

Dictamen nº: **114/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.03.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 2 de marzo de 2021, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña., (en adelante “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios sufridos, al no informársele del resultado de la biopsia corial que le fue practicada durante su gestación, en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM), remitida por el Hospital Universitario Santa Cristina (HUSC), habiéndose pasado el plazo para interrumpir el embarazo de manera voluntaria, pese que dicha prueba detectó tempranamente el síndrome de Down que padece su hijo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de enero de 2019 tuvo entrada en el Servicio Madrileño de Salud escrito presentado por una abogada obrando en nombre y representación de la reclamante, en el cual solicitaba información sobre la tramitación seguida con motivo de la presentación por la interesada de una solicitud anterior, fechada el 22 de febrero de 2013, en referencia a la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante en el Hospital Santa Cristina y en el Hospital General Universitario

Gregorio Marañón y, en particular, sobre la falta de la comunicación de los resultados de una biopsia corial que se le practicó el 5 de noviembre de 2012.

Se adjuntaba a ese escrito:

- Documento suscrito por la reclamante en el que autoriza a su abogada para el tratamiento de todos sus datos personales, en lo que fuera preciso para la prestación del servicio de asesoramiento técnico y reclamación derivado de la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Madrileño de Salud, iniciado en el 2013.

- Copia del primer escrito de reclamación presentado, de fecha 22 de febrero de 2013. En el mismo la reclamante explicaba que se encontraba embarazada de 29 semanas y, que tres días antes, en la cita de una ecografía correspondiente al seguimiento de su embarazo, se le había comunicado el resultado de una prueba genética que se le practicó en el mes de noviembre del año 2012, en el HGUGM. Que esa prueba se realizó con su consentimiento, por apreciarse anomalías en una ecografía muy temprana, indicándosele que si se detectara alguna alteración genética en el feto se le comunicaría con rapidez, aunque nunca se procedió de ese modo y que en ese momento se enteraba que el niño que gestaba presenta anomalías congénitas (síndrome de Down).

A la vista de esa circunstancia la afectada solicitaba que se le ofreciera alguna solución (*“...una solución rápida en lo posible, mediante los órganos competentes y hacer llegar este hecho al ‘Comité donde pertenezca’, para hacer una excepción y no continuar con el embarazo puesto que ya estoy fuera de lo estipulado por ley y de no haber estado al tanto de esos resultados en el tiempo que debía por culpa de otros...”-sic-*).

Añadía en ese escrito que su petición se debía a que había sido privada de su derecho a decidir sobre la continuidad o no de su

embarazo y que su situación económica no le permitía hacerse cargo de un niño con el problema indicado.

- Contestación efectuada por la Dirección Gerencia del HUSC, de fecha 22 de marzo de 2013, en la que se repasaba la secuencia de actuaciones principales desarrolladas en cada uno de los centros hospitalarios implicados en relación con la reclamación y, tras reconocer que no les constaba que se hubiera cursado ninguna comunicación de los resultados del estudio genético realizado a la gestante en el mes de noviembre de 2012, hasta el 19 de febrero de 2013, explicaban que se había procedido a remitir la reclamación al Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud, *“para su conocimiento y efectos oportunos”*.

- Posterior oficio, de fecha 25 de marzo de 2013, suscrito por la jefa del Área de Normativa y Régimen Jurídico del SERMAS, en el que se que comunicaba al HUSC el traslado el escrito de solicitud de la interesada a la Dirección General de Atención al Paciente, al considerar que no era susceptible de ser tramitada por el procedimiento de responsabilidad patrimonial, a la vista de su contenido y *“por no desprenderse del mismo solicitud alguna de indemnización”*.

- Diversa documentación médica atinente al seguimiento del embarazo de la reclamante. A saber: el informe sobre la ecografía de 29 de octubre de 2012, cuyas alteraciones motivaron la recomendación de la práctica del estudio genético, en cuyo reverso se incluye nota manuscrita que indica *“desde Hermanos García Noblejas tienen posibilidad de acceder a los resultados”*, *“el 8 de noviembre se informa al Dr. ...”* y también *“...el 14 de diciembre de 2012, vinieron del Santa Cristina y se llevaron los resultados”*, el consentimiento informado para la práctica de la biopsia corial, de fecha 5 de noviembre de 2012, copia del informe genético del HGUGM, que refleja la trisomía 21, en cuyo

encabezamiento consta como fecha de impresión el 13 de diciembre de 2012, aunque -al pie del informe- está fechado el 19 de febrero de 2013.

Pese a que en el escrito de solicitud inicial la interesada no concretaba la cuantía de su reclamación, en otro posterior de fecha 29 de septiembre de 2019, solicitó ser indemnizada en cantidad suficiente para cubrir los daños y perjuicios físicos y morales causados como consecuencia de los errores cometidos por los dos centros hospitalarios referenciados, con ocasión del estudio genético de su embarazo, cuyos resultados no fueron comunicados en plazo, impidiéndole hacer uso de su derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, cifrando su reclamación en 75.000€.

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

Se trata de una paciente de 26 años de edad, en la fecha de los hechos principales y sin antecedentes personales de interés.

