

Dictamen n.º: **378/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.11.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 3 de noviembre de 2010, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a instancias de A.P.C. y L.Q.M. al amparo del artículo 13.1.f).1.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de indemnización de 375.370,79 € por los daños y perjuicios derivados de la falta de diagnóstico prenatal de la beta-talasemia mayor padecida por su hijo A.P.Q.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de septiembre pasado tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el Consejero de Sanidad el día 20 anterior, referida al expediente de responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria en razón de la reclamación referida en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 351/10 y comenzó el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno. Vence el plazo el próximo 4 de noviembre.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección VIII y su Presidente, el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, firmó la propuesta de dictamen, deliberado y aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 3 de noviembre de 2010.

SEGUNDO.- El expediente remitido tiene su origen en la reclamación presentada por el Letrado J.A.L.G., en nombre y representación de los aludidos A.P.C. y L.Q.M., registrada de entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud el 26 de febrero de 2008. En dicha reclamación, los interesados, padres del niño A.P.Q. (nacido el 11 de abril de 2007), manifiestan que la reclamación se funda en el *“deficiente diagnóstico prenatal realizado en el Hospital Doce de Octubre de Madrid, a través del líquido amniótico obtenido mediante amniocentesis el día 26 de octubre de 2006, aun conociéndose que por los antecedentes de los padres, ambos aquejados por la enfermedad beta-talasemia minor, el gestante podía padecer la grave enfermedad que supone tener talasemia mayor, como lamentablemente ha resultado. Existiendo en la actualidad posibilidades técnicas y métodos para diagnosticar la existencia de dicha enfermedad que no fueron utilizados, estamos sin ningún género de dudas ante la comisión de una gravísima negligencia médica, que ha originado la existencia de un bebé que va a padecer toda su vida las gravísimas deficiencias que le van a impedir la realización de una vida normal”*.

En el escrito de alegaciones presentado por los interesados en el trámite de audiencia, en fecha 29 de mayo de 2010, los interesados cifran el importe de los daños causados -tomando en consideración el daño moral, los daños emergentes y la incapacidad parcial del menor- en 375.370,79 €.

TERCERO.- De la Historia Clínica de la madre del pequeño A.P.Q., L.Q.M., y de la restante documentación médica obrante en el expediente, se ponen de manifiesto los siguientes hechos:

L.Q.M., en estado de gestación, fue sometida a un estudio de líquido amniótico para diagnóstico prenatal, en el mes de octubre de 2006, en el Servicio de Hematología-Hemoterapia del Hospital 12 de octubre, a fin de descartar en el feto la posible existencia de un cuadro de beta-talasemia mayor. La madre fue derivada a este Servicio por el Servicio de Genética del Hospital, donde fue informada del riesgo de tener un hijo afectado de beta-talasemia (riesgo de un 25%), frente al riesgo de aborto (del 1%) por la punción que requiera la amniocentesis con fines de diagnóstico. Tanto el padre como la madre habían sido diagnosticados con anterioridad de beta-talasemia menor en el laboratorio de dicho Servicio; en concreto, el padre había sido identificado como portador de la mutación CD 39 en heterocigosis, y la madre como portadora de la mutación IVS-I 110 en heterocigosis, ambos en el gen de la Beta-globina.

El diagnóstico prenatal se realizó a partir del líquido amniótico obtenido mediante amniocentesis practicada el 26 de octubre de 2006. Se procedió a efectuar estudio molecular mediante PCR en tiempo real, con sondas de hibridación específicas de ambas mutaciones, estudiándose las dos mutaciones presentes en los padres. El resultado obtenido fue que el líquido amniótico presentaba la mutación CD 39, pero no la IVS-I 110.

L.Q.M. dio a luz el 11 de abril de 2007. En el mes de diciembre de 2007, el lactante presentaba signos clínicos de anemia, por lo que se realizó un hemograma que ofreció los siguientes datos: Hb 7.7 g/dL, VCM 65/fl; RDW 23,6%, reticulocitos absolutos $4,49 \times 10^9$ elevado a $9/L$, leucocitos: $13,53 \times 10^9$ elevado a $9/L$, con fórmula normal. Ante la sospecha de que pudiera presentar un cuadro de talasemia mayor, se realizó un nuevo estudio molecular, donde se detectó la mutación CD 39, ya detectada anteriormente en el líquido amniótico, y se procedió a secuenciar el gen de la beta-globina, encontrándose otra mutación en este gen, la CDS-CT, sin presentación de la IVS-I 110. El estudio fue corroborado en tres determinaciones diferentes.

Transmitidos estos resultados a la pediatra del niño el 19 de diciembre de 2007, se concertó una cita con los padres informándoles del diagnóstico: beta-talasemia mayor causada por la presencia de una doble heterocigosis compuesta por las mutaciones CD 39 y CDS-CT. Se informó asimismo de las implicaciones de tal diagnóstico.

CUARTO.- Presentada la reclamación reseñada en el encabezamiento, se procede a incoar el oportuno expediente de responsabilidad patrimonial. Respecto al procedimiento seguido, cabe señalar que se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Igualmente, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado la Historia Clínica del paciente, el informe de la Inspección Médica y el informe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Universitario Doce de Octubre, al que se imputa la causación del daño. Asimismo, se ha emitido informe a cargo de A, compañía de seguros con la que tiene concertada la póliza del seguro de responsabilidad civil el Servicio Madrileño de Salud.

Finalmente, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación de la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 12/2009, de 5 de noviembre- se dictó el 29 de julio de 2010 una propuesta de resolución en que se estima parcialmente la reclamación indemnizatoria presentada, reconociendo el derecho de los padres a percibir una indemnización de 247.745,78 €, por entender que *“el error en la identificación de la mutación materna existió durante la gestación, fue*

debido a un mal funcionamiento de la PCR de detección de la mutación IVS-I 110, y ocasionó que el neonato naciera con una enfermedad hereditaria grave”. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 16 de septiembre de 2010.

QUINTO.- En el expediente remitido por la Consejería de Sanidad, debidamente numerado y foliado y que se estima completo, se ha incorporado la siguiente documentación:

1. Historia Clínica de la madre del pequeño A.P.Q., remitida por el Hospital Universitario Doce de Octubre de Madrid.

2. Informe, de 24 de noviembre de 2008, de la Dra. F.G.R., del Servicio de Hematología y Hemodinámica del mismo Hospital, en el que, tras recapitular los hechos que han quedado referidos más arriba, sostiene que “(...) cuando el lactante tiene ocho meses presentaba signos clínicos de anemia por lo que (...) ante la sospecha de que el enfermo presente talasemia mayor se procede a reestudiar el caso. Y se realiza estudio molecular donde se detecta la mutación CD 39 ya identificada en el líquido amniótico y además se secuencian el gen de la beta-globina encontrándose otra mutación en este gen, la mutación CDS-CT en heterocigosis. Esta mutación se ha identificado por secuenciación, técnica que no se emplea habitualmente. (En estos momentos) se re-estudian los padres, confirmando que el padre tiene la mutación CD 39 y la madre la mutación CDS-CT y no presenta la mutación IVS- I 110. Este estudio ha sido corroborado en tres determinaciones diferentes. El fallo en la identificación de la mutación materna, se ha debido a un mal funcionamiento de la PCR de detección de la mutación IVS I-110, estos fallos de la técnica ocurren en menos del 1% de las determinaciones realizadas. (...) Juicio diagnóstico: Beta-talasemia mayor causada por la

presencia de una doble heterocigosis compuesta por las mutaciones CD 39 y CDS-CT”.

