

Dictamen nº: **549/20**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **15.12.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 15 de diciembre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ..... y D. ....., en su propio nombre y derecho y en representación de sus hijas menores de edad, ..... y ....., por los daños y perjuicios sufridos que atribuyen a la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, en relación con los estudios genéticos realizados a las menores para la detección de picnodisostosis.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 3 de abril de 2018, una abogada, en representación de las personas citadas en el encabezamiento, presenta un escrito en una oficina de Correos, dirigido al Servicio Madrileño de Salud, en el que denuncia la actuación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón en la asistencia sanitaria dispensada a las hijas menores de edad de los interesados.

Expone que en el año 2010 los reclamantes tuvieron un hijo que fue diagnosticado de una enfermedad rara y hereditaria llamada

picnodisostosis, y que, en el año 2014, la reclamante quedó nuevamente embarazada, esta vez, se trataba de embarazo gemelar. Refiere que durante el primer trimestre se solicitó por parte de una doctora de la Unidad de Genética del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, al Laboratorio de Genética Clínica SL, un estudio de diagnóstico genético prenatal de picnodisostosis. Explica que el mencionado diagnóstico se realizó mediante el análisis de la presencia o ausencia de la mutación c.436GC localizada en el exón 5 del gen CTSK y asociada al desarrollo de picnodisostosis en modo de herencia autosómico recesivo.

Según el escrito de reclamación, el informe de diagnóstico, de 8 de octubre de 2014, tras recoger los antecedentes (hijo diagnosticado de picnodisostosis portador de la mutación c. 436G C en homocigosis en el gen CTSK y pareja consanguínea, primos hermanos, ambos portadores de la mutación c.436G C en heterocigosis en el gen CTSK), confirmó que “*el feto en gestación (sexo femenino) no presenta la mutación c.436G C y poseen un genotipo normal. En esa posición del gen CTSK por lo que no ha heredado de sus progenitores ninguna copia mutada de este gen*”.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, refiere que las gemelas nacieron el 20 de febrero de 2015 y que cuando las menores tenían 2 años, presentaron un cuadro clínico compatible con picnodisostosis, por lo que a solicitud de una doctora del Servicio de Genética del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, se realizó nuevamente el estudio genético a las niñas, dando un resultado positivo, es decir, que presentan la mutación p.Gly146Arg en la posición c.436G C.

En virtud de los hechos descritos, considera que los reclamantes han recibido una deficiente asistencia sanitaria en relación con los estudios genéticos realizados por el laboratorio Labgenetics a instancia del Servicio de Genética del Hospital General Universitario Gregorio

Marañón, puesto que dichos estudios arrojaron un resultado erróneo, toda vez que, el 3 de abril de 2017, los nuevos estudios genéticos realizados confirmaron el diagnóstico positivo para picnodisostosis.

Reprocha que, de no haberse producido las deficiencias señaladas, los interesados habrían podido conocer que sus hijas sufrían la enfermedad en plazo legal para interrumpir el embarazo, y en todo caso, se podría haber proporcionado un tratamiento más temprano a las menores.

Por todo ello se reclama una indemnización de tres millones de euros.

El escrito de reclamación se acompaña con copia de los estudios genéticos realizados, documentación médica relativa a las niñas y al otro hijo de los reclamantes, y con copia del libro de familia.

Obra en el procedimiento que el instructor del procedimiento requirió a los interesados que presentaran un relato pormenorizado de los hechos, que concretaran la cuantía reclamada y que aportaran la documentación que considerasen necesaria en apoyo de su pretensión y para que presentaran su escrito por medios electrónicos.

Consta que el requerimiento fue atendido por los propios interesados que el 13 de abril de 2018 presentaron el escrito de reclamación, firmado por ellos mismos, con idéntico contenido al formulado por la abogada y acompañado de la misma documentación (folios 1 a 54 del expediente).

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

Los reclamantes, fueron vistos por primera vez en la Consulta de Genética del Hospital General Universitario Gregorio Marañón en el mes

de abril de 2013. Se anotó que se trataba de una pareja consanguínea (primos hermanos), que acudían con su hijo de tres años de edad para valorar la posibilidad de estudio genético por sospecha clínica de picnодисостозис.