La paciente comienza su control gestacional en el HUSC, realizándose la exploración ecográfica de la paciente correspondiente a la semana 11+6días, el día 29 de octubre de 2011. Resultando de la misma los hallazgos de edema nucal e intestino hiperrefringente, se recomendó a la paciente la realización de un estudio genético, a cuyo efecto fue remitida a la Unidad de Medicina Fetal del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM), para la realización de una biopsia corial, con la finalidad de obtener un diagnóstico mucho más rápido que con la amniocentesis, que sí se practicaba en el HUSC.

El 5 de noviembre de 2012, con edad gestacional de 13 semanas, se realizó la correspondiente biopsia corial, bajo control ecográfico y sin incidencias, aunque dado que la paciente no seguía su control gestacional en el HGUGM, se le indicó que sería en el HUSC donde se le

efectuarían las revisiones posteriores y donde también sería informada del resultado de la prueba realizada.

En la documentación aportada por la paciente, consta posterior revisión en el HUSC, el día 22 de noviembre de 2012, en la que existe una anotación de "*biopsia corial pendiente de resultado*".

En el informe emitido por el laboratorio de genética del HGUGM con fecha 13 de diciembre de 2012, se informa de Cariotipo 47 XY+21 (varón con síndrome de Down). No consta la efectiva comunicación de ese resultado a la paciente, ni la remisión al HUSC.

La siguiente revisión en el HUSC, tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2012. En la misma se realizó un nuevo seguimiento ecográfico del embarazo, sin que conste ninguna referencia al resultado de la biopsia corial, aunque en un documento que aporta la paciente junto con su escrito de 17 de enero de 2019 -el informe ecográfico del HUSC en el que se le recomendaba el estudio genético-, figuran dos anotaciones manuscritas en su reverso, la primera con fecha 8 de diciembre de 2012, en la que se lee "*se le informa al Dr....*" y la segunda, de fecha 14 de diciembre de 2012 con el texto "*vinieron de Santa Cristina y se llevaron el resultado*".

Los controles posteriores fueron realizados en el HUSC, siendo puntualmente remitida de nuevo al HGUGM por la sospecha de placenta de inserción baja, en el mes de febrero de 2013.

Se realizó a la paciente una ecografía el 19 de febrero de 2013, en el HGUGM, con una edad gestacional de 29 semanas y 3 días, denotando biometrías acordes a ese momento y, al referir la paciente que no había sido informada del resultado de la biopsia corial en su centro de origen, el facultativo revisa su historia clínica y comprueba que el mismo era de 47XY+21 y, por tanto, de un varón con genotipo de síndrome de Down.

La paciente fue informada en ese momento del resultado del estudio genético y, a su requerimiento, con fecha 22 de febrero de 2013, se le hizo entrega de la documentación para solicitar la interrupción legal del embarazo, explicándole que debía ser autorizado por un Comité médico al efecto, dada la edad gestacional del feto.

El 7 de marzo de 2013 acudió a nueva revisión al HGUGM, con edad gestacional de 31 semanas y 5 días, comentando que el Comité le había denegado la interrupción voluntaria de su embarazo.

Los controles posteriores en el HGUGM fueron normales y el parto aconteció de forma espontánea el día 19 de abril de 2013 a las 38 semanas cumplidas de amenorrea, con resultado de un varón de 3.770 gr., con síndrome de Down y test de Apgar 9-10.

El puerperio transcurrió sin incidencias significativas.

TERCERO.- Como se hace evidente de lo expuesto hasta el momento, el desarrollo del procedimiento administrativo correspondiente a la reclamación que se analiza, ha resultado muy irregular. A saber:

Se presentó el primer escrito de solicitud de la reclamante, el día 22 de febrero de 2013, en el que la misma exponía la situación generada al habersele comunicado tres días antes el resultado de la biopsia corial que se le practicó el 5 de noviembre de 2012, que denotaba que el feto que gestaba presenta anomalías congénitas (síndrome de Down) y solicitaba que se le ofreciera alguna solución para no continuar con el embarazo, puesto que su situación económica no le permitía hacerse cargo de un niño con el problema indicado.

La Dirección Gerencia del HUSC contestó a la reclamante mediante escrito de 22 de marzo de 2013. En ese escrito, tras reconocer que no les constaba que se hubiera cursado ninguna comunicación de los resultados del estudio genético realizado a la gestante en el mes de

noviembre de 2012, hasta el 19 de febrero de 2013, se indicaba a la afectada que se había procedido a remitir su reclamación al Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud, “*para su conocimiento y efectos oportunos*”.

El 25 de marzo de 2013, la jefa de Área de Normativa y Régimen Jurídico del SERMAS, comunicó al HUSC que se había procedió a trasladar el escrito de solicitud de la interesada a la Dirección General de Atención al Paciente, Subdirección de Información y Atención al Paciente, al entender que no se desprendía del mismo, solicitud concreta de indemnización y que no se consideraba susceptible de ser tramitada por el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Estas actuaciones, que *de facto* determinaron la paralización de la tramitación de la reclamación patrimonial, no fueron notificadas a la reclamante. Consta en el expediente, al folio 20, oficio de la Dirección Gerencia del HUSC, de fecha 12 de febrero de 2019, que así lo confirma, señalando expresamente que “*...el Hospital Universitario Santa Cristina nunca notifica a los pacientes la situación en la que se encuentra sus expedientes, una vez tramitados*”.