3. Informe de la Inspección Sanitaria, en que, tras el estudio de los documentos presentados y el examen de la Historia Clínica de la paciente, sostiene en el apartado referente a *“Consideraciones médicas, revisión de conceptos y juicio crítico”* que *“en el caso objeto del presente expediente, el error en la identificación de la mutación materna existió durante la gestación, fue debido a un mal funcionamiento de la PCR de detección de la mutación IVS-I 110, y ocasionó que el neonato naciera con una enfermedad hereditaria grave”*, concluyendo que *“(…) el que suscribe estima que la atención médica prestada a L.Q.M. y su hijo, A.P.Q., en el Hospital Universitario Doce de Octubre de Madrid, a que se ha hecho referencia en el presente informe puede considerarse correcta y adecuada a la lex artis ad hoc”*.

4. En el informe emitido por la compañía de seguros A, se afirma que el diagnóstico prenatal realizado a partir del líquido amniótico de la madre obtenido mediante amniocentesis, se realizó mediante estudio molecular por PCR en tiempo real con sondas de hibridación específicas de las dos mutaciones que se consideran presentes en los padres –el padre, la CD 39, y la madre la IVS I-110, ambas en el gen de la beta-globina-, según diagnóstico efectuado en el Laboratorio del Servicio de Hematología-Hemoterapia del mismo Hospital Universitario 12 de Octubre. En el estudio de diagnóstico prenatal sólo se consideraron las dos mutaciones presentes en los padres. Sin embargo, en el estudio realizado con posterioridad, se detectó que la madre presentaba otra mutación en el gen de la beta-globina, la CDS-CT en heterocigosis. Dicha mutación fue obtenida mediante secuenciación, técnica no empleada habitualmente. De lo anterior, el informe de la asesoría médica de A colige la existencia de un error en la determinación de la posible enfermedad genética finalmente padecida por el menor y cifra el importe de lo que denomina *“daño*

corporal” causado al menor en 247.745,78 €. En dicha cantidad quedan comprendidas las “*secuelas*” consistentes en “*alteraciones hepáticas en grado grave*”; “*esplenectomía con repercusión hematológica*”; y “*páncreas (alteraciones postraumáticas)*”.

Esta valoración es justificada por A en los siguientes términos:

“(…) es muy difícil la cuantificación del daño a indemnizar, puesto que se trata de valorar las secuelas que dicha enfermedad le van a causar de por vida, aplicando un baremo creado para la valoración de secuelas en los accidentes de tráfico, y que es el que se emplea de modo orientativo en las indemnizaciones por responsabilidad civil sanitaria”.

“Una vez dicho esto hemos de indicar que, se han contemplado las complicaciones más graves que con esta enfermedad se pueden llegar a manifestar y que, por analogía, hemos trasladado a las secuelas del baremo-ley del Real Decreto Legislativo 8/2004 anteriormente citado, pudiendo haber quedado sin valorar otras manifestaciones no encuadrables en el baremo-ley, en un intento de compensar el posible perjuicio de valoración de las secuelas que no están en el baremo-ley”.

5. La propuesta de resolución acoge por completo el informe de A y su valoración a efectos de cuantía de la indemnización.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo

Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por la propia interesada en la cuantía de 375.370,79 €, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad–, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, 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 142.5 de la LRJAP).

Si en el caso presente tomamos como *dies a quo* para el cómputo del referido plazo prescriptivo, el 19 de diciembre de 2007, por haberse alcanzado en dicha fecha el diagnóstico definitivo de la enfermedad que A.P.Q. padecía, concertándose en tal fecha cita en el pediatra para su comunicación a los padres, es evidente que, al haberse interpuesto la reclamación patrimonial en 26 de febrero de 2008, la misma está presentada dentro de plazo.

SEGUNDA.- Los reclamantes formulan su pretensión indemnizatoria en solicitud de los daños y perjuicios que se les han causado, por la falta de diagnóstico prenatal de la beta-talasemia mayor padecida por su hijo A.P.Q. Del escrito de alegaciones que presentan, se deduce que los conceptos por los que reclaman son varios: en primer lugar, por el daño moral por *“haber(les) privado del derecho a la interrupción del embarazo; se somete a unos padres y al niño a una vida que va a girar en torno a centros*

hospitalarios, exhaustivos controles periódicos, tratamientos y transfusiones, etc.; se priva al niño de una vida normal, con serias dudas de poder alcanzar una mínima cualificación que le permita trabajar; existe con bastante probabilidad el acaecimiento de una muerte prematura por insuficiencia cardíaca entre los 20 ó 30 años de edad”.

Aparte de por el daño moral, los padres del menor reclaman también por los daños emergentes causados -que cifran cautelarmente en 400 € al mes durante 10 años para atender gastos extraordinarios y cuidados de terceros-, así como por la incapacidad parcial futura de su hijo, aportando, para acreditar el vínculo de parentesco con el mismo, sus documentos nacionales de identidad y el Libro de Familia.

En cualquier caso, dado que el daño moral y los daños materiales o económicos derivados de la enfermedad del hijo los sufren ambos progenitores, entendemos que concurre en ellos la condición de interesados del artículo 139.1 en relación con el artículo 31 de la LRJAP-PAC, soslayando el hecho de que nuestro Derecho positivo atribuye exclusivamente a la madre la decisión de abortar.

En cuanto a la indemnización solicitada por la incapacidad parcial del menor, éste sería el único legitimado para reclamar en cuanto que titular del interés legítimo afectado. Pero no es reclamante pues la reclamación, efectuada desde el principio con asistencia letrada, no contiene indicación alguna de que los padres reclamen, no sólo en nombre propio, sino también en nombre y representación de su hijo, como podrían haberlo hecho al ser los titulares de la patria potestad y ostentar la representación legal de su hijo durante la minoría de edad (cfr. artículo 162 del Código Civil).

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro

de la red sanitaria madrileña, en concreto, los servicios de atención primaria y el Hospital Universitario Doce de Octubre.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado el informe del servicio que supuestamente causó el daño (exigido por el artículo 10 del RPRP), así como el de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora del SERMAS. Se ha concedido trámite de audiencia a los interesados, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, sin que pueda argumentarse que se les haya irrogado indefensión.

Debe mencionarse también, aunque constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, la inobservancia de los plazos que marca la legislación vigente en orden a la tramitación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, la reclamación patrimonial se presenta el 26 de febrero de 2008, y sin embargo, no se recaba dictamen de este órgano consultivo, sino hasta más de dos años y medio después, el 28 de septiembre de 2010 –en que la petición tiene entrada en el registro del Consejo Consultivo–, sin que exista causa objetiva que justifique esta

dilación tan excesiva. En aplicación del artículo 43 de la LRJAP-PAC, la reclamación interpuesta debió entenderse desestimada, una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses sin haberse dictado resolución expresa, pese a lo cual subsiste la obligación de la Administración de resolver, sin quedar vinculada por el sentido del silencio (cfr. artículo 43.4.b) de la LRJAP-PAC). Lo mismo cabe decir respecto de la obligación de emitir dictamen para este órgano consultivo.

CUARTA.- Tras lo expuesto, parece conveniente, con carácter previo, centrar el núcleo fáctico principal y con verdadera relevancia jurídica en este caso.