Se solicitó estudio molecular del gen CTSK, causante de dicha patología al Laboratorio Labgenetics que ofrece servicio externo al hospital. El 30 de julio de 2013 el mencionado laboratorio emitió un informe en el que se hacía constar que el niño presentaba la mutación Gly146Arg (p G146R) en la posición 436 (c.436G>C) del exón 5 del gen CTSK y que esta mutación estaba presente en homocigosis, lo que significaba que las dos copias del gen CTSK estaban mutadas en esa posición.

En el apartado de “consejo genético” del informe se recoge lo siguiente:

*“Estos resultados tienen implicaciones hereditarias y familiares. Se recomienda un adecuado asesoramiento genético en un contexto familiar.*

*La picnодисостозис presenta un patrón de herencia autosómico recesivo, por lo que los progenitores de una persona afectada por la enfermedad son portadores obligados de la misma, aunque asintomáticos.*

*Los hermanos de una persona afectada por picnодисостозис tienen un 25% de probabilidad de estar también afectados por la enfermedad, un 50% de ser portadores asintomáticos (como sus progenitores) y un 25% de probabilidad no haber heredado ninguna de las mutaciones de sus progenitores”.*

Se recomendó hacer extensivo el estudio genético molecular a los padres para confirmar su estatus de portadores, así como a otros

familiares directos, especialmente a aquellos que planeen tener descendencia.

El 9 de octubre de 2013 se informó de los resultados a los reclamantes en la Consulta de Genética. Se ofreció la posibilidad de diagnóstico preimplantacional o prenatal, así como realizar estudio a los padres de la mutación identificada en el niño. Los reclamantes aceptaron la realización del estudio que se encomendó al mismo laboratorio.

El 25 de febrero de 2014 se emitió el informe que confirmó que los padres eran portadores asintomáticos de la enfermedad y en el apartado de “*consejo genético*” se hizo constar que los hijos de los pacientes tenían una probabilidad del 50% de ser portadores asintomáticos, como sus padres, un 25% de desarrollar picnodisostosis y un 25% de no heredar ninguna de las mutaciones de sus progenitores. Se recomendó la realización de un estudio genético prenatal para la detección de la mutación en futuros embarazos de la pareja.

Los interesados volvieron a consulta el 30 de julio de 2014, informando que la reclamante estaba embarazada, (FUR del 7 de junio de 2014), de una gestación monocorial monoamniótica. Se ofreció la posibilidad de realizar estudio prenatal mediante biopsia corial, pero los reclamantes prefirieron realizar amniocentesis, que se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2014.

El día 25 de septiembre de 2014 se envió una muestra de líquido amniótico a Labgenetics, que emitió informe el 8 de octubre de 2014, en el que se concluyó que “*el feto en gestación (sexo femenino) de la paciente (...) no presenta la mutación c.436G>C (p.Gly146Arg) y poseen un genotipo normal (homocigoto wild-type) en esa posición del gen CTSK, por lo que no ha heredado de sus progenitores ninguna copia mutada de ese gen*”. Se descartó una posible contaminación materna en la muestra de líquido amniótico mediante estudio de STRs en la muestra fetal (sexo femenino)

y en la muestra de sangre periférica de la paciente.

El embarazo de la reclamante se siguió en el Servicio de Obstetricia del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, con exploraciones dentro de la normalidad y el 20 de febrero de 2015 se produjo el nacimiento de las niñas mediante cesárea.

Consta en la historia clínica que las niñas, desde el nacimiento, fueron seguidas en las consultas de Endocrinología, Cardiología, Digestivo, Neurocirugía, Otorrinolaringología, Rehabilitación, Inmunología y Neurofisiología, por múltiples patologías (síndrome de obstrucción respiratoria grave durante el sueño, encefalitis por enterovirus, retraso psicomotor y ponderopostural, hipertrofia de adenoides o macrocefalia, entre otras).