Con fecha 17 de enero de 2019 tuvo entrada en el Servicio Madrileño de Salud escrito presentado por una abogada obrando en nombre y representación de la reclamante, en el cual solicitaba información sobre la tramitación seguida con motivo de la presentación por la interesada de su primera reclamación, fechada el 22 de febrero de 2013.

En respuesta a su escrito, el 6 de marzo de 2019, se notificó a la reclamante, a través de su abogada, resolución de la jefa del Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS, en la que se informaba que, habiendo recibido la indicada reclamación en ese área en fecha 22 de marzo del 2013 por remisión del Hospital Santa Cristina, se dio traslado de la misma a la Dirección

General de Atención al Paciente (Subdirección de la Información y Atención al Paciente de la Consejería de Sanidad), al valorar que analizado su contenido, no era susceptible de ser tramitada por el procedimiento de responsabilidad patrimonial y entender que no se desprendía de la misma ninguna petición de reparación indemnizatoria. También se le indicaba que de dicha remisión se dio oportuno conocimiento al Hospital Santa Cristina.

No obstante, en esa misma resolución se estableció que, dado que no consta que tal información le fuera comunicada a la afectada en su momento, *“quedando en la creencia de que se estaba tramitando un procedimiento de responsabilidad patrimonial”*; se había *“procedido a iniciar dicho procedimiento, en aras de velar por sus derechos”*. A continuación se le indicaba que el procedimiento se regiría por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –en adelante LPAC- (artículos 67, 81 y 91, entre otros) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público -en adelante LRJSP- (Título Preliminar y Capítulo IV).

A partir de este momento se incorporó al procedimiento la historia clínica de la gestante del HUSC y del HGUGM y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la LPAC, se recabó el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de los centros hospitalarios implicados

De ese modo, consta en el expediente el informe del jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del HGUGM, de fecha 1 de marzo de 2019 - folios 80 y 81- y el del mismo servicio del HUSC -folios 82 y 83-, de 27 de febrero de 2019.

También, se ha incorporado una carta-informe de la Dirección médica del HUSC, de 27 de marzo de 2019, en referencia a cierta información solicitada sobre la mecánica de la tramitación de la autorización de la interrupción voluntaria del embarazo.

El 30 de septiembre de 2019, la representación de la reclamante presentó un informe pericial suscrito por dos médicos especialistas en Medicina del Trabajo, Psiquiatría Legal y Forense y Valoración del Daño Corporal, para su unión al procedimiento como prueba pericial de parte. Dicho informe valoraba el daño causado a la reclamante como consecuencia de impedirle que pudiera interrumpir su embarazo, calificándose como un *“daño moral grave por pérdida de calidad de vida”* y añadía la circunstancia de los mayores gastos que implica el cuidado de ese menor, valorándose todo ello en la cantidad de 75.000 euros, por aplicación analógica de la Ley 35/2015.

Consta igualmente incorporada al procedimiento, comunicación de la aseguradora del SERMAS, de fecha 19 de febrero de 2019, dirigida a la responsable del Área de Responsabilidad Patrimonial, en la que se indica que *“al no encontrarse en el periodo de garantía de la póliza de SHAM, les informamos de que nos encontraríamos ante un supuesto de falta de cobertura temporal. Rogamos se informe a la compañía aseguradora del mismo de esa nueva declaración”*.

Mediante escrito de 12 de junio de 2020 -folios 167 y 168-, la aseguradora del SERMAS durante la fecha en que sucedieron los hechos principales, también adujo su falta de cobertura del siniestro por razones temporales, al habersele comunicado más tarde de los seis meses siguientes a la expiración del correspondiente contrato, señalando: *“Dado que los hechos objeto de la reclamación tienen lugar el 5-11-2012, el escrito de reclamación se presenta en fecha 22-02-2013 y la comunicación a Zúrich es del 5-12-2019, carecería de cobertura al ser la comunicación con posterioridad al 2-5-2017 (6 meses tras la cancelación de la póliza en fecha 2-11-2016)”*.

Por su parte, mediante nota interna de 8 de octubre de 2020, suscrita por la jefa de Área de Informes Técnico-Sanitarios, la Inspección Médico Sanitaria, remite un escueto pero terminante oficio de

devolución, indicando que, a la luz de lo informado por los servicios presuntamente causantes del daño de los dos hospitales implicados, no se considera necesaria la realización de ningún otro análisis por parte de la Inspección, al establecerse con toda claridad el “fallo” cometido. De ese modo señala: *“En contestación a la petición de emisión de informe por esta Inspección Sanitaria, como ya fue indicado en notificación SIPARP de 13 de marzo de 2019, consideramos que no es necesaria la realización del informe de inspección, por lo siguiente: En los informes preceptivos de los servicios objeto de reclamación del H. Santa Cristina y Gregorio Marañón se admite un fallo, sin determinar la causa, y no se informó a la embarazada del resultado S. de Down de la biopsia corial que se le había realizado. Cuando se valoró el resultado y se le comunicó, estaba en la semana 29, había pasado de la semana 14 para IVE y tuvieron que solicitar autorización al Comité para interrupción del embarazo por causas médicas, que desestimó la petición. Nació un niño con S. de Down”.*

Consta unido en los folios 169 a 172 del expediente, dictamen médico pericial de valoración del daño corporal, de fecha 12 de agosto de 2020, efectuado a solicitud del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, en aplicación de la LPAC. En el mismo, se repasa la secuencia de los hechos principales, se efectúan ciertas consideraciones médico-legales y, a modo de conclusión, se indica: *“A nuestro criterio, el único daño resarcible en todo caso sería el perjuicio moral que sufre la madre por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo (perte de chance), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral, y que no corresponde a este perito delimitar”.*

Una vez instruido el procedimiento, se confirió trámite de audiencia a la reclamante, constando el correspondiente acuse de recibo de la notificación telemática a su abogada, el día 18 de noviembre de 2020.