A tal fin, resulta oportuno exponer que sobre casos similares al que origina la presente reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto de su Sala de lo Contencioso-Administrativo como de la Sala de lo Civil. Más adecuada parece la jurisprudencia procedente de la primera de esas dos Salas, por cuanto buen número de sus sentencias resuelven recursos contencioso-administrativos contra desestimaciones de reclamaciones de responsabilidad administrativa, pero, en lo relativo a los principios jurídicos básicos de la responsabilidad, es también de gran interés la fundamentación que se encuentra en las sentencias de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, que, por lo demás, ha conocido de casos en que las demandas civiles se interponían frente a organismos públicos, como demandados únicos o en litisconsorcio pasivo.

Esa jurisprudencia del Alto Tribunal está constituida, entre otras, por las más recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo nn. 677/2006, de 21 de febrero de 2006; 5481/2006, de 30 de junio de 2006; 3216/2007, de 10 de mayo de 2007; 6490/2007, de 16 de octubre de 2007; 8332/2007, de 5 de diciembre de 2007; 8002/2009, de 24 de noviembre de 2009; 3000/2010, de 25 de mayo de 2010 y

3364/2010, de 16 de junio de 2010. En cuanto a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, cabe citar, entre otras, las Sentencias 3999/1997, de 6 de junio de 1997; 679/1999, de 4 de febrero de 1999; 7433/2005, de 21 de diciembre de 2005; 5044/2007, de 19 de julio de 2007; 7945/2007, de 23 de noviembre de 2007 y 5536/2008, de 24 de octubre de 2008. El Tribunal Supremo ha cambiado su posición en algunos puntos, como se hace constar en ciertas sentencias, pero todas ellas, sin excepción, muestran que el criterio del Alto Tribunal, al interpretar las normas sobre responsabilidad patrimonial administrativa o las civiles sobre responsabilidad extracontractual o contractual, es claramente favorable a apreciar que la falta de información o la deficiente o errónea información de diagnóstico prenatal, en cuanto priva de la posibilidad de acogerse al supuesto despenalizado del llamado aborto eugenésico, genera responsabilidad por daños antijurídicos, siempre que no conste la voluntad de la madre de proseguir su embarazo, como sucede en uno de los casos enjuiciados. Algunas sentencias, a diferencia de otras, admiten daños morales como el del “*shock psíquico*” de los padres por el nacimiento del hijo con enfermedad no esperada (o incluso erróneamente descartada) y, desde luego, también los daños materiales inherentes a las consecuencias físicas que para los padres del nacido pueden tener las enfermedades que éste padezca (el “*síndrome de Down*” como el más frecuente, sin que, s.e.u. o., haya llegado al Tribunal Supremo ningún caso de talasemia mayor).

Sobre la base de la doctrina jurisprudencial más reciente y sin mezclar unos parámetros utilizados durante cierto tiempo con otros posteriormente asumidos, sino de conformidad con los planteamientos jurisprudenciales completos más recientes y consolidados, debe este Consejo emitir su dictamen, en el bien entendido, no sólo de la función complementaria del ordenamiento jurídico atribuible a la jurisprudencia conforme al art. 1.6 del Código Civil, sino de que, como la misma jurisprudencia reconoce, no cabe una aplicación más o menos mecánica de reglas o criterios generales, sino

que es necesaria una ponderación detenida de las circunstancias de cada caso, muy distintas en ocasiones, como revela el atento estudio de las sentencias en su integridad. Esta ponderación es de singular importancia en un dictamen como el presente, puesto que, como se acaba de indicar, no se ha dictado ninguna decisión judicial relacionada con la talasemia mayor.

Para empezar, la guía de esta doctrina jurisprudencial permite determinar el núcleo fáctico relevante para resolver sobre la reclamación del caso no es otro que éste: el niño A.P.Q., hijo de los reclamantes, nació aquejado de la enfermedad de la sangre denominada Beta-talasemia mayor, pese a haberse anunciado a los padres, tras la analítica consiguiente a amniocentesis con fines genéticos, que el niño no padecía la grave enfermedad citada. Los reclamantes afirman que ese anuncio, que luego se mostró erróneo, posterior al análisis del líquido amniótico les privó de la posibilidad de un aborto despenalizado y, ya nacido el niño, les grava con importantes daños y perjuicios.

Excluimos ya de los hechos relevantes los daños inherentes a la beta-talasemia mayor que padece el niño A.P.Q. Y esta exclusión resulta obligada porque la talasemia mayor es una enfermedad hereditaria de la sangre: no se contrae por infección, contagio u otras causas, sino sólo por transmisión hereditaria a consecuencia de ser uno o ambos progenitores personas con genes de talasemia. Y, en este caso, los reclamantes, padre y madre de A.P.Q., eran ambos portadores de alteración genética talasémica. La literatura médica es concorde en informar de que en los casos de padre y madre con factor de riesgo genético, sólo existe un 25 por ciento de posibilidades de que el hijo herede dos genes normales y esté completamente sano respecto de la talasemia, mientras que, por el contrario, el riesgo de que el hijo padezca un tipo grave de talasemia es de un 25 por ciento de posibilidades, al heredar un gen de talasemia de cada padre, que es lo sucedido en el caso del niño A.P.Q. El restante 50 por ciento de posibilidades se atribuye al resultado de un hijo que presenta el

mismo rasgo genético que sus padres, de modo que será portador de un gen talasémico y padecerá talasemia menor, que no requiere tratamiento, por tratarse de persona sana, aunque puede transmitir la talasemia a sus hijos.

No fue solicitado ni se prescribió tratamiento alguno a los reclamantes, padres del citado niño, aquejado de talasemia mayor, y tampoco para el feto. Y es que ningún tratamiento ni operación (a los padres o al feto) podía evitar una alta probabilidad de que el hijo engendrado por los reclamantes estuviese aquejado de talasemia, bien por ser mero portador y padecer talasemia menor (50% de probabilidades), bien por resultar aquejado, vía hereditaria, de talasemia mayor (25% de probabilidades), como ocurrió en el caso.

De lo expuesto se sigue que ninguna prestación sanitaria o ausencia de una debida prestación sanitaria es causa de la beta-talasemia mayor y que tampoco ha existido, a consecuencia del diagnóstico prenatal que resultó equivocado, ninguna pérdida de oportunidad terapéutica.

QUINTA.- Es jurídicamente oportuno no silenciar que, siendo ambos reclamantes portadores de alteración genética talasémica, hubiera podido indicárseles o por conocimiento privado ellos mismos hubieran podido plantearse, a fin de soslayar los altos riesgos de engendrar un hijo aquejado, como A.P.Q., de talasemia mayor, acudir a las técnicas de reproducción asistida humana, que permiten realizar un diagnóstico pre-implantación en fase de blastómero, seleccionando aquellos embriones sanos o libres de enfermedad, y desechando los embriones afectados por la misma.

Ciertamente, estas técnicas suscitan en muchas personas objeciones éticas, pues entrañan la creación artificial de embriones humanos y la previsible e inevitable muerte de muchos de ellos. Como quiera que, según se dirá más adelante, parece clara la previa intención de los padres de abortar en caso de diagnóstico de talasemia mayor, no resulta coherente entender que abrigasen dudas, reservas u objeciones como las referidas

hacia aquellas técnicas, pero lo cierto es que no tenían obligación de recurrir a ellas, de modo que no cabe considerarles jurídicamente corresponsables del nacimiento de su hijo con talasemia mayor ni formularles reproche jurídico alguno y, por tanto, debemos atenernos, a efectos legales de responsabilidad, a la conducta real de los reclamantes.

Así, pues, los daños y perjuicios han de establecerse en relación con la hipótesis de que el niño A.P.Q. no hubiese nacido, por haberse sometido la madre a una interrupción del embarazo o aborto si la comparación de la analítica del líquido amniótico con los datos específicos de los padres, hubiese conducido a un diagnóstico prenatal de feto aquejado de talasemia mayor. Se confirma así que los daños relevantes no son los estrictamente inherentes a padecer talasemia mayor, sino los que se puedan considerar derivados del nacimiento del niño A.P.Q. por pérdida de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo, que finalmente concluyó con el nacimiento de dicho niño.

Si, en el caso que nos ocupa, se hubiese provocado un aborto consentido (subsumible en uno de los supuestos de despenalización, el llamado “*aborto eugenésico*”), los reclamantes no serían padres del niño A.P.Q. y, claro está, no habrían de afrontar las consecuencias que para ellos presenta que ese niño padezca talasemia mayor, que, insistimos, no ha sido causada ni ocasionada por el sistema sanitario público.

SEXTA.- Llegados a este punto procede recordar que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, que, por conocida, excusa la cita, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del daño, que existe cuando el afectado tiene el deber jurídico de soportarlo.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, las singularidades del correspondiente servicio público de que se trata, han conducido a introducir el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, de modo que resulta fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

En materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada (*vid.*, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y 16 de marzo de 2005) que “*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la*

simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, pero la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que han de concurrir para poder apreciar o no la existencia de esa responsabilidad. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se ha de considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción de la *lex artis*, basado en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de modo que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando *“no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario”* (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998 y 10 de octubre de 2000). A mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso- Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”*.

SÉPTIMA.- Procede comenzar el examen relativo a la concurrencia de los presupuestos y requisitos de la responsabilidad patrimonial administrativa por la realidad del daño efectivo. Y al respecto ha de precisarse, en primer término que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (v., p. ej., la Sentencia 7945/2007, de la Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2007, en la que se citan otras sentencias anteriores), el nacimiento de un niño con malformaciones o enfermedades graves no constituye, en sí mismo, daño alguno. La enfermedad grave del niño A.P.Q. no ha sido causada, como ya se ha repetido, por ninguna actuación u omisión sanitaria, sino por la transmisión hereditaria de rasgos patológicos. Además, es de recordar que los reclamantes no afirman representar a su hijo A.P.Q., sino que reclaman en su propio nombre, sin que esta posición de únicas partes pueda atribuirse a un error de expresión,

puesto que, como ya dijimos, desde el comienzo del procedimiento actúan con asistencia de abogado, que les representa a ellos.

Esto sentado, entendemos que del núcleo fáctico antes expuesto se deriva la existencia de un muy claro daño moral, aunque los reclamantes no lo hayan expuesto con claridad. Nos referimos a la dolorosísima sorpresa de encontrarse con que, pese al anuncio de estar el *nasciturus* exento de una enfermedad grave, resulta, pocos meses después del nacimiento, que sí padece esa enfermedad. Las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, nn. 5481/2006, de 30 de junio de 2006; 3216/2007, de 10 de mayo de 2007 y 6490/2007, de 16 de octubre de 2007, coinciden en afirmar que no constituye daño moral “*una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave.*” Sin embargo, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, en su Sentencia 7433/2005, de 21 de diciembre de 2005, considera daños morales los padecimientos de los padres consecuentes al nacimiento de un hijo discapacitado (lo que, a los efectos que ahora interesan, es por completo equivalente al caso), con mención de anterior Sentencia de 6 de junio de 1997, que se refiere al “*impacto psíquico*”. Este Consejo entiende que la sorpresa referida, que es razonable establecer como hecho cierto, no constituye “*una mera situación de malestar*” y entraña un dolor inmaterial que encaja plenamente en el concepto de daño moral.

En cambio, extender más allá el daño moral sería la consecuencia de especulaciones y futuribles con alto grado de incertidumbre, pues otros daños de índole moral dependerían de condiciones personales y disposiciones interiores de los reclamantes de imposible comprobación y, por añadidura, susceptibles de cambio. Generadores de daños morales también podrían ser, sin duda, ciertos eventos futuros, pero que en estos momentos son enteramente inciertos. Y, como ha dejado expresamente reconocido el Tribunal Supremo en su Sentencia 3216/2007, de 10 de

mayo, la aparición en el futuro de manifestaciones dañinas permitiría formular nueva reclamación. La sentencia que acabamos de citar lo dice muy expresivamente: *“si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología”* derivada de la adrenoleucodistrofia, *“tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes.”* A nuestro entender, lo que es un criterio acertado para daños físicos, lo es igualmente para los morales.

En cambio, no procede considerar que en el caso concurre, como generador de daño moral, la imposibilidad de ejercitar el *“derecho a la interrupción del embarazo”*, de que hablan los reclamantes, pues al producirse los hechos del caso ese pretendido derecho carecía de todo reconocimiento legal y no es hasta la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, cuando aparecen disposiciones legales (especialmente, el artículo 18) que permitirían expresarse en parecidos términos a los usados por los reclamantes: *“derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo”*, del que, además, sólo sería titular uno de los dos reclamantes, la madre. Todo lo expuesto no supone, como se verá, que carezca de consecuencias jurídicas y económicas el hecho de que, por información errónea, no se produjese en el caso la interrupción voluntaria del embarazo o aborto voluntario.

OCTAVA.- Es innegable que el debido tratamiento de la talasemia mayor implica para los reclamantes perjuicios reales y evaluables económicamente, aunque actualmente las prestaciones sanitarias procedentes que el niño recibe corran en parte o en su totalidad a cargo del erario público en la medida en que los reclamantes hayan podido acogerse al sistema público de salud. Un tratamiento adecuado de la talasemia mayor -la ausencia de tratamiento o el tratamiento incompleto conducirían a la muerte a edad temprana- requiere transfusiones periódicas de sangre o

plasma y, como complemento necesario para neutralizar un indebido y dañino aumento de hierro en el organismo, provocado por las transfusiones, es necesaria también la administración de fármacos o sustancias quelantes, que evitan los niveles excesivos de dicho mineral y sus graves consecuencias, en especial, daños a los sistemas cardíaco, hepático y endocrino.

Con la introducción de la *desferoxamina* en los años 70, la muerte por sobrecarga de hierro disminuyó drásticamente en pacientes que recibiesen regularmente ese tratamiento. El método recomendado para administrar la citada sustancia es la infusión subcutánea lenta, durante 8-12 horas, de una solución de desferoxamina al 10%, utilizando una bomba de infusión. El conjunto de los tratamientos, más los controles analíticos añadidos, es indudablemente complejo y sumamente molesto, por lo que no pocos pacientes de talasemia lo abandonan o descuidan, como señala la literatura médica.

En la actualidad, la necesaria quelación puede lograrse mediante medicamentos administrables por vía oral. Hace años se autorizó ya el *deferiprone*, que requería tres tomas diarias. Más recientemente, se puede utilizar también el *deferasirox*, que requiere una sola toma diaria y se ha mostrado, en general, más efectivo que el *deferiprone*. Con estos tratamientos completos y cuidadosamente observados, conforme a controles analíticos periódicos, se afirma que la esperanza de vida del niño A.P.Q. sería tal que le permitiría alcanzar una vida adulta con relativa normalidad y desarrollarla con esa misma normalidad, como expresa en su informe, de 28 de noviembre de 2008, la Jefe del Servicio de Hematología. En el mismo sentido, se expresa el autor del Informe, de 19 de enero de 2009, de la Inspección Médica de Servicios Sanitarios de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

Es innegable que un tratamiento cuidadoso y completo podría disminuir seriamente las probabilidades de complicaciones y efectos secundarios de la talasemia que están médicamente descritos. Asimismo, ha de entenderse que las personas con beta-talasemia mayor y, en concreto, los bebés y niños con esa enfermedad, carecen de malformaciones o deformaciones congénitas a causa de la talasemia y tampoco están asociados a ella retrasos de desarrollo mental o minusvalías cognitivas y psíquicas. La talasemia es una anemia hereditaria severa, caracterizada por la destrucción de los glóbulos rojos a causa de un defecto en la producción, parcial o total, de uno de sus principales componentes, que es la hemoglobina. Un bebé aquejado de beta-talasemia mayor presenta inicialmente un aspecto normal, que se mantendrá a lo largo del tiempo si se comienza sin dilación el debido tratamiento precoz.

El informe de la Dra. F.G., Jefe de Servicio de Hematología del Hospital 12 de Octubre, describe la situación en los siguientes términos:

“La supervivencia de los enfermos en estos procesos es difícil de estimar debido a que la pauta de tratamiento actual se introdujo de forma universal a partir de 1980 y además se vienen incorporando a novedades terapéuticas tales como los quelantes orales. Los enfermos tratados con esta pauta han alcanzado la cuarentena, muchos de ellos con síntomas mínimos. Es razonable pensar que los enfermos bien tratados desde el primer momento, como ocurre con A.P.Q. (...) tengan una expectación de vida excelente, y puedan llegar a vivir tanto como los sujetos sin talasemia.”

Y concluye así su informe:

“Es evidente que padecer una enfermedad crónica se acompaña siempre de algunas limitaciones en particular cuando se precisa de tratamiento frecuente y complejo tal como ocurre con la talasemia. No obstante la mayoría de los enfermos con talasemia pueden llevar vida normal, ir al

colegio, participar en la vida social y en el trabajo, tener una vida afectiva, casarse y tener hijos sin talasemia mayor si su pareja no es portadora de mutación.”

De este parecer se hace perfecto eco, con transcripción literal de los precedentes párrafos, el informe de la Inspección Médica.

Sin pretender contradecir esos pronósticos ni ensombrecer una esperanza que dista mucho de ser ilusoria, la reconocida limitación de los estudios de supervivencia y expectativa de vida en enfermos de talasemia, así como el carácter aún más reciente de los estudios disponibles sobre efectos secundarios y reacciones adversas producidas por los quelantes orales, permiten a este Consejo entender que algunas de las afirmaciones reproducidas suponen una muy alta probabilidad de éxito de los tratamientos, probabilidad ésta aún no suficientemente corroborada con estudios clínicos fiables. No es imposible y ni siquiera improbable que el futuro de los actuales enfermos de talasemia mayor sea el descrito en los informes médicos, pero sí resultaría arriesgado atribuir contundentemente una muy alta probabilidad al horizonte vital expresado en los precitados informes.

Con todo, parece plenamente prudente y fundado afirmar, por una parte, que la esperanza de vida de un niño como A.P.Q. puede superar muy probablemente los 30 años y, por otro lado, que la sostenida tendencia de la investigación científica sobre el problema del exceso de hierro es claramente favorable a una considerable mejora en los tratamientos de quelación a corto y medio plazo.

Al tiempo de emitirse este dictamen, la única terapia curativa de la talasemia mayor, con alto porcentaje de éxito, es el trasplante de médula ósea de donante adecuado, preferiblemente un hermano. Se investigan actualmente otras posibles terapias a base de sangre de cordón umbilical, sin que hayan llegado a perfeccionarse. En el caso que nos ocupa, no existe

ahora, ni es fácil que exista, la posibilidad de aplicar un tratamiento terapéutico al hijo de los reclamantes. Se trata, pues, como se ha dicho, de un enfermo prácticamente crónico.

En el presente caso, los daños reales y materiales susceptibles de consideración por aparecer relacionados causalmente con prestación del sistema sanitario público son, en consecuencia, los derivados para los reclamantes, con toda seguridad, de la debida atención a la enfermedad hereditaria de su hijo, esto es, los del tratamiento de transfusión y quelación. Los gastos derivados de complicaciones frecuentes en pacientes como el hijo de los reclamantes no pueden considerarse en la actualidad daños efectivos y el adecuado tratamiento precoz disminuirá los riesgos de esas complicaciones hasta el punto de que algunas de las descritas en la literatura médica no se producirán.

NOVENA.- Procede ahora establecer la existencia o inexistencia de una relación de causalidad entre las prestaciones del servicio público de salud y los daños y perjuicios reales. De lo que se lleva expuesto cabe ya deducir sin dificultad que la causa inicial o primera de los daños y perjuicios a que se ha hecho referencia sería un error en el diagnóstico prenatal referido a la posible talasemia. Error que, contra lo que pudiera desprenderse de la lectura de algunos documentos del expediente, no se produjo por una deficiente analítica del líquido amniótico, sino por un anterior error en la identificación del factor de riesgo genético de la reclamante y madre del niño. Ya ha sido expuesto lo sucedido, en lo que hay plena conformidad de la Administración y los reclamantes: no se encontró en la analítica del líquido extraído mediante la amniocentesis lo que, a la vista de la previa analítica de la madre, se esperaba encontrar como elemento revelador de muy probable talasemia en el *nasciturus*. La relación de causalidad es patente: por diagnóstico prenatal erróneo y consiguiente información errónea a los padres, no se produjo el aborto voluntario y sí, en cambio, el nacimiento.

DÉCIMA.- En cuanto a la adecuación de las prestaciones sanitarias relevantes a la *lex artis*, la conclusión a la que jurídicamente resulta obligado llegar es que hubo mala praxis médica o sanitaria, aunque no sea posible identificar con precisión científica en qué consistió. El error determinante del diagnóstico erróneo no se produjo en la analítica del líquido amniótico tras amniocentesis con fines genéticos, sino, como ya se ha expuesto, al analizar la sangre de la madre, pues se tuvo por producido un resultado (ser portadora de la mutación IVS-I 110 en heterocigosis) que era erróneo, ya que, tras el reestudio de los padres, corroborado en 3 determinaciones diferentes, se determinó que, en realidad, la mutación presente en la madre era la CDS-CT.

Desde un punto de vista exclusivamente científico-experimental cabría quizá sostener la falibilidad de cualquier analítica (o, cuando menos, de muchas de ellas), de modo que la completa certeza de acierto deba ser excluida y procede conceder un margen, aunque sea mínimo o ínfimo, a la probabilidad de error, aun en el caso de que todas las operaciones que los análisis requieren se lleven a cabo correctamente. Los informes médicos antes citados coinciden en afirmar que el error fue debido a “*un mal funcionamiento de la PCR de detección de la mutación IVSI-110*” (PCR son las siglas de *Polymerase Chain Reaction* o reacción en cadena de la polimerasa). Ambos informes coinciden literalmente, asimismo, en afirmar que “*estos fallos de la técnica ocurren en menos del 1% de las determinaciones realizadas*”.

Conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba, es al reclamante a quien corresponde, de ordinario, probar tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal. Mas, para casos similares al presente, en que resulta innegable un resultado indeseable, que no sólo no se ha previsto, sino que se ha descartado previamente, el criterio de la “*facilidad probatoria*”, jurisprudencialmente respaldado de modo constante, exonera al reclamante de su ordinaria carga de la prueba y arroja

sobre la Administración sanitaria la carga de probar la inexistencia de la mala praxis o no violación de la *lex artis*.

En el caso presente, el error de diagnóstico es reconocido, se reconoce también un mal funcionamiento de la PCR de detección de la mutación IVSI-110, que es calificado como “*fallo de la técnica*” no completamente imprevisto puesto que se afirma taxativamente la probabilidad de un 1% de fallo. La Administración sanitaria nada arguye en pro de la inexistencia de mala praxis o, lo que es igual, a favor de una actuación conforme a la *lex artis* en el concreto extremo relativo a la errónea información proporcionada a los reclamantes, que determinó el nacimiento de A.P.Q. Así como la información para el consentimiento preciso para amniocentesis con fines genéticos previene expresamente contra errores de laboratorio, nada hay en el expediente revelador de que se comunicase inicialmente a los padres ahora reclamantes la probabilidad, aunque fuese mínima, de un error en los análisis de su sangre. Tampoco consta que el erróneo diagnóstico negativo de talasemia se transmitiese a los reclamantes con la reserva o prevención derivada de alguna probabilidad de error, incluso mínima. En suma: el resultado objetivo revela un error y la Administración sanitaria no lo explica asociado a una correcta *lex artis ad hoc*, de modo que, desde el punto de vista jurídico y, más concretamente, desde el que atañe a la responsabilidad patrimonial administrativa, ha de tenerse por existente una infracción de la *lex artis*. Puede no haberse dado infracción de dicha *lex* por parte de ningún miembro del personal sanitario y respecto de la analítica de la madre reclamante. Pero no cabe considerar conforme a la *lex artis*, en cuanto a la información sobre un diagnóstico, presentarlo categóricamente como seguro, como se hizo, cuando existe una probabilidad de error, siquiera sea pequeña.

UNDÉCIMA.- Establecida la relación de causalidad y la existencia de una mala praxis, procede examinar ahora la cuestión de la antijuridicidad del daño o, en otros términos, si los reclamantes tenían el deber de soportar

los perjuicios causados por el error de diagnóstico. Recordemos que, como ya ha quedado expuesto y justificado, los daños y perjuicios de relevancia son exclusivamente los derivados de no haber abortado la reclamante y haber nacido el niño A.P.Q., precisamente aquejado de beta-talasemia mayor, cuando está acreditada la previa intención de abortar en caso de diagnóstico prenatal positivo de esa enfermedad. Ha de recordarse también que, dados los antecedentes genéticos de los padres y reclamantes, la probabilidad de engendrar un hijo sano era pequeña y elevada la de que padeciese talasemia mayor. Así las cosas, puede reprocharse quizá a los reclamantes, desde ciertos puntos de vista de diversa naturaleza, su opción por la concepción natural, pero no procede un reproche legal. Y sobre la base de la irreprochabilidad del embarazo y de la constitucionalidad y legalidad del aborto en un caso como el que nos ocupa, no cabe sostener que los daños y perjuicios consecuentes a un nacimiento concreto previamente rechazado o “*no deseado*”, que sólo se produce a causa de erróneo diagnóstico prenatal, hayan de ser soportados por los progenitores y aquí reclamantes. La reiterada y siempre concorde jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entiende generador de responsabilidad por daños y perjuicios, con el alcance ya dicho, el error de diagnóstico que induce a no abortar (siempre que no conste la voluntad de proseguir en todo caso el embarazo) confirma la denominada antijuridicidad del daño porque la existencia de un deber de soportarlo determinaría que no hubiese responsabilidad administrativa patrimonial.

DUODÉCIMA.- Llegamos así a la necesaria valoración de los daños y perjuicios. En cuanto a los daños morales, resulta sumamente difícil cuantificarlos, como manifiestan los mismos reclamantes. La existencia de daños morales inherentes al tremendo “*shock*” que debió representar para los reclamantes la inesperada y por ello aún más dolorosa noticia de padecer el hijo beta-talasemia mayor ya ha sido reconocida anteriormente y, con criterios prudentes, podemos valorarla en sesenta mil (60.000) euros.

Adelantamos ya también la improcedencia de considerar como daños morales indemnizables situaciones y eventos futuros e inciertos, como el estado anímico de los padres, puesto que, a lo largo del tiempo, ese estado, que no es posible predecir, sí cabe considerarlo como potencialmente cambiante y no procede la indemnización por daños futuros e inciertos, como tantas veces han afirmado los tribunales de Justicia sobre todo a propósito de la indemnización por lucro cesante, pero con razonamientos aplicables al daño que nos ocupa.

DÉCIMOTERCERA.- En cuanto a la valoración de los perjuicios materiales a los reclamantes, este Consejo debe, ante todo, mostrar su completa discrepancia con la realizada por la Administración consultante, que asume acríticamente la valoración y cuantificación efectuada por la Asesoría Médica de A (en escrito sin firma ni identificación alguna del autor), reveladora, por lo demás, de notable desenfoque jurídico y de una información escasa y no actualizada sobre la talasemia y su tratamiento (así, p. ej., cuando omite toda referencia a quelantes orales, pese a estar ya aprobados para su uso en España).

Los servicios médicos de la correduría de seguros A proceden, con máxima facilidad valorativa, a acogerse sin más al baremo orientativo de daños corporales, aprobado, como se reconoce, principalmente para establecer indemnizaciones en casos de accidentes de circulación, dejan fuera de valoración en este caso los eventuales daños no contemplados en el baremo, toman en consideración sólo los que el repetido baremo prevé y, respecto de éstos, aplican el máximo de la escala.

Concretamente, A valora como “*secuelas*”, las siguientes:

- “*Alteraciones hepáticas, en grado Grave, pues está descrito en la literatura médica que puede incluso llegarse a desarrollar un cirrosis hepática por fibrosis. El baremo asigna a este secuela un arco de 30 a 60 puntos, por lo que se valoran 60 puntos.*”

- *“Esplenectomía, con repercusión hematológica, siendo una de las complicaciones más frecuentes de la enfermedad Talasemia Mayor, y cuyo arco de puntuación en el baremo va a 10 a 15 puntos, proponiendo valorar 15 puntos.”*

- *“Páncreas (alteraciones postraumáticas), referidas en este caso, al desarrollo de una diabetes como consecuencia de la siderosis (concentración de hierro en los tejidos).”*

En cuadro de la sexta y última página del *“Dictamen de Valoración del Daño corporal”* emitido, sin firma, en *“Madrid, a 3 de mayo de 2010”*, se atribuye al tercer daño 15 puntos, máximo de una escala de 1 a 15.

La precedente valoración no es aceptable ni por su objeto ni por el procedimiento seguido ni por su contenido.

Con grave error jurídico básico, el informe de A (y la propuesta de resolución en cuanto lo asume íntegramente) no se refiere a los daños indemnizables *“a los reclamantes”* a causa del nacimiento de su hijo A.P.Q. por padecer la enfermedad beta-talasemia mayor. Se refiere a daños que el niño A.P.Q. supuestamente padecería a causa de haber nacido aquejado de beta-talasemia mayor. Pero ya hemos dicho que ese padecimiento no ha sido causado por ninguna actividad u omisión sanitaria, sino por la transmisión hereditaria de las mutaciones de sus progenitores.

A este error de enfoque, el informe de A (y la propuesta de resolución que lo hace íntegramente suyo) añade otro más, tampoco leve, hasta el punto que parece prescindir del mínimo conocimiento debido respecto de las consecuencias de la beta-talasemia mayor. Así, yerra respecto de los daños asociados a dicha enfermedad, incluyendo como daños inherentes a esa enfermedad (habla de *“secuelas”*) lo que son consecuencias simplemente posibles de la talasemia mayor y, más concretamente, de su falta de

tratamiento, lo que no es el caso, porque del expediente se desprende que el niño está siendo sometido al tratamiento médico adecuado, ni viene al caso.

Las alteraciones hepáticas graves, la esplenectomía y la patología del páncreas son efectos posibles e incluso probables de la talasemia mayor, pero sólo si no es tratada del modo que aquí se ha descrito. Llama la atención especialmente que se incluya una “*secuela*” relativa al “*páncreas*”, que, según el mismo informe de A, sería subsecuente a una diabetes causada por “*la siderosis (concentración de hierro en los tejidos)*”. Porque el informe de A se refiere expresamente al tratamiento dirigido a evitar esa concentración de hierro, por más que el anónimo autor del informe, ignorando como ya se ha hecho notar la existencia de quelantes orales, sólo se refiera a “*inyecciones diarias [y no se trata propiamente de inyecciones, como ya se ha expuesto] de un agente quelante del hierro, que se une a éste y hace que sea eliminado del cuerpo por la orina.*”

Antes, el mismo informe afirma que “*la falta de tratamiento... lleva a insuficiencia cardíaca y hepática*” (la cursiva es nuestra).

En suma, las “*secuelas*” tomadas en consideración por A, además de resultar irrelevantes, pues, como hemos repetido, no han sido causadas por la Administración sanitaria, nunca serían indemnizables en un procedimiento como éste por no tratarse de daños efectivos, reales y actuales.

Pero es que, a la vez, el informe de A se emite prescindiendo por completo de las relevantes consecuencias reales y seguras de la talasemia, que son, cabalmente, todas la que comporta su necesario y debido tratamiento, consecuencias que este Consejo no considera ni mucho menos de cálculo imposible, al menos con suficiente aproximación.

El procedimiento de acoger tres posibles consecuencias indirectas y no seguras de la talasemia en su grado máximo para compensar no tomar en

cuenta otras consecuencias por no estar previstas en el baremo de daños corporales, además de que supone una inexplicable vinculación a un baremo pese a reconocer su mero carácter orientativo, es un procedimiento contrario a toda racionalidad valorativa cuando se trata de un caso en que cabe conocer datos económicos reales en los que fundar una valoración aceptable del daño cierto, real y efectivo causado a los reclamantes.

DÉCIMO CUARTA.- Este Consejo entiende del todo injustificable que, a la postre, la propuesta de resolución no contenga cálculo económico alguno de los tratamientos más adecuados y eficaces de la talasemia mayor “y, además, de su repercusión económica en los reclamantes”, pues el coste para los reclamantes de dicho tratamiento es una consecuencia directa indiscutible de no haber podido proceder a la interrupción del embarazo (v., la S. 3364/2010, de 16 de junio de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo). A estos costes habría de añadirse una razonable estimación de los gastos complementarios que a los reclamantes puede acarrear la atención de su hijo A.P.Q. en relación con los análisis y el tratamiento indicado para la talasemia. A estos efectos, cabe aceptar la cuantificación efectuada por los reclamantes e indemnizarlos, como piden, por un total de 48.000 euros, resultado de prever unos gastos de 400 euros mensuales durante 10 (diez) años.

DÉCIMO QUINTA.- Conforme a reciente y reiterada jurisprudencia, este Consejo entiende que, además de la indemnización monetaria por daños morales y de la cantidad global por gastos complementarios a que acabamos de referirnos en la consideración inmediatamente anterior, procede indemnizar a los reclamantes por el coste que para ellos acarrea el tratamiento completo que su hijo va a demandar al padecer beta-talasemia mayor.

En relación con este último y principal concepto indemnizatorio sería en este caso sumamente procedente, para una más perfecta y segura

reparación, que la Administración explore la posibilidad de una compensación en especie consistente en el compromiso por la Administración consultante de facilitar al hijo de los reclamantes, vitalicia y gratuitamente, el mejor tratamiento posible en cada momento para la enfermedad de beta-talasemia mayor, lo que, en la actualidad, comprendería las transfusiones necesarias y los tratamientos quelantes más eficaces en el centro sanitario público capaz de ofrecer las más adecuadas prestaciones sanitarias, con el añadido de los controles analíticos requeridos y del transporte eventualmente necesario. Para el caso de que los reclamantes, en el ejercicio de su libertad de residencia, se trasladaren fuera de la Comunidad de Madrid, deberían tener garantizados, a cargo de esta Comunidad, las mismas prestaciones con cercanía a su lugar de residencia.

Esta forma de indemnización está expresamente prevista en el apartado 4 del artículo 141 LRJAP-PAC, aunque precisa la conformidad del interesado. No consta en el expediente que la Administración se haya planteado esa modalidad de indemnización y haya requerido de los reclamantes su conformidad, que, sin embargo, cabe suponer que prestarían, puesto que nada permite a la Administración consultante ni a este Consejo sospechar que los reclamantes no se proponen realmente destinar a la atención de su hijo menor A.P.Q. la suma total que pretenden.

La fórmula que proponemos es, a juicio de este Consejo, muy preferible a una indemnización monetaria global. Ésta habría de calcularse mediante la estimación de costes de transfusión y costes de quelación, más costes de control analítico. Tales costes variarán sin duda a lo largo del tiempo y, en el caso presente, la determinación del tiempo es incierta si nos referimos a la vida de A.P.Q. Pero sucede, además, que en esa indemnización no deberían comprenderse, al cuantificarla ahora y para minorarla, los costes que en la actualidad asume la Administración sanitaria y que no implican, hoy por hoy, desembolso alguno adicional para los reclamantes. Efectuada la valoración final, resultaría que cualquier cambio en los costes y cualquier

modificación en la financiación de las prestaciones sanitarias en el sentido, por ejemplo, de introducir un sistema de copago, tanto de fármacos como de prestaciones, podría convertir en inadecuada, más probablemente por insuficiente, la cuantificación de una indemnización global, sin desdeñar la incertidumbre que sobre la adecuación de la indemnización proyectase el factor tiempo.

DÉCIMOSEXTA.- El mismo precepto legal que permite como indemnización la compensación en especie (art. 141.4 LRJAP-PAC) permite también que la indemnización se abone mediante pagos periódicos de cuantía determinada. A juicio de este Consejo, el abono de esos pagos periódicos no tiene que interpretarse necesariamente como fraccionamiento en el pago de una cantidad fija. Al respecto conviene tener en cuenta que la ya citada Sentencia 3364/2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2010, confirmó íntegramente la sentencia que, sin duda animada por el principio de reparación integral, dictó la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que incluía un fallo con dos pronunciamientos (más un tercero de no imposición de condena en costas) en los siguientes términos:

“Primero.- Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. S. y D. P. contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulado con motivo de la atención médica durante la gestación de su Hijo J. P.”

“Segundo.- Declarar el citado acto contrario a derecho, anulándolo y dejándolo sin efecto, reconociendo como situación jurídica individualizada el derecho a que por la Generalidad Valenciana se satisfagan las siguientes indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial; a favor de J. P. la cantidad de 1.500 euros mensuales revalorizables de acuerdo con el IPC, valoración a fecha de hoy, debiendo satisfacerse

también la cantidad correspondiente desde la fecha de su nacimiento depreciada con el IPC, más los intereses correspondientes, y a Dña. S. y D. P. la cantidad de 75.000 euros a cada uno, valoración a fecha de hoy, sin que proceda hasta este momento abono de intereses.”

El recurso de casación denuncia, entre otros motivos, *“que la sentencia de instancia incurre en un vicio de incongruencia mixta o por desviación, pues la parte actora solicitó para sufragar los costes de los múltiples y variados controles médico-sanitarios y del auxilio asistencial asalariado que precisará el niño nacido con síndrome de Down a lo largo de su vida, una concreta y determinada cantidad indemnizatoria de 686.626,03 euros, otorgando la sentencia, en cambio, una pensión vitalicia periódica mensual por aquel importe de 1.500 euros, de suerte que falta la debida correlación entre lo pretendido en la instancia y lo fallado en la sentencia.”* (Fdto. Jdco. Segundo).

El Alto Tribunal rechaza ese motivo de casación con las siguientes consideraciones:

«Sin embargo, esa diferencia o falta de correlación entre el pronunciamiento pedido y el sentenciado, cuya razón de ser y circunstancias que la aconsejan explica la Sala de instancia con todo detalle en los cuatro primeros párrafos del fundamento de derecho cuarto de su sentencia, no constituye un vicio de incongruencia. De un lado, porque la naturaleza o género del medio de reparación y el perjuicio que se repara no varían, pues tanto lo pedido como lo otorgado consisten en la entrega de una cantidad de dinero con la que sufragar las necesidades de cuidado y atención de quien padece la enfermedad, variando sólo el modo o manera en que esa cantidad se entrega o pone a disposición de quien ha de necesitarla. De otro, porque nada se alega acerca de que esa variación constituya o dé lugar para la parte recurrente a un gravamen o coste de mayor entidad o más perjudicial que el que derivaría de la entrega en

una sola vez del capital pretendido por los padres para aquellos fines. Y finalmente, porque ese distinto modo o manera de entrega de las cantidades necesarias a que ha acudido la Sala de instancia en su sentencia estaba en realidad pedido en el escrito de conclusiones de la parte hoy recurrente en casación, en cuya conclusión segunda, párrafo octavo, se lee que para el supuesto de que la Sala acordara que los daños lo son la asistencia y atención social futura del menor, “bastaría con condenar a la Administración al pago de las facturas por dicha atención, según se fueran produciendo en el ámbito y necesidad del menor durante su vida”». (Fdto. Jdco. Segundo).

No existe en el expediente del caso que nos ocupa una manifestación de los reclamantes como la que se acaba de transcribir, pero el caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con plena confirmación del Tribunal Supremo, era también, como el que nos ocupa, un caso en que se reclamaba *“la entrega en una sola vez del capital pretendido para aquellos fines”* y la invocación de la transcrita frase del escrito de conclusiones tiene, sin duda, un carácter accesorio o de consideración *“a mayor abundamiento”* en la fundamentación de la Sentencia 3364/2010. Es opinión de este Consejo, por tanto, que nada impide a la Administración consultante proceder de modo semejante en relación con el concepto indemnizatorio principal que venimos examinando, incluso prescindiendo del acuerdo con el interesado, aunque sería sin duda preferible alcanzarlo.

El abono de una cantidad fija por plazos supone una forma de reparación del daño más segura que la entrega de una única cantidad, pero presenta en nuestro caso, desde el punto de vista de la adecuación de la reparación al daño real, los mismos inconvenientes principales que la indemnización global de una sola vez. Y cabe hacer notar que la cuantificación de un resarcimiento o compensación mediante pagos mensuales presenta mucha mayor dificultad en el caso del niño que padece beta-talasemia mayor que

en el de un niño nacido con síndrome de Down, como era el caso de la precitada STS 3364/2010. No hace falta extenderse aquí en las numerosas diferencias entre el tratamiento y controles de la beta-talasemia mayor y el tratamiento del síndrome de Down.

Por lo expuesto, este Consejo Consultivo considera oportuno recomendar como modo preferente de indemnización la compensación en especie que ya ha sido expuesta.

DECIMOSÉPTIMA.- Para el caso de que la Administración y los reclamantes no llegasen a un acuerdo de compensación en especie, la Administración consultante debe proceder a calcular sobre bases reales el coste “*para los reclamantes*” del tratamiento transfusional y de quelación del hijo de los reclamantes, sin olvidar los periódicos controles analíticos que ese tratamiento requiere a distintos efectos. Para tal cálculo, serán decisivas las circunstancias de los reclamantes en cuanto a su posible acceso gratuito u oneroso, en todo o en parte, a las prestaciones sanitarias adecuadas al tan repetido tratamiento.

La cuantificación de estos gastos para una única indemnización dineraria requeriría, a diferencia de la compensación en especie, la fijación de un periodo temporal y se considera recomendable establecer el de veinticinco (25) años, en atención a dos factores: por un lado, la experiencia más común de la esperanza de vida de los niños tratados adecuada y precozmente contra la beta-talasemia mayor y, por otro, el tiempo en que, de tener éxito el tratamiento, es previsible que pueda A.P.Q., ya mayor de edad y adulto, evitar molestias a sus padres, así como encontrar empleo y obtener recursos económicos, que alivien la carga de sus padres, hoy reclamantes. Nótese que se trata de un periodo temporal 15 (quince) años más amplio que el tomado en consideración por los reclamantes para otro concepto indemnizatorio secundario.

DECIMOCTAVA.- Debe quedar aclarado que, en caso de curación de la enfermedad por trasplante de médula ósea o por otro medio terapéutico que se descubra, los reclamantes, salvo los daños morales, habrían sido enteramente indemnizados, desde que la autoridad médica declare curado al hijo de los declarantes, A.P.Q.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- No procede indemnizar a los reclamantes conforme a los criterios y en la cuantía establecida por A y aceptada en la propuesta de resolución, por incurrir en los graves errores jurídicos y de hecho expuestos en la consideración jurídica decimotercera de este dictamen.

SEGUNDA.- Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, otorgando a los reclamantes una indemnización por daños morales en la cantidad de sesenta mil (60.000) euros.

TERCERA.- Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizar a los reclamantes con la cantidad de cuarenta y ocho mil (48.000) euros, por los gastos en que los reclamantes han de incurrir como complementarios, pero independientes del coste para ellos del tratamiento médico complejo que el hijo A.P.Q. ha de recibir en razón de la beta-talasemia mayor que le aqueja.

CUARTA.- Además de las indemnizaciones anteriores, procede asimismo indemnizar o compensar a los reclamantes por los costes reales que les acarree el tratamiento de transfusiones y quelación, más analíticas

de control, a que el hijo de los reclamantes haya de someterse durante veinticinco (25) años.

Se recomienda a la Administración consultante que este concepto indemnizatorio sea satisfecho, al amparo del artículo 141.4 LRJAP-PAC mediante *compensación en especie* consistente en comprometerse formalmente con los reclamantes a proporcionar a su hijo A.P.Q., de por vida, un tratamiento completo y gratuito en el centro y servicio o servicios sanitarios que garanticen la atención de mejor calidad a la grave enfermedad del hijo. El compromiso debe extenderse al tratamiento de complicaciones asociadas, según la literatura médica, con la enfermedad hereditaria y no debe verse afectado por el hecho de que los reclamantes o su hijo establezcan su residencia fuera de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Para el caso de que la Administración y los reclamantes no llegasen al acuerdo que se acaba de recomendar, resultaría procedente que la Administración consultante, con base en cálculos de coste mensual *para los reclamantes* del tratamiento completo de la beta-talasemia mayor que padece A.P.Q., comprendidos los controles analíticos, indemnizase a los reclamantes mediante pagos mensuales en la cantidad que resulte de aquellos cálculos, efectuados sobre un periodo temporal de 25 (veinticinco) años.

QUINTA.- Satisfechas las indemnizaciones a que se refieren las conclusiones SEGUNDA y TERCERA, en caso de completa curación de la beta-talasemia mayor de A.P.Q., la responsabilidad administrativa patrimonial de la Administración se debería considerar extinguida por no existir ya daño indemnizable alguno.

Madrid, 3 de noviembre de 2010