El 16 de marzo de 2017 las niñas fueron vistas en la consulta de Genética Pediátrica por sospecha de picnodisostosis. Se solicitó nuevo estudio de la mutación familiar del gen CTSK, en una muestra de sangre de las niñas, encargándose al mismo laboratorio que había realizado los estudios anteriores.

El 3 de abril de 2017 el laboratorio emitió el informe en el que se recoge que una de las niñas (a la que pertenecía la muestra analizada) poseía en homocigosis, la mutación p.Gly146Arg (c.436G>C) en el gen CTSK y que “*dado que el modo de herencia de la picnodisostosis es autosómico recesivo, la presencia de esta mutación en homocigosis sería diagnóstica para el desarrollo de esta enfermedad*”.

Consta que en la consulta de Pediatría de 8 de junio de 2017 se entregó a los padres el informe elaborado por el laboratorio el 3 de abril de 2017.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), de lo que se dio traslado a los reclamantes y al laboratorio responsable de la realización del estudio genético que constituye el objeto de reproche por los interesados.

Consta en el expediente examinado la historia clínica de las niñas del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 60 a 887 del expediente).

Se ha incorporado al procedimiento el informe de 17 de mayo de 2018 de la Consulta de Genética del referido centro hospitalario firmado por una doctora de esa consulta y la jefa del Servicio de Bioquímica en el que se detallan los antecedentes tanto de los reclamantes como de su hijo mayor. Así explican que se trata de una pareja consanguínea (primos hermanos), que atendieron por primera vez en abril de 2013, cuando el hijo mayor tenía tres años, por sospecha clínica de picnodisostosis. Refieren que se solicitó estudio molecular del gen CTSK, causante de dicha patología y que se solicitó la realización de prueba externalizada, al laboratorio Labgenetics, por tratarse de un laboratorio certificado, que se encuentra en el listado de laboratorios que ofrecen servicio externo al hospital. Relatan que en el informe emitido entonces se hizo constar que el niño era portador de una mutación en homocigosis de dicho gen, confirmando el diagnóstico clínico.

El informe explica que la picnodisostosis es una patología genética que no tiene tratamiento curativo, por lo que la asistencia médica se centra en el tratamiento sintomático de las patologías asociadas.

Continuando con los antecedentes, el informe relata que el 9 de octubre de 2013 se vio en consulta a los reclamantes y se explicó el resultado obtenido. Destaca que en el informe de estudio genético se hizo constar que el riesgo de aparición en otros hijos de la pareja era del 25%

y se ofreció la posibilidad de diagnóstico preimplantacional o prenatal. También se hizo estudio genético a los padres en el mismo laboratorio, confirmando que eran portadores heterocigotos y asintomáticos de la mutación identificada en su hijo.

El informe añade que los interesados no volvieron a consulta hasta el 30 de julio de 2014, cuando informaron de que la reclamante estaba embarazada de una gestación monocorial monoamniótica, por lo que se ofreció la posibilidad de realizar estudio prenatal mediante biopsia corial pero prefirieron realizar amniocentesis, obteniéndose muestra de una sola bolsa, ya que los gemelos monocoriales son genéticamente idénticos y se minimiza el riesgo de pérdida gestacional. La muestra se envió al mismo laboratorio al haber realizado los estudios familiares previos, no observándose la mutación familiar en dicha muestra. El informe añade que en el transcurso de la gestación se vio a la paciente 14 veces en la consulta de Obstetricia con exploraciones estrictamente normales.

El informe explica que el 16 de marzo de 2017 las niñas fueron vistas por primera vez en la consulta de Genética Pediátrica, después de varias citas a las que no acudieron. Se solicitó nuevo estudio de la mutación familiar del gen CTSK a Labgenetics, solicitando, si era posible la repetición de la muestra prenatal. El laboratorio emitió informe en el que se hizo constar que se había identificado la mutación familiar en homocigosis, lo que confirmaba la presencia de picnодисостозис y también informó que no había sido posible repetir el estudio en las células de líquido amniótico, pero que la revisión del estudio prenatal, confirmaba que el líquido analizado correspondía a un familiar de la reclamante.