La representación legal de la reclamante presentó escrito de alegaciones finales el día 19 de noviembre de 2019, reiterándose en su reclamación y repasando, a la vista del contenido del expediente, la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria madrileña. Incide en la evidencia de un daño real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, consistente en el daño moral grave causado a su mandante al impedirle decidir sobre la continuidad del embarazo, a la luz de las implicaciones vinculadas a las características genéticas del hijo que gestaba y añade que las mismas determinan un aumento muy considerable de los cuidados y atenciones que precisa el nacido, así como de los gastos precisos para satisfacerlos, que se enumeran en ese escrito. En cuanto al nexo causal con el funcionamiento del servicio público sanitario, se considera reconocido en los informes de los servicios implicados, incorporados al expediente. Además, se opone a la exclusión de cobertura efectuada por las compañías aseguradoras del SERMAS, Sham y Zúrich y, por ello, afirma que: *“...debe declararse la responsabilidad solidaria de ambas, teniéndose por ampliada la reclamación formulada frente a las dos Cías. Aseguradoras”*. Además, señala que las mismas deberán satisfacer los intereses del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Finalmente, el 13 de enero de 2021 se formula propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria, en la que se estima íntegramente la reclamación y se propone indemnizar a la reclamante con la cantidad solicitada de 75.000 euros, coincidente con la reclamación, argumentando que, a la vista del contenido del expediente, cabe entender acreditado que con independencia de cuál fuera la causa concreta, lo cierto es que se produjo un fallo de coordinación entre ambos hospitales que determinó que la paciente no fuera informada de los resultados de la prueba en un tiempo adecuado, produciéndose una demora en la información que motivó que

precluyeran los plazos legales para poder optar a la interrupción del embarazo por causas médicas; daño que la paciente no tiene la obligación jurídica de soportar y que es imputable a la Administración Sanitaria y en concreto a ambos centros sanitarios, como corresponsables.

De ese modo, se afirma que se privó a la madre de la posibilidad de optar por la interrupción del embarazo, de conformidad con la Ley Orgánica 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, lo que constituye un daño moral, que sería en este caso el único susceptible de ser indemnizado, y que está directamente conectado con el derecho a la información reconocido en el art. 14.5 de la Ley General de Sanidad y en la Ley 41/2002.

CUARTO.- El 22 de enero de 2021 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 43/21 a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 2 de marzo de 2021.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000€, y a solicitud del consejero de Sanidad,

órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- Según todo lo expuesto, el procedimiento que nos ocupa fue iniciado el 22 de febrero de 2013, momento en el que la afectada formuló su solicitud inicial, cuestionando la asistencia sanitaria dispensada en el HUSC y en el HGUGM y, en particular, la falta de la comunicación de los resultados de una biopsia corial que se le practicó el 5 de noviembre de 2012.

A la vista de tal circunstancia temporal, debemos considerar aplicable al mismo la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJ-PAC, en vigor en ese momento. Sin embargo, no es ese el criterio que se ha mantenido por el Área de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, ya que tanto en las sucesivas diligencias de instrucción como en la propuesta de resolución, se mantiene la aplicación de la LPAC, por ser la norma vigente en la momento en que se reactivó el procedimiento -el 17 de enero de 2019-, desconociendo la evidencia de que desde mucho tiempo antes la reclamante había cuestionado formalmente la asistencia recibida e instado una solución a la concreta situación creada, ante su insuficiencia económica para tender los mayores gastos que la crianza de un hijo con esa alteración genética comportaba.

Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, en cuanto afectada por la asistencia sanitaria, pretendidamente deficiente, dispensada por el Servicio Madrileño de Salud. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la Sentencia de 28 de marzo de 2012) reconoce la legitimación de los

progenitores para reclamar por el daño moral consistente en privarlos de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, así como por el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado por una grave patología (en el caso de la citada sentencia, como en el que venimos analizando, se trataba de un síndrome de Down).

Actúa la reclamante mediante abogada, aunque no se ha acreditado en el procedimiento el correspondiente apoderamiento, constando exclusivamente un documento de autorización para la utilización de los datos personales de la reclamante, en lo que fuera preciso para formular la presente reclamación.

Tal y como viene señalando esta Comisión en multitud de dictámenes, documentos privados como el aportado no constituyen medios adecuado a tales fines en derecho, debiendo haberse exigido por la instructora del procedimiento la acreditación de la representación mediante un poder notarial o una representación *apud acta* otorgada personalmente ante funcionario competente. Así las cosas, el artículo 32.3 de la LRJ-PAC, establecen que *“Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”*.

Hecha la anterior puntualización y como quiera que la Administración ha entrado a conocer el fondo del asunto por entender correctamente acreditada la supuesta representación, esta Comisión, a pesar de considerar que existe dicho defecto, examinará la concurrencia de los requisitos para estimar o no, en su caso, la presencia de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de recordar -una vez más- a la

Administración la necesidad de que la representación legal se acredite en forma adecuada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que la asistencia sanitaria fue dispensada en los hospitales Gregorio Marañón y Santa Cristina, integrados en la red pública asistencial de la Comunidad de Madrid. Debemos en este punto analizar siquiera brevemente la extensión subjetiva de la solicitud de la reclamante en sus alegaciones finales, que indicó que- adicionalmente al SERMAS- dirigía solidariamente su reclamación frente a las aseguradoras del Servicio Madrileño de Salud (*“...debe declararse la responsabilidad solidaria de ambas -las aseguradoras Zúrich y Sham-, teniéndose por ampliada la reclamación formulada por esta parte, frente a las dos Cías. Aseguradoras”- sic.-*).

Tradicionalmente acostumbra a ser frecuente que las Administraciones tengan contratadas pólizas de responsabilidad civil y patrimonial para hacer frente a los posibles riesgos derivados de la prestación de un determinado servicio público, así ocurre efectivamente con el SERMAS y, por tanto, en casos como el presente no hay duda de que la entidad aseguradora correspondiente ostenta la consideración de parte interesada en el procedimiento (art. 31 de la LRJ-PAC). No obstante y, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que por su propia naturaleza, el procedimiento de responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas no se puede dirigir frente a personas jurídicas diferentes a las referidas Administraciones Públicas responsables de los servicios públicos a cuyo funcionamiento se imputa el daño, por lo que con independencia de las relaciones contractuales que pudieran existir entre dichas administraciones y las referidas compañías aseguradoras, debe negarse la legitimación pasiva de estas últimas en este procedimiento. Lógicamente y por ese mismo motivo, tampoco tiene cabida en el mismo

la reclamación de los intereses del artículo 20 LCS, que introduce en sus alegaciones finales la reclamante.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP y PAC). En el presente caso, el *dies a quo* vendría determinado por el momento en que se produjo el conocimiento efectivo de la afección genética que presentaba el bebé que esperaba, por la gestante y, por tanto, el día 19 de febrero de 2013. Así las cosas, no cabe duda de la presentación en plazo de la reclamación formulada tan sólo tres días después, el día 22 de febrero de 2013.

En referencia al desarrollo del procedimiento, debe hacerse notar la absoluta irregularidad de que adolece su tramitación, que ha determinado que 9 años después de ser iniciado, no haya sido aún resuelto.

Efectivamente, como quedó reflejado entre los antecedentes facticos, poco después de su inicio a instancia de parte resultó paralizado, a partir del 25 de marzo de 2013, cuando la jefa de Área de normativa y Régimen Jurídico del SERMAS, comunicó al HUSC que se había procedió a trasladar el escrito de solicitud de la interesada a la Dirección General de Atención al Paciente. Esa decisión no fue comunicada a la reclamante que, por tanto, no pudo intentar revertirla oponiéndose a la misma y, -debemos entender- confiaba en que el indicado procedimiento seguía tramitándose. En virtud de la posterior solicitud de la reclamante, de fecha 17 de enero de 2019, se reactivó la tramitación del procedimiento y, verdaderamente desde entonces, podemos decir que se ha desarrollado completamente, cumplimentando los trámites requeridos por la normativa rectora del mismo que, como se indicó es la LRJ-PAC, aunque en lo esencial no difieran de los previstos en la vigente LPAC, cuya

aplicación se invoca erróneamente en las correspondientes diligencias de instrucción.

De ese modo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 142.3 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe preceptivo de los servicios médicos afectados: los informes de los Servicios de Obstetricia y Ginecología de los dos hospitales afectados, como servicios hipotéticamente causantes del daño.

El informe del jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del HGUGM -folios 80 y 81-, de 1 de marzo de 2019 repasa los datos del seguimiento del embarazo de la paciente y en particular referencia a su intervención con referencia a la prueba genética, indica que, siendo remitida desde el HUSC, se practicó la prueba requerida tomando una muestra adecuada para la biopsia corial en el HGUGM el día 5 de noviembre de 2012 y que por parte del laboratorio de genética del mismo hospital, con fecha 13 de diciembre de 2012, se informó de Cariotipo 47 XY+21 (varón con Síndrome de Down).

Y en cuanto a la falta de comunicación de los resultados, refiere este informe que, aunque en un documento que aporta la paciente -el informe ecográfico del HUSC en el que se recomendaba el estudio genético- figuran dos anotaciones manuscritas en su reverso, alusivas a la comunicación de los resultados al ginecólogo que llevaba el seguimiento del embarazo de la reclamante, *“...hemos de hacer la salvedad que en aquel periodo existía una persona perteneciente al HUSC, que recogía periódicamente los resultados del laboratorio de Genética y los transportaba a su centro de origen dado que este laboratorio tenía la consideración de externo.*

Los controles posteriores fueron realizados en el HUSC siendo remitida de nuevo por la sospecha de placenta de inserción baja en el mes de febrero de 2013”.

Por su parte, el informe del HUSAC, de 27 de febrero de 2019, suscrito por el jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia, que además era el mismo doctor que asumió el seguimiento de la gestante y al que aluden las notas manuscritas, señalaba:

“El día 20 de marzo de 2013 contesté al Servicio de Atención al Paciente la reclamación que puso la paciente sobre la asistencia realizada en la que relataba lo sucedido y el que me ratifico en su totalidad.

El día 29/10/2012 realicé una ecografía de semana 12 en la que se apreciaban signos de posible de posible afectación embrionaria y se recomendaba la realización de un estudio genético para descartar una aneuploidía.

Se remitió a la Unidad de Medicina Fetal del Hospital Gregorio Marañón para la realización de una biopsia corial, al ser la técnica más apropiada a ésta edad gestacional y no disponer de ella en nuestro centro. La biopsia corial fue realizada en el Hospital Gregorio Marañón el día 5/11/2012.

No fui informado en ningún momento del resultado de la biopsia corial. Lo lógico y habitual es que el Servicio de Genética informe a la paciente y al médico prescriptor de la biopsia (Dr..., ginecólogo del Hospital Gregorio Marañón, según consta en el resultado de la misma). Es falso que me lo comunicaran el día 8/11/12 (fecha corregida sobre año 2013) como figura en nota manuscrita de procedencia desconocida, de la cual disponemos de fotocopia, sobre todo teniendo en cuenta que el informe del Servicio de Genética con el resultado está fechado el día 13/12/2012. También es falsa la anotación manuscrita en la que se indica "vienen de Sta Cristina y se llevaron el resultado" con fecha 14/12/12. Es imposible que me comunicaran el resultado de la biopsia corial, ya que en esas fechas me encontraba de baja laboral por una intervención quirúrgica.

Estos hechos fueron comunicados por mí a la Dirección Gerencia en su momento, tanto verbalmente como por escrito y motivaron el hecho de que no volviéramos a remitir estudios genéticos de pacientes embarazadas al Servicio de Genética del Hospital Gregorio Marañón”.

También, se incorporó al procedimiento una carta-informe de la Dirección médica del HUSC, de 27 de marzo de 2019, en referencia a la mecánica de la tramitación de la autorización de la interrupción voluntaria del embarazo. En ella se indica: *“Desde esta Dirección Médica, le informo que la pauta de actuación de los facultativos en los que se vea indicado un proceso por el cual se indique del procedimiento de una interrupción de embarazo, lo que se realiza es un informe completo de la situación de la paciente.*

Dicho informe irá firmado por dos especialistas de Ginecología y Obstetricia y se lo entregaran a la paciente para que con el mismo acuda a la Dirección General del SERMAS, que está situado en la calle Sagasta n° 6 de Madrid, y dirigirse al departamento encargado del mismo.

No obstante le indico que no existe en el Hospital ningún Comité al respecto”.

Resulta igualmente reseñable que, en este procedimiento, la Inspección Médica no emitió informe, pese a la correspondiente solicitud de la instructora del procedimiento, por considerar que no había materia médica que analizar al constar efectivamente reconocida la existencia del error/disfunción objeto de reproche.

Ha emitido también informe la perito designada por el Servicio Madrileño de Salud, aunque tal como se indicó al repasar el desarrollo procedimental, no se ha pronunciado efectivamente sobre el objeto de la pericia encomendado, por la naturaleza de los daños morales indemnizables. Sobre el particular, hemos de indicar que pese a tal

caracterización hubiera resultado oportuno que sí los hubiera valorado, en su condición de experta en la materia, proponiendo una cuantificación concreta del daño moral analizado, siquiera por comparación con otros precedentes administrativos o jurisprudenciales, ya que en todo caso habrá de efectuarse esa valoración, en caso de estimarse la reclamación.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia al reclamante, que formuló alegaciones en el sentido ya expuesto y, por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución estimatoria de la reclamación en una cuantía de 75.000 euros, que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior cabe concluir que con independencia de la dilatadísima paralización temporal en la tramitación del procedimiento -de la que, además, nada se comunicó a la reclamante-, su posterior instrucción, eminentemente desarrollada desde el 17 de enero de 2019, 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 Española 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 en los artículos 139 a 146 de la LRJ-PAC, de aplicación al presente procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

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, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”*.

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, procede analizar la acreditación de los daños alegados por la reclamante y su conexión con la actuación de la Administración. En este sentido, el artículo 139.2 de la LRJ-PAC establece: *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, citada en nuestros dictámenes 330/16, de 21 de julio y 545/16, de 1 de diciembre, que no puede plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado,

lo que exige “(...) *la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012 -recurso 280/2009-, y 30 de diciembre de 2013 –recurso 300/2008-).

De igual modo, constituye la regla general que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación.

QUINTA.- La Sala Tercera del 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 Sentencias 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 (en nuestro caso, la madre) de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, así como también por el mayor coste o el incremento de gastos que supone la crianza de un hijo afectado por síndrome de Down, debiéndoseles haber dado la posibilidad de someterse a pruebas de diagnóstico de esta alteración genética y, obviamente, si se hubieran practicado -como ocurre en este caso-, proporcionarles los resultados en tiempo, para no hacerles perder su operatividad.

Recuerda aquella Sala, en la más reciente de las citadas sentencias, que ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir inexcusablemente unidos en estos casos si se pretende cumplir el principio de reparación integral del daño de modo que «*además del daño moral procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el*

notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”. Y que “los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida”».

Ahora bien, no se trata de que la falta de información a la madre sobre los posibles riesgos, o la falta de indicación de las pruebas pertinentes, deban dar lugar de forma automática a la indemnización.

Por el contrario, y conforme a la doctrina resumida en la anterior consideración jurídica, para ello sería necesario acreditar, por un lado, que la asistencia sanitaria durante el embarazo, en cuanto a la cuestión discutida, se hubiera desviado de las pautas de la buena práctica médica y, además, la existencia del daño económico.

En el supuesto que ahora nos ocupa, no cabe duda de que efectivamente se ha producido una actuación que manifiestamente se aleja de la buena práctica médica/asistencial, ya que los informes de los servicios implicados evidencian una total descoordinación entre las

actuaciones que fueron desarrolladas en el HUSC y en el HGUGM, hasta el punto de que hicieron perder su sentido y toda operatividad al cribado prenatal efectuado a la reclamante, a través de una prueba invasiva y de mayor riesgo, cual es la biopsia corial, que se le practicó tempranamente, el día 5 de noviembre de 2012 y cuyos resultados -pese a estar disponibles desde el día 13 de diciembre de 2012- no fueron comunicados a la gestante hasta el día 19 de febrero de 2013, haciendo ya imposible la interrupción voluntaria del embarazo, pese a confirmar el síndrome de Down del feto.

Sobre el particular, la Inspección sanitaria, aun sin emitir informe, en la breve nota con la que devuelve el expediente, afirma que en los informes preceptivos de los servicios del H. Santa Cristina y Gregorio Marañón se admite un fallo, sin determinar la causa, ya que no se informó a la embarazada del resultado de síndrome de Down de la biopsia corial que se le había realizado. De ese modo, cuando se le comunicó, estaba en la semana 29, había pasado de la semana 14, límite para la interrupción voluntaria del su embarazo y, por ello, debió solicitar autorización al Comité, para interrupción del embarazo por causas médicas, que desestimó la petición, por lo que finalmente nació un niño con síndrome de Down.

Resulta acreditado de ese modo que, en este caso se ha producido una actuación contraria a la buena práctica médica/asistencial, y que ello ha sido la causa de una serie de daños a la reclamante. Resulta por ello procedente el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria Madrileña.

SEXTA.- Resta por determinar la indemnización que corresponda a la reclamante en función de la infracción de la *lex artis* que hemos considerado acreditada, motivada por la tardanza en la comunicación de los resultados de la biopsia corial que le fue practicada, hasta el punto de hacer perder la virtualidad del referido estudio genético que, además,

confirmó el síndrome de Down que padece el hijo de la reclamante, nacido el 19 de abril de 2013.

Siguiendo en este punto el criterio mantenido por esta Comisión en el anterior Dictamen 319/18, de 12 de julio, no podrá admitirse como daño indemnizable el nacimiento -propriadamente dicho- de un niño con síndrome de Down. Sobre este asunto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 mayo de 2015 (recurso 4397/2010), en la que con cita de jurisprudencia anterior indica que *“el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, (...) pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth ya que (...) no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”*.

En casos como el que nos ocupa, motivados por el nacimiento de niños aquejados de deficiencias congénitas que podrían haber sido detectadas adecuada y puntualmente durante la gestión, si se hubieran realizado las actuaciones imprescindibles conforme a la *lex artis*; según ya se indicó, la jurisprudencia [así Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012(recurso 6454/2010)] distingue dos tipos de daños: unos de carácter estrictamente moral, ligados a la privación del poder de decisión sobre la posibilidad de interrupción del embarazo, y otros, de carácter económico o material asociados al coste de los cuidados especiales requeridos para atender a una persona afectada de dicha patología.

En relación con este tipo de daño moral la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010 (recurso 4978/2007) resume la doctrina sobre esta cuestión señalando lo siguiente: *«...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. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal*

Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abril F. 8, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]”. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...].”»

Esta Comisión Jurídica Asesora en línea con la jurisprudencia que acabamos de citar, considera que, como ya hiciera el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (así el Dictamen 318/13, de 30 de julio y en el más reciente 319/18, de 12 de julio), en casos como el presente, debe indemnizarse a la reclamante por el daño moral anteriormente apuntado.

En cuanto a su cuantificación, ya hemos destacado en anteriores dictámenes la dificultad de valoración en estos supuestos, dado que se carece de parámetros o módulos objetivos. Concorre en la materia de la indemnización de estos daños morales una gran diversidad, en relación con las concretas circunstancias de cada caso. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010 reconoció por el daño moral la cantidad de 75.000 euros para cada uno de los progenitores, criterio que fue seguido también en el ya citado Dictamen 318/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y en la Sentencia de 28 de marzo de 2012 el Tribunal Supremo llegó a fijar una cantidad indemnizatoria total de 280.000 €, de los que 80.000 euros fueron para los padres, tomando en consideración que además de la privación para los progenitores de la posibilidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo legal, si hubieran dispuesto de toda la información necesaria sobre las patologías del “*nasciturus*”, también se valoraba el padecimiento que supone la

contemplación diaria del hijo discapacitado y la angustia por el futuro del mismo.

Por lo que se refiere al daño material asociado al nacimiento de un hijo en circunstancias como las que nos ocupan, según ya se indicó, viene siendo indemnizado por la jurisprudencia en la consideración de que, pese a que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales, cuando la situación se separa de lo normal, implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, los tribunales entienden que puede haber daño y proceder a la indemnización. En el caso que analizamos la reclamante también invoca esos mayores gastos que origina la crianza del menor, cuyo nacimiento se produjo en las circunstancias que describe el procedimiento, de modo que reclama una cantidad total de 75.000€, argumentando que con ello se resarciría tanto el daño moral resultante de haber privado a la reclamante de su derecho a decidir la posibilidad de interrumpir su embarazo, como la compensación por los mayores gastos que le ocasiona el cuidado de este menor.

Sobre los daños materiales, el informe pericial incorporado recoge una serie de apreciaciones generales referidas a la situación médica de las personas afectadas por un síndrome de Down y a los diferentes tratamientos médicos y rehabilitadores que requiere el cuidado de un menor con esa patología, aludiendo a la necesidad de atención temprana y estimulación cognitiva, así como a terapias de logopedia, neurorrehabilitación o fisioterapia. También incorpora el testimonio de la propia reclamante que, en concreta referencia al cuidado de su hijo, indica que la crianza de ese menor le supone unos costes especiales y afecta a toda la familia, además de impedirle a ella el desempeño de una jornada laboral completa (*“...es un niño que necesita apoyo constante, necesita que estemos pendientes de él de forma permanente, requiere mucho tiempo, muchísima dedicación y esfuerzo, así como una infinita paciencia...*

Desde que nació ha necesitado tratamiento semanal de fisioterapia porque está muy retrasado en su desarrollo. Continúa en rehabilitación. Y continúa, además, haciendo revisiones médicas frecuentes porque tiene problemas frecuentes de salud.

A día de hoy, con 6 años ya, todavía hace pis por las noches en pañal porque no retiene el pis, y necesita ayuda prácticamente para todo porque no es aún lo suficientemente autónomo a la hora de vestirse, comer o ducharse solo.

También requiere gastos frecuentes (tratamientos de logopedia, tratamientos de estimulación para impulsar su desarrollo somático y mental, y para mejorar su nivel de autonomía, ...).

Y eso se une al hecho de que no puedo trabajar muchas horas porque requiere de mi tiempo para acudir a sus tratamientos. Lo que significa que tengo menos ingresos para solventar todos esos gastos”. (-sic.-)

A la vista de todas estas circunstancias y sin dejar de advertir que en este caso no se acompañan facturas o cualesquiera otras evidencias documentales que -en concreta referencia a los daños materiales- ayudaran a la cuantificación de esta responsabilidad con mayor facilidad; a partir de la simple apreciación de la realidad de las cosas, se considera insuficiente la cuantía reclamada para atender conjuntamente el resarcimiento del daño moral causado a la reclamante y los daños materiales originados por el mayor coste de los cuidados especiales que requiere la atención de su hijo, lo que plantea la cuestión de si debe o no aplicarse a supuestos como el presente el principio de congruencia.

La obligación de la Administración de actuar conforme al principio de congruencia ha sido matizada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al declarar reiteradamente que dicho principio “no tiene en el ámbito administrativo un alcance tan estricto como en el jurisdiccional

porque la Administración debe decidir todas las cuestiones que se deriven del expediente en función del interés público implicado, con el único límite de no agravar la situación inicial del solicitante (...), (por todas, Sentencia de 22 de marzo de 2004).

También el Consejo de Estado, en su dictamen de 18 de mayo de 1989, del expediente nº 51129 señaló que: *“El criterio legal y práctico de atenderse a la petición de la interesada en orden a la cuantía de su reclamación, no puede aplicarse a rajatabla y sin distinciones”* para, en definitiva, declarar la responsabilidad del Estado y reconocer a la reclamante una cantidad muy superior a la planteada en su reclamación. Siguen este mismo criterio otros órganos consultivos autonómicos, así el Consejo Consultivo de Castilla y León, entre otros en Dictamen 867/2013, de 16 de enero de 2014.

En consecuencia, en cada caso habrá que atender a la documentación obrante en el expediente y, dado que la situación lo requiere en el que ahora nos ocupa, habrá de superarse el límite de la cuantía reclamada.

Se tiene igualmente en cuenta el injustificado retraso de esta administración en la efectiva tramitación y subsiguiente resolución de este procedimiento, aun siendo tan evidente la disfunción medico/asistencial producida y sus consecuencias prácticas.

A la vista de todo ello, entendemos razonable reconocer una cantidad global y actualizada de 100.000 euros, que compensaría el daño moral consistente en la privación a la reclamante del derecho a decidir sobre la continuidad de su embarazo y el sobrecoste de la crianza resultante de las circunstancias de menor.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación y reconocer a la reclamante una indemnización de 100.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 2 de marzo de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 114/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid