contracción, por lo que los embriones o el embrión que en ese momento se haya transferido muy probablemente se expulse. Lo que sucedió puede resumirse en lenguaje coloquial como "haber tirado a la basura dos embriones de muy buena o buena calidad"».

2. En cuanto a la determinación de los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la supuesta mala praxis médica, y su cuantificación, en la reclamación se expone lo siguiente:

«Al margen del daño corporal y material producido, con la pérdida de los embriones y la pérdida de oportunidad vinculada a la edad de (...) y a la imposibilidad de generar nuevos embriones, debe también señalarse el daño psíquico y moral derivado de la pérdida de la esperanza de ser madre, con los esfuerzos realizados durante años, personales y económicos, para el logro de la maternidad deseada.

Entre otros esfuerzos se sometió (...), como necesidad medico asistencial y tratamientos previos al inicio del tratamiento de reproducción, a una cirugía extirpatoria de miomas, por lo que tuvo que someterme en 2020 a una intervención, una Miomectomía por laparatomía abierta donde le extirparon 9 miomas, con un desembolso de más de 12.000 euros. Posteriormente tuvo que esperar 6 meses para empezar el tratamiento de fertilidad.

Dada su edad, 40 años, la Seguridad social no le cubría el tratamiento, por lo que no le quedaba más remedio que hacerlo a través de un centro de reproducción privado, con un coste, entre tratamientos y medicación, de más de 10.000 euros.

Un proceso que ha durado más de 4 años y que habrá de continuar, si bien ahora, con una sola posibilidad de éxito y una edad cada vez menos idónea para el tratamiento, con daños psíquicos, ansiedad y tristeza permanente en (...) Solo le queda un embrión y no puede, por su edad, generar otros nuevos, se ha sometido nuevamente a un tratamiento de estimulación ovárica ero no se han obtenido embriones, por lo que la única esperanza de (...) se centra en el embrión que trasladó, y que aún subsiste, al Hospital Universitario de Canarias.

Con el fin de aumentar las posibilidades de un embarazo, se ha sometido recientemente a dos intervenciones de útero en 2023, una en agosto y otra en septiembre y lleva desde noviembre tres intentos de transferencia fallida, es decir, llegado el momento de la transferencia embrionaria, ésta no se ha realizado por no encontrarse el endometrio en el momento óptimo. Si tuviera más embriones, podría haberlo intentado antes, pero tendiendo sólo uno, hay que darle la mejor de las oportunidades, todo ello consecuencia de haber perdido los dos que por mala praxis malogró el Hospital Universitario de Canarias».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 22 de febrero de 2024, en los términos expuestos en el Fundamento anterior.

Propone como prueba, documental que presentará a lo largo de la tramitación del procedimiento, así como la incorporación al expediente de la historia clínica

completa obrante en el Hospital Universitario de Canarias, y deja anunciada la aportación de informe pericial.

2. Con fecha 9 de agosto de 2024 fue requerida la subsanación de la solicitud, a fin de que acreditara la representación mediante la que actúa, la cuantificación de la indemnización solicitada y si ha incoado diligencias penales por los mismos hechos.

3. El 29 de febrero de 2024 la reclamante procede a subsanar la reclamación mediante la aportación de la documentación solicitada, salvo la cuantificación de la indemnización, respecto de la cual manifiesta: *«Que no se procede en este acto a cuantificar la indemnización toda vez que se está a la espera de conocer con mayor amplitud las consecuencias y secuelas de los hechos relatados en el patrimonio y la persona de la reclamante, y la consecución final o no del embarazo deseado con el único embrión disponible. En cuanto se conozcan los mismos, y a la mayor brevedad, esta parte presentará la cuantificación de la indemnización que se reclama (...) ».*

4. El día 7 de marzo de 2024 se dicta la Resolución n.º 159/2024 de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud por la que se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial.

5. El 24 de abril de 2024 la reclamante presenta escrito en el que procede a cuantificar de manera aproximada y provisional la indemnización solicitada en el importe total de 112.359,47 €, desglosado de la siguiente manera:

Por daños materiales: reclama la cuantía total de 41.297,84 € correspondiente a las facturas de tratamiento y medicación en el centro privado (...) y en el centro privado Clínica (...) en Valencia, así como gastos alojamiento y traslado a Valencia. Facturas de sesiones de psicología y de ecografías.

- Por daños morales:

- Perjuicio personal básico y por pérdida de calidad de vida. Perjuicio moderado.

- Por trastorno psicológico mental y emocional. Días con pérdida de calidad de vida moderada reclama 427 días asciende, siendo la cantidad diaria establecida en la tabla 3.B para el perjuicio moderado de 61,89 € por tanto, asciende a la cantidad de 26.427,03 €.

- Perjuicio personal particular. Pérdida de los dos embriones 44.634,60 €

6. Con fecha 13 de junio de 2024, el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) remite la historia clínica y los informes recabados:

- Informe emitido el 22 de abril de 2024 por la Dra. (...) Especialista en Obstetricia y Ginecología. J. Sección Reproducción Humana del HUC.

- Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de 13 de junio de 2024.

7. El día 18 de junio de 2024 se requiere a la interesada a fin de que aporte informe pericial señalado en reclamación inicial, y con fecha 11 de julio de 2024 aporta escrito solicitando la historia clínica y protocolo de la transferencia embrionaria que le fue realizada, y que ya había solicitado previamente sin respuesta. Todo ello con el fin de poder elaborar el informe pericial anunciado.

8. En respuesta a dicha solicitud se informa a la reclamante que la historia clínica está disponible en sede electrónica del Gobierno de Canarias y se le amplía el plazo para presentar el informe pericial hasta el 3 de agosto de 2024.

9. El 5 de agosto de 2024 la reclamante presenta escrito en el que señala que la historia clínica no está completa al no constar las actuaciones médicas llevadas a cabo con motivo de la transferencia embrionaria y, en particular, la técnica realizada, el catéter utilizado, la instrumentación adicional utilizada, las pruebas de transferencia, etc. Por lo que señala que la pericial requerida no puede ser presentada. Solicita de nuevo el historial clínico completo.

10. Tras petición de documentación al HUC, el 16 de octubre de 2024 dicho centro hospitalario remite la historia clínica completa obrante en el mismo**.**

11. Con fecha 21 de octubre de 2024 se notifica a la interesada Acuerdo Probatorio abriendo un plazo de un mes a fin de que pueda aportar el informe pericial señalado.

12. El 14 de noviembre de 2024 presenta escrito en el que nuevamente señala que la historia clínica no está completa, al no constar en la misma los siguientes datos:

El protocolo de actuación de la transferencia embrionaria: preparación del endometrio y forma de realización de la transferencia.

La técnica realizada, acceso al útero.

El tipo de catéter utilizado.

La instrumentación adicional utilizada.

Las pruebas de transferencia realizadas, antes y en el día de la transferencia, con su resultado de viabilidad para realizarla en ese momento.

Los informes de las consultas y revisiones previas y la medicación recetada, seguimiento de su evolución.

Las pruebas del grosor del endometrio y del estado del útero.

A tenor de lo cual solicita que se le entregue la documental y el protocolo de transferencia embrionaria, así como informe completo de la transferencia al equipo médico actuante que responda a las anteriores cuestiones relacionadas en el escrito.

13. El día 6 de noviembre de 2025 el HUC remite nuevamente historia clínica, protocolos de transferencia embrionaria e informes rendidos por la Jefa de Sección de la Unidad de Reproducción Humana de este centro sanitario.

14. Con fecha 13 de noviembre de 2025 se da traslado a la reclamante de la nueva documentación incorporada al expediente, abriendo un plazo de un mes a fin de que aporte el informe pericial señalado en escrito de reclamación inicial.

15. Con fecha 24 de noviembre de 2025 se recibe nuevo escrito de alegaciones, manifestándose en los mismos extremos respecto a la falta de información clínica necesaria para la emisión del informe pericial.

En concreto señala:

«Que, recibido informe del SIP y protocolos de transferencia embrionaria, y a la vista de su contenido no consta o consta solo parcialmente:

• La instrumental médica utilizada en la transferencia, y más en concreto el uso de un dilatador. Se constate, como prueba, que en la transferencia se usó un dilatador, instrumental no programado previamente y que además no consta en el protocolo para la transferencia embrionaria. Instrumental del que no se informó a la paciente hasta el momento mismo de la transferencia sin que conste la necesidad de su uso y los riesgos que conlleva; no se informó a la paciente de dichos riesgos, solo se le anunció en el mismo momento de la transferencia de que se iba a proceder a hacer uso del mismo. De ahí la insistencia de esta parte y necesidad argumentada, de que se pida como prueba la relación de la instrumental médica utilizada para la transferencia y, en concreto, la utilización de un dilatador, y la explicación de la necesidad, previsión e información a la paciente de su utilización y los riesgos.

• Las pruebas de transferencia realizadas, antes y en el día de la transferencia, con su resultado de viabilidad para realizarla en ese momento. De hecho, es bastante probable que se haya usado el dilatador por la falta de realización de las pruebas de transferencia y la imprevisión que conlleva, de ahí la importancia de obtener información sobre las pruebas de transferencia realizadas a fin de completar la información necesaria para conocer si hubo o no mala praxis médica.

Esta súplica se ha realizado en 4 ocasiones anteriores al Servicio Canario de Salud (esta es la quinta vez) que se sirva entregar a la reclamante una relación del instrumental utilizado en la transferencia, en concreto la utilización de un dilatador, y la confirmación o no de la realización de pruebas de transferencia».

16. Con fecha 10 de diciembre de 2025 se notifica Trámite de Audiencia, haciéndole saber que toda la documentación obrante al expediente se encuentra disponible en la sede electrónica del Gobierno de Canarias. Transcurrido el plazo conferido, no se reciben nuevas alegaciones.

17. El 24 de febrero de 2026 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

IV

1. La responsabilidad de las Administraciones Pública tiene su base en el en el art. 106.2 del Texto Constitucional, al disponer que «*los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».*

La remisión que se contiene en el precepto constitucional nos conduce, actualmente, a la aplicación de capítulo IV del Título preliminar de la LRJSP, cuyo art. 32 dispone:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

A partir de dicha regulación constitucional y legal, la jurisprudencia ha venido a establecer los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la siguiente formulación que encontramos expuesta, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 5 de diciembre de 2014 (Sec. 6.ª, recurso n.º 1308/2012, ponente D.ª M. Robles F., Roj STS 4942/2014, FJ 3): *«la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta».

En el concreto ámbito de la asistencia sanitaria, los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración se recogen, entre otras muchas, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (Sec. 4.ª, recurso n.º 4397/2010 , ponente D. J. Cudero B., Roj STS 2494/2015, FJ 5), que se expresa del siguiente modo:

«En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 y 4 de julio de 2013, recaída en el 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, hemos señalado (Sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013 que, 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».

Por tanto, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, el criterio básico utilizado es el de la Lex Artis, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: La obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Por ello, la *Lex Artis*, constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Finalmente, como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictamen 124/2024, de 12 de marzo), según el actual art. 32.1 LRJSP –similar al anterior art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,- es requisito indispensable para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

2. La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, exige en primer término, deslindar los motivos en los que se sustenta la acción resarcitoria frente al Servicio Canario de Salud.

Según se puede extraer de la reclamación, la reclamante considera que el resultado negativo, es decir, la ausencia de implantación, tras la transferencia de dos embriones el día 24 de febrero de 2023 en el HUC, fue debida a la siguiente actuación contraria a la *lex artis:*

Tardanza en la cita en la Unidad de Reproducción Asistida del HUC tras el traslado de los embriones desde la Clínica Privada con motivo de su cierre.

Falta de seguimiento y preparación del endometrio para llevar a cabo la transferencia. Según la reclamante debió hacerse un seguimiento diario del grosor del endometrio para fijar el mejor momento para realizar la transferencia.

El empleo durante la transferencia de un instrumental (dilatador), que según la reclamante *«supone en el 99% de los casos un no embarazo, ya que desde el momento que se introduce un cuerpo extraño en el útero, éste reacciona y provoca una contracción, por lo que los embriones o el embrión que en ese momento se haya transferido muy probablemente se expulse».*

Se basa, por tanto, en la defectuosa asistencia sanitaria durante la transferencia embrionaria y en el seguimiento previo a la misma para establecer el día más idóneo para llevarla a cabo, lo que provocó la falta de implantación embrionaria.

3. A los efectos de analizar si en el presente caso se ha producido la infracción de la *lex artis* que alega la reclamante y el obligado nexo causal entre esa actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido, es preciso partir, del relato fáctico referido a la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Canario de la Salud extraído del informe emitido por el SIP de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de la historia clínica, y del preceptivo informe emitido por la Unidad de Reproducción Humana del CHUC que prestó la asistencia a la paciente.

- La paciente, con fecha de nacimiento el 29/10/1979, cuenta con antecedentes personales de coartación de la aorta, intervenida en 1982 mediante ligadura de ductus, resección y aortoplastia. También intervención quirúrgica en 2015 con cierre de comunicación interauricular (CIA). Hipertensión arterial controlada con tratamiento. Seguimiento regular por Cardiología. Anemia ferropénica por hipermenorrea en tratamiento periódico. Miomectomía por laparotomía en 2020.

- Según refiere la propia reclamante, en el año 2021, inició tratamiento de fertilidad en Clínica privada: Centro (...) (Centro (...)). Se había realizado dos ciclos de fertilización in vitro: uno el día 14 de febrero de 2021 con obtención de dos ovocitos, uno maduro y se criopreserva un blastocisto de día +5; y otro el 7 de mayo de 2021 donde se congelan 4 de día +5.

Por tanto, como resultado del tratamiento obtuvo cinco embriones viables (embriones que fueron creados en ciclo de fertilización in vitro con semen de donante como mujer sin pareja).

- El día 18 de junio de 2021 se somete, en la clínica privada, a la primera transferencia. Con carácter previo el protocolo de preparación endometrial fue parches Estradot durante 17 días y Cyclogest 1/12 horas los 5 días previos a la transferencia. Se descongelan dos y se transfieren 2 embriones de día +6 (Blasto expandido AA y Blasto temprano), con resultado de embarazo molar (forma anormal de gestación), por lo que recibió tratamiento con legrado de evacuación uterina y seguimiento durante un año en el CHUC, con alta por dicho proceso de embarazo molar, a partir del cual podía continuar con un nuevo intento de embarazo.

- Según la reclamante en junio de 2022, le comunican que la clínica privada cerraría, por lo que los embriones restantes (no utilizados) habían de trasladarse al CHUC. Le indicaron que, además, dada su situación médica (operada de 3 cardiopatías congénitas y con hipertensión) el traslado al CHUC era la opción más adecuada, a fin de un seguimiento más completo del posible embarazo y de su incidencia en el resto de patologías y, además, fue en el CHUC donde se practicó el legrado tras el embarazo molar. Manifiesta que firmó los consentimientos necesarios para el traslado y se le dice que debe ponerse en contacto con el CHUC a partir del 01/09/22, para citación en relación con la continuación del procedimiento de transferencia embrionaria.

- Según informe de Unidad de Reproducción Humana (URH) del CHUC, los embriones se reciben en julio de 2022 y, si bien el procedimiento es complejo (hay que revisar paciente por paciente canister por canister de todos los embriones recibidos) en fecha 24/11/22, la paciente es vista en consulta en URH del CHUC para entrada en el programa de transferencia de embriones congelados (TEC). Se elabora la historia y se hace la exploración.

- En el CHUC se disponía de tres embriones congelados en estadio de blastocisto de día +5, trasladados al CHUC por cierre del centro privado.

- En la exploración ginecológica realizada el 24 de noviembre de 2022 se aprecia normalidad a excepción de útero polimiomatoso, describiéndose dos miomas de 30 y 15 mm, que no afectaban cavidad. Se le da la mediación para preparar el endometrio con un protocolo de ciclo sustituido a base de parches de estradiol y progesterona vaginal. El ciclo se lleva a cabo con la regla del 1 de febrero de 2023.

- El 14 de febrero de 2023 se realiza ecografía para valoración de la respuesta endometrial a la medicación estrogénica pautada, el endometrio mide 7,9 mm, siendo apto para programar la descongelación de los embriones.

- En fecha 17/02/23 comienza con la administración vaginal de progesterona micronizada y sigue con sus parches, protocolo ampliamente utilizado en esta terapia reproductiva.

- Tras 5 días, el 22/02/23, dado que sus embriones están congelados en estadio de blasto, se procede a la transferencia de dos embriones que sobreviven a la descongelación en un 100 %. Se descartó transferir 3, como la paciente deseaba, dado sus antecedentes clínicos y la política de la Unidad de no generar gestaciones múltiples por su mal pronóstico obstétrico.

En cuanto al instrumental utilizado para la transferencia, en concreto el llamado «*dilatador*» que según la reclamante fue utilizado y fue uno de los motivos del fallo de implantación, ni el informe del SIP ni los dos informes de la Unidad de Reproducción Asistida del CHUC hacen referencia a ello. Sólo consta en la historia clínica un informe de 30 de julio de 2024 (doc. 15, folio 361) donde se señala que *«la transferencia se lleva a cabo, sin complicaciones, el 22/2/2024* (hay una errata en el año, pues fue en 2023)*. Se transfieren dos embriones en estadio de blastocisto de día +5 a un útero polimiomatoso, con cánula de Cook y bajo control ecográfico por vía abdominal*».

- En fecha 10/03/23, se le realiza determinación de beta HCG (gonadotrofinancoriónica humana conocida como hormona del embarazo) para valoración de la implantación, con resultado negativo. Esto se le comunica telefónicamente a la paciente, cancelándose la medicación y confirmando que queda un embrión congelado.

- En fecha 19/04/23, acude para inicio del procedimiento TEC del embrión que le queda, pero afirma no tener claro si quiere hacerlo aquí o trasladarlo a otro centro.

- En fecha 09/05/23, la paciente llama porque desea trasladar el embrión. Contacta con el laboratorio para realizar los trámites necesarios y, el 31/05/23 se realiza traslado del embrión que le queda al Centro de la Dra. (...), no quedando embriones en el CHUC.

4. Teniendo en cuenta los motivos en los que se sustenta la reclamación, y visto el contenido de los informes emitidos (informe del SIP y dos informes de la Unidad de Reproducción Humana del CHUC), podemos concluir que resultan insuficientes para

ilustrar al órgano de que debe resolver y a este Consejo que debe dictaminar, sobre valoración de la asistencia sanitaria en cuanto a su conformidad o no a la *lex artis ad hoc*, limitándose a señalar lo que aparece reflejado en la historia clínica pero sin contestar a las cuestiones controvertidas que se suscitan y que en varias ocasiones fueron planteadas por la reclamante a lo largo de la tramitación del procedimiento.

Así en el último escrito de alegaciones la reclamante expone:

«Que, recibido informe del SIP y protocolos de transferencia embrionaria, y a la vista de su contenido no consta o consta solo parcialmente:

• La instrumental médica utilizada en la transferencia, y más en concreto el uso de un dilatador. Se constate, como prueba, que en la transferencia se usó un dilatador, instrumental no programado previamente y que además no consta en el protocolo para la transferencia embrionaria. Instrumental del que no se informó a la paciente hasta el momento mismo de la transferencia sin que conste la necesidad de su uso y los riesgos que conlleva; no se informó a la paciente de dichos riesgos, solo se le anunció en el mismo momento de la transferencia de que se iba a proceder a hacer uso del mismo. De ahí la insistencia de esta parte y necesidad argumentada, de que se pida como prueba la relación de la instrumental médica utilizada para la transferencia y, en concreto, la utilización de un dilatador, y la explicación de la necesidad, previsión e información a la paciente de su utilización y los riesgos.

• Las pruebas de transferencia realizadas, antes y en el día de la transferencia, con su resultado de viabilidad para realizarla en ese momento. De hecho, es bastante probable que se haya usado el dilatador por la falta de realización de las pruebas de transferencia y la imprevisión que conlleva, de ahí la importancia de obtener información sobre las pruebas de transferencia realizadas a fin de completar la información necesaria para conocer si hubo o no mala praxis médica.

Esta súplica se ha realizado en 4 ocasiones anteriores al Servicio Canario de Salud (esta es la quinta vez) que se sirva entregar a la reclamante una relación del instrumental utilizado en la transferencia, en concreto la utilización de un dilatador, y la confirmación o no de la realización de pruebas de transferencia».

Se constata que en ninguno de los informes recabados se procede a dar una adecuada contestación sobre el supuesto empleo de un «*dilatador*» como instrumental para llevar a cabo la transferencia, pese a ser uno de los principales motivos en los que se basa la supuesta mala praxis médica. Así como sobre las pruebas realizadas antes y en el día de la transferencia embrionaria sobre el estado del endometrio. Según la reclamante «*al menos, desde que se programaba la transferencia embrionaria hasta el día en que se efectúa, las ecografías semanales deben ser*

de un mínimo de 3, hasta advertir que se han conseguido las condiciones deseadas y en base a las mismas programar la transferencia el día exacto». Únicamente se dice en el informe de la Unidad de Reproducción asistida que *«el 14 de febrero de 2023 se realiza ecografía para valoración de la respuesta endometrial a la medicación estrogénica pautada, el endometrio mide 7,9 mm, siendo apto para programar la descongelación de los embriones».* Sin embargo, en la historia clínica, salvo error, no consta esa consulta del día 14 de febrero de 2023, ni los resultados de esa ecografía. Además, no se explica el número de ecografías que según el protocolo debe ser realizado antes de la transferencia para verificar el estado del endometrio.

5. Conforme al art. 76.1 LPACAP *«Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución».*

Y el art. 88.1 LPACAP dispone que *«La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo».*

Por todo ello, se advierte una incorrecta tramitación del procedimiento en cuanto a la fase de instrucción necesaria para poder emitir una propuesta de resolución que contenga un pronunciamiento sobre todas las cuestiones planteadas por la interesada.

Esa ausencia impide a este Consejo Consultivo emitir un juicio adecuado sobre la cuestión de fondo, además, de causar indefensión a la reclamante, que no ha recibido contestación sobre los motivos por los que ejercita su acción de responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, podemos concluir que los informes recabados no se pronuncian de manera motivada sobre las cuestiones controvertidas, y tanto en el informe del SIP como en los informes de la Unidad de Reproducción Asistida existen cuestiones que es necesario esclarecer, por ello se considera que se ha producido una insuficiencia de actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución conforme al art. 75.1 LPACAP, y con los medios probatorios desplegados en la fase de instrucción, este Consejo Consultivo no puede pronunciarse sobre las cuestiones de fondo sometidas a Dictamen, por lo que se considera necesario retrotraer el procedimiento, para recabar los siguientes informes complementarios:

- Informe de la Unidad de Reproducción Humana del CHUC que deberá pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

El seguimiento que según el protocolo de reproducción asistida debe hacerse a la paciente tras comenzar con el tratamiento para preparar el endometrio y hasta la transferencia embrionaria, indicando el número de ecografías necesarias para determinar el estado del endometrio y programar la descongelación de los embriones para su transferencia.

En cuanto al instrumental utilizado para la transferencia, en concreto el llamado «*dilatador*», que según la reclamante fue utilizado y fue uno de los motivos del fallo de implantación, ni el informe del SIP, ni los dos informes de la Unidad de Reproducción Asistida del CHUC hacen referencia a esta cuestión. Sólo consta en la historia clínica un informe de 30 de julio de 2024 (doc. 15, folio 361) donde se señala que «*la transferencia se lleva a cabo, sin complicaciones, el 22/2/2024* (hay una errata en el año, pues fue en 2023)*. Se transfieren dos embriones en estadio de blastocisto de día +5 a un útero polimiomatoso, con cánula de Cook y bajo control ecográfico por vía abdominal*». Es necesario, por tanto, que se aclare si en la transferencia realizada el 22 de febrero de 2023 se empleó un instrumental que la reclamante llama «*dilatador*», si pudiera referirse a esa «*cánula de Cook*». En caso de haber empleado instrumental se aclare de qué tipo, para qué se utiliza, si son ciertos los riesgos que alega la reclamante («*supone en el 99% de los casos un no embarazo»),* y si el empleo de instrumental guarda algún tipo de relación con los fallos de implantación.

- Los documentos de la historia clínica donde figure la ecografía del 14 de febrero de 2023 para valoración de la respuesta endometrial a la medicación estrogénica pautada, y el resultado de la prueba.

- La reclamante solicitó el protocolo de actuación de la transferencia embrionaria: preparación del endometrio y forma de realización de la transferencia. Sin embargo, sólo consta en el expediente el protocolo relativo a la transferencia de embriones, tanto del personal facultativo como del personal auxiliar de enfermería, pero no consta el protocolo relativo a la fase previa, ni se indica el motivo por el que no se aporta. Se deberá indicar si existe este protocolo de preparación del endometrio, y aportar, en su caso, los protocolos que se aplican en la Unidad de Reproducción Humana para la TEC, en concreto el protocolo de ciclo sustituido que se siguió para la preparar el endometrio.

Por tanto, la incertidumbre en torno a alguno de los extremos atinentes al caso, en aras a garantizar los derechos de los interesados, resultará necesario requerir al Servicio Canario de la Salud la emisión de los indicados informes que, en el supuesto sometido a nuestra consideración, habrán de pronunciarse, en línea con lo ya señalado.

6. Después de todo ello, dado que la documentación solicitada tiene por objeto información médica relativa a la cuestión de fondo fundamental en este asunto, se le otorgará el trámite de vista y audiencia a la interesada y, tras lo cual, se emitirá una nueva Propuesta de Resolución que será objeto del preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que desestima la reclamación formulada, no se considera conforme a Derecho, pues es necesario retrotraer las actuaciones por los motivos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.