Asimismo, consta en el expediente un escrito del representante de la empresa Laboratorio de Genética Clínica S.L (Labgenetics) en el que tras exponer los diagnósticos de los reclamantes y del hijo mayor, explica en relación a las niñas que para la realización del diagnóstico genético

prenatal se utilizó el mismo protocolo y las mismas técnicas que ya se habían utilizado en las pruebas anteriores realizadas a la familia, además de aplicar el procedimiento específico de diagnósticos prenatales. Subraya que los electroferogramas obtenidos de la secuenciación del exón 5 del gen CSTK (por ambas cadenas - forward y reverse) fueron limpios, de gran calidad, y no evidenciaron la presencia en el feto de la mutación c.436G>C (p.Gly146Arg) que portan sus padres. Añade que ese resultado (*homocigoto wildtype*) era uno de los 3 posibles escenarios y no existía ningún motivo para sospechar algún tipo de anomalía en el procedimiento.

En el escrito se expone que el 16 de marzo de 2017 llamó una doctora y comunicó por teléfono que las dos hijas tenían la misma clínica que su hermano y solicitó telefónicamente la repetición de la prueba en el caso de que tuvieran ADN sobrante, si bien no fue posible ya que todo el ADN fue utilizado en la realización del diagnóstico (en el año 2014), por lo que no fue posible re-evaluar los resultados obtenidos el año 2014. El estudio se realizó entonces sobre una muestra de sangre de una de las menores y el 3 de abril de 2017 se emitió el informe que confirmó que presentaba la misma mutación que su hermano mayor y, por lo tanto, estaba afectada por picnodisostosis.

El escrito explica que dada la disparidad entre los dos resultados emitidos se realizó un concienzudo análisis y revisión de los registros, protocolos y procedimientos utilizados en el diagnóstico prenatal y no se detectó ninguna anomalía o sospecha de algún tipo de error que pudiera explicar dicha disparidad de resultados.

Asimismo, el escrito añade que el 21 de julio de 2017 recibió un email del reclamante en el que exponía su disponibilidad a “*negociar*” una compensación económica extrajudicial, lo que se puso en conocimiento de su compañía aseguradora, que concluyó que no procedía ninguna indemnización, al tratarse de una reclamación de

daños morales y que no existía en este caso documentación que acredite un daño o perjuicio cuantificable. Detalla que esta contestación se hizo llegar al reclamante y que el 3 de abril de 2018 recibieron un burofax de un despacho de abogados solicitando los datos de su entidad aseguradora de Responsabilidad Civil, lo que fue contestado el día 10 de abril siguiente, sin que hayan vuelto a tener noticias relativas al caso.

El escrito se acompaña con copia de los estudios genéticos realizados y demás documentación acreditativa de los hechos referidos en el mismo.

Consta en el expediente (folios 916 a 932) que el 8 de junio de 2018 la abogada de los reclamantes aportó el poder de representación otorgado a su favor. Además, indicó, en relación con la prescripción del derecho a reclamar, que los interesados fueron informados del resultado de Genética que confirmaba la enfermedad de las menores el 8 de junio de 2017. Asimismo, precisó en cuanto al daño reprochado que concurría, por un lado, una pérdida de oportunidad en los reclamantes y, por el otro, secuelas en las menores como resultado de un tratamiento tardío, ante el diagnóstico extemporáneo de la enfermedad debido a los hechos reseñados, secuelas que dijo aún no estaban estabilizadas.

Posteriormente se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar los antecedentes del caso y los informes emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las correspondientes consideraciones médicas sobre la enfermedad genética que padecen las menores y el diagnóstico de la misma, concluye que “*las actuaciones correspondientes al Hospital General Universitario Gregorio Marañón fueron las correctas, toda vez que para realizar el diagnóstico prenatal, se solicitó Estudio Molecular del gen CTSK, causante de la picnodisostosis al laboratorio Labgenetics como laboratorio certificado que se encuentra dentro del listado de laboratorios que ofrecen servicio externo*

*al hospital..."* y añade que "*en la consulta del Servicio de Genética llevado a cabo el día 09/10/2013 se ofreció a los padres la posibilidad de un diagnóstico preimplantacional. Sin embargo, dicho diagnóstico preimplantacional no se llevó a cabo debido a que la paciente en la siguiente consulta ya estaba embarazada*". Refiere que "*al encontrarse ya embarazada, se ofreció la realización de un estudio prenatal mediante Biopsia Corial, sin embargo, prefirieron realizar Amniocentesis*" y en cuanto al reproche relativo a "*un tratamiento tardío*", hace constar que la picnodisostosis no tiene tratamiento (según la bibliografía científica consultada). Por último, destaca que en el informe de 30 de julio de 2013 (estudio realizado al hijo mayor), ya se informó a los padres de que había un 75% de que los hijos heredaran esta enfermedad (25% de estar afectados y 50% de ser portadores asintomáticos), ya que ambos progenitores son portadores de la mutación.

Figura en el folio 945 una comunicación interior firmada por la adjunta del Servicio de Admisión en la que se explica que los estudios genéticos prenatales se valoran de forma individualizada por las genetistas del centro con quien colabora el Servicio de Admisión, y se envían a alguno de los laboratorios con experiencia en su realización, de modo que en el caso de no disponer de un centro público al que remitir el estudio, se dispone de los catálogos de diversos centros privados. La elección de centro se realiza en base a la disponibilidad de la prueba, conocimiento de la tecnología utilizada, satisfacción con los resultados obtenidos previamente, criterios de calidad, valoración de presupuesto y plazos de entrega. Una vez realizado el estudio y recibido el informe de resultados el centro procede a facturar el estudio.

Por otro lado, el 19 de julio de 2019, la adjunta del Servicio de Admisión remitió para su incorporación al expediente la siguiente documentación: el catálogo de diagnóstico genético de enfermedades del año 2013 y del año 2017 y las acreditaciones-certificaciones del

Laboratorio Labgenetics de las que dispone el hospital (folios 951 a 1143).

Obra en el folio 1145 el escrito remitido por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en el que rechaza la cobertura de los hechos asegurados por la póliza suscrita.

Se ha incorporado al procedimiento un informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud que acoge las conclusiones del informe de la Inspección Sanitaria y añade que, bajo su criterio, los reclamantes *“eran sabedores del riesgo, y cuando se les ofrece la posibilidad de diagnóstico pregestacional, acuden a la cita cuando ya se ha producido el embarazo, es decir, a pesar del riesgo no han adoptado ninguna medida anticonceptiva; se les indica realizar una biopsia corial y la rechazan prefiriendo amniocentesis (con lo cual, los plazos van pasando)”*, por lo que el perito informante entiende que la actuación prestada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón fue correcta.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia a los reclamantes y a la empresa titular del laboratorio. No consta en el expediente que formularan alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente, el 15 de octubre de 2020 se formuló propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo una indemnización de 50.000 euros por daño moral, a abonar por la empresa titular del laboratorio, en cuanto *“entidad responsable del error en las pruebas genéticas causantes del daño”*.

**CUARTO.-** El 5 de noviembre de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 15 de diciembre de 2020.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, según el cual: “*3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º 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, los interesados han cifrado la cuantía de la indemnización que reclaman en una cantidad de tres millones de euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en

los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, dada la fecha de presentación de la reclamación.

Las menores, ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto que recibieron la asistencia sanitaria dispensada por la Consulta de Genética del Hospital General Universitario Gregorio Marañón contra la que se reclama y en cuanto a las consecuencias que consideran que ha tenido para su salud el error de diagnóstico que imputan a dicha asistencia. Actúan debidamente representadas por sus padres a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil que atribuye a los padres la representación legal de los hijos menores no emancipados. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que liga a los firmantes del escrito de reclamación con las niñas mediante copia del libro de familia.

Asimismo, cabe reconocer la legitimación activa de los padres por el daño moral que invocan consistente en privarlos de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, lo que ha sido reconocido en la jurisprudencia (así la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012, citada en nuestro Dictamen 323/20, de 28 de julio, entre otros).

Por otro lado, se observa que los reclamantes han actuado en su propio nombre y derecho, pues si bien es cierto que en un principio actuaron por medio de un abogado, respecto al que ha quedado acreditada la representación que ostentaba de los interesados mediante la aportación al procedimiento de la escritura de poder, posteriormente se ha presentado el escrito de reclamación firmado por los propios interesados.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, centro hospitalario integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En este sentido ha de indicarse que esta Comisión no comparte el criterio recogido en la propuesta de resolución relativo a que la indemnización deba ser pagada exclusivamente por el laboratorio contratado para realizar el estudio genético.

La responsabilidad derivada de la intervención de contratistas y concesionarios es una cuestión abierta en el derecho administrativo español en la que la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos de la Administración carecen de criterios claros y uniformes.

A este respecto, la doctrina mayoritaria de esta Comisión, así el Dictamen 32/18, de 25 de enero, considera que lo procedente es declarar la responsabilidad de la Administración sin perjuicio de su derecho a repetir frente al contratista.

La Administración, como titular de un servicio público, responde de su buen funcionamiento y es responsable frente a los ciudadanos de los daños que dicho servicio pueda causar, con independencia de la figura a través de la cual se preste dicho servicio público, así lo impone el artículo 106 de la Constitución Española a modo de garantía institucional con la que, en última instancia, se limita la huida del Derecho administrativo en un aspecto en el que dicha huida no está justificada en la medida en que el daño deriva de la prestación de un servicio público. Precisamente el artículo 106 de la Constitución Española consagra una garantía de indemnidad para los particulares por toda lesión “*siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Esa garantía no debe verse matizada o limitada en

los casos que, como el que nos ocupa, la Administración ejerce sus competencias en forma indirecta, a través de un contratista.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En este caso, en el que se reclama por el error en el estudio genético realizado a las menores el 8 de octubre de 2014, que se evidenció en el nuevo estudio realizado el 3 de abril de 2017, comunicado a los interesados el 8 de junio siguiente, resulta claro que la reclamación formulada, tanto si tiene en cuenta la presentada por la representante de los reclamantes el día 3 de abril de 2018, como la formulada por los interesados el 13 de abril de ese mismo año, se ha presentado dentro del plazo legal.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que se ha incorporado al expediente la historia clínica de las menores del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por la Consulta de Genética del citado centro hospitalario. Asimismo, se ha incorporado al procedimiento la información suministrada por la empresa Laboratorio de Genética Clínica S.L y el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado expuesto en los antecedentes de este dictamen. Además, se ha conferido trámite de audiencia a los reclamantes y al laboratorio al que se encargó la realización del estudio genético de las niñas. Finalmente se ha redactado la propuesta de resolución, remitida junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

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

**TERCERA.-** Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de julio de 2020 (recurso 493/2018), con cita de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, recoge lo siguiente a propósito de los requisitos de la responsabilidad patrimonial:

“*(...) 1º.- Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público; 2º.- Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El daño o perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; 3º.- Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido; 4º.- Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar, y que; 5º.- Que el derecho a reclamar no haya prescrito, lo que acontece al año de producido el hecho o el acto que motive la*

*indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, dicho plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.*

También es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que esa responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, dado que no es posible constituir a la Administración en aseguradora universal.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo 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.

**CUARTA.-** En este caso, los reclamantes reprochan que como consecuencia del error que imputan al diagnóstico de la enfermedad de picnodisostosis en sus hijas, se ha privado a los padres de la posibilidad de interrumpir el embarazo y a las niñas de la perspectiva de recibir un tratamiento más temprano de su enfermedad.

Centrado así el objeto de la reclamación, por lo que se refiere al primer presupuesto de la responsabilidad patrimonial, que es la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas, cabe recordar, como ya hemos señalado anteriormente, que el Tribunal Supremo, a

partir de una primera Sentencia de 28 de septiembre de 2000, cuyo criterio fue confirmado en otras posteriores de 24 de noviembre de 2008, 16 de junio y 27 de octubre de 2010 y, posteriormente, por sendas resoluciones de 28 de marzo de 2012 (recursos 6454/2010 y 2362/2011), ha declarado el carácter indemnizable del daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Así el Tribunal Supremo ha definido ese daño moral como una lesión en el poder de autodeterminación de la persona: “*la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad*” [Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (recurso 4397/2010)].

Ahora bien, por lo que se refiere al daño que los interesados reclaman por haber sido privadas las menores de un tratamiento más temprano, debe rechazarse que tal daño concorra, porque como claramente destaca la Inspección Sanitaria en el informe emitido en el curso del procedimiento, “*hoy día no existe tratamiento para esta entidad*”, en sus propias palabras, de modo que el manejo de la picnodisostosis (caracterizada, como manifestaciones más frecuentes, por osteosclerosis, acroosteolisis de las falanges distales, fragilidad de los huesos, displasia de las clavículas, malformaciones craneales y anomalías dentales, y de modo más raro, por anemia, hepatoesplenomegalia, alteraciones hematológicas, dificultad respiratoria y apnea del sueño) es sintomático y multidisciplinar, con pronóstico favorable, porque la enfermedad no es progresiva. Por tanto, en este caso, un diagnóstico más temprano, no habría permitido un tratamiento más precoz de la enfermedad, estando acreditado que los síntomas de la picnodisostosis fueron tratados desde el nacimiento de las niñas de una manera multidisciplinar en el Hospital General Universitario Gregorio

Marañón, antes de confirmarse el diagnóstico por el estudio genético realizado el 3 de abril de 2017.

Delimitado el daño en los términos anteriormente expuestos, debemos señalar que no resulta controvertido que hubo un error en el estudio genético realizado el 8 de octubre de 2014, en el que se concluyó que las niñas no presentaban la mutación c.436G>C (p.Gly146Arg) y poseían un genotipo normal (homocigoto wild-type) en esa posición del gen CTSK, por lo que no habían heredado de sus progenitores ninguna copia mutada de ese gen, lo que después fue desmentido por el estudio genético realizado el 3 de abril de 2017, que confirmó la mutación y la presencia de la enfermedad en las menores.

Así las cosas, resulta de aplicación en este caso la jurisprudencia, según la cual, “*probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible*”. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 24 de enero de 2019 (recurso 613/2015), que se hace eco de otras sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6<sup>a</sup>) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: “*(...) Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que, en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido*”.

En este caso, el informe de la Consulta de Genética del Hospital General Universitario Gregorio Marañón no ofrece ninguna explicación

que pudiera justificar el error cometido. Por su parte, el escrito remitido por la empresa responsable del laboratorio ha señalado, respecto al estudio genético realizado a las niñas el 8 de octubre de 2014, que los electroferogramas obtenidos de la secuenciación del exón 5 del gen CSTK(por ambas cadenas forward y reverse) fueron limpios, de gran calidad y no evidenciaron la presencia de la mutación que tienen los padres, así como que el resultado era uno de los tres escenarios posibles y no existía ningún motivo para sospechar de algún tipo de anomalía en el procedimiento, por lo que dio por valido el resultado.

Sin embargo, en este caso, si bien es cierto que el resultado era uno de los posibles, pues según resulta del expediente examinado, las niñas tenían un 25% de probabilidad de estar afectadas por la enfermedad, un 50% de ser portadoras asintomáticas como sus progenitores y un 25 % de probabilidad de no haber heredado ninguna de las mutaciones, lo cierto es que eran mayores las probabilidades (75%) de padecer la enfermedad (bien fuera sintomática o asintomática) por lo que no encuentra explicación el que con los resultados obtenidos no se repitiera la prueba o se ampliara el estudio.

En este punto cabrá recordar que cuando la jurisprudencia se ha planteado la posible responsabilidad de la Administración por resultados que posteriormente se acreditaron como erróneos ha tenido en cuenta la posibilidad de realizar otro tipo de análisis. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2014 (recurso 1060/2011) habla de “*extremar las pruebas diagnósticas*” o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 19 de junio de 2007 (recurso 242/2005) considera que se debió repetir la analítica. También el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 148/08, de 26 de noviembre destacó igualmente que la realización de nuevos análisis con distintas técnicas excluye la responsabilidad por un primer resultado, en ese caso, positivo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no se ha ofrecido una explicación razonable de lo sucedido, pues tampoco la Inspección Sanitaria, a cuyos informes solemos dar especial relevancia (ya que, como hemos dicho reiteradamente, responde a criterios de objetividad, imparcialidad y rigor científicos como ha resaltado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en varias sentencias (por ejemplo, en la Sentencia de 27 de junio de 2019), ha expresado algún razonamiento científico que pudiera justificar el error, más allá de unas explicaciones teóricas sobre el diagnóstico prenatal, cabe considerar que en este caso no se ha respetado la *lex artis*, de modo que se ha ocasionado a los reclamantes un daño que no tienen la obligación de soportar, revistiendo por tanto la condición de antijurídico.

No obstante, debe realizarse una particular referencia a la actuación de los propios reclamantes en la medida en que puede incidir en la modulación de la responsabilidad.

En este punto debe recordarse que, según la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3669/2009) “*el nexo causal puede ser indirecto, sobrevenido y concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima*”, en cuyo caso se ponderará la cuantía de la indemnización [Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2004 (recurso 4523/2000)].

En este caso, resulta del expediente que a los reclamantes, tras diagnosticarles el 25 de febrero de 2014 que eran portadores asintomáticos de la enfermedad, se les recomendó realizar un estudio genético prenatal para la detección de la mutación en futuros embarazos de la pareja, lo que evidentemente habría ampliado las posibilidades diagnósticas, si bien los interesados acudieron a consulta el 30 de julio de 2014, estando la reclamante ya embarazada, y por tanto excluyendo la posibilidad de realizar dicho estudio y asumiendo el riesgo de que sus futuros hijos pudieran estar afectados por la enfermedad, posibilidad de

que la habían sido informados en anteriores consultas.

Por tanto, si bien es cierto que se produjo un error en el diagnóstico de la enfermedad de las niñas, también concurren otros factores en los interesados, que, si bien no alcanzan relevancia suficiente para excluir la responsabilidad, sí deben tenerse en cuenta a la hora de la valoración del daño (así nuestro Dictamen 151/18, de 22 de marzo).

**QUINTA.-** Procede a continuación emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

A la hora de cuantificar el daño debe tenerse en cuenta que solo debemos valorar el daño moral causado a los reclamantes, pero no el daño por un posible retraso en el tratamiento de la enfermedad, pues como hemos dicho anteriormente tal daño no se ha producido en este caso.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005 “*(...) sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma.*

*Esa pérdida del derecho de elección presenta grandes dificultades en su determinación jurisprudencial, ya que una valoración de ese tipo -daño moral- tiene, pues no hay parámetros objetivos a los que ajustarse y la subjetividad en este caso es inevitable, como ya se ha dicho en otras sentencias, en la de 20 de julio de 1996, de 21 de abril de 1998 y de 13 de julio del 2002 (Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6a, de 25 abril 2005)”.*

En el mismo sentido, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 1018/2013), resalta la

dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía “*de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*”.

En este caso, se considera razonable la cantidad de 50.000 euros reconocida en la propuesta de resolución en cuanto que también tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en los interesados a la hora de modular la cuantía indemnizatoria.

Esa cantidad deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial y deberá abonarse por la Comunidad de Madrid, como analizamos en la consideración de derecho segunda de este dictamen, sin perjuicio de la facultad de repetir contra el laboratorio contratista, si concurren los requisitos para ello.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial indemnizando a los reclamantes con la cantidad global de 50.000 euros, cantidad que deberá actualizarse a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de

quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 15 de diciembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 549/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid