

Dictamen nº: **76/21**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **16.02.21**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 16 de febrero de 2021, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ...., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye al retraso en el diagnóstico de malformación cromosómica del feto en el Hospital Universitario de Móstoles.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el 14 de enero de 2019 en el registro del Servicio Madrileño de Salud, la persona citada en el encabezamiento, asistida por letrado, formula una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que comienza indicando que durante su embarazo, interrumpió la gestación en septiembre de 2017, siendo la fecha probable del parto, en junio de 2018.

A continuación refiere que el seguimiento del embarazo se realizó en el Hospital Universitario de Móstoles, y según los resultados de un informe genético realizado en dicho centro hospitalario, a la reclamante y a su marido, el 11 de noviembre de 2011, su pareja, era portador de

cromosomopatía y según dicho informe; “(...) al ser portador de una translocación reciproca equilibrada, tiene riesgo de tener descendencia con cromosomas normales, hijos sanos portadores equilibrados de la translocación igual que él, y embarazos con un desequilibrio cromosómico que darían lugar a defectos congénitos y retraso mental (10-20). (...) En cualquier caso, para descartar cualquier desbalance cromosómico, en siguientes embarazos estaría indicado un diagnóstico prenatal citogenético mediante amniocentesis (semana 15 de gestación) o mediante biopsia de corion (semana 10 de gestación) (...)”, circunstancia que según la reclamante, era conocida por el equipo médico que realizó el seguimiento del embarazo, a la vista de los informes médicos de seguimiento del embarazo de 9 de noviembre, 4 y 19 de diciembre de 2017, que adjunta.

Explica que el diagnóstico de la malformación cromosómica del feto fue tardío, puesto que al ser diagnosticado en la semana gestacional 20+1 del embarazo, la interrupción voluntaria del embarazo no se produjo hasta la semana 21-22 de gestación, pero de haberse realizado las pruebas que recogía el informe genético de 11 de enero de 2011, en la semana 15 (amniocentesis) o en la semana 10 (biopsia de corion) la interrupción del embarazo se habría producido en la semana 10 o 15, en lugar de en la semana 21-22.

Señala que tras la interrupción voluntaria del embarazo estuvo en tratamiento psiquiátrico y psicológico que, según la reclamante, acredita con los informes clínicos que aporta.

Tras citar una sentencia de abril de 2012 que condenó al SERMAS al pago de una indemnización por el diagnóstico tardío de una malformación en el curso de una gestación que obligó a la paciente a interrumpir el embarazo, solicita “una indemnización de 18.000 a 20.000 euros, más los intereses legales que correspondan, por el diagnóstico tardío de una malformación en el curso de una gestación que ha obligado

*a la reclamante a interrumpir el embarazo en la semana 22 en lugar de hacerlo en la semana 10”.*

El escrito de reclamación se acompaña de un informe citogenético de la Unidad de Genética del Hospital Universitario de Móstoles de 3 de noviembre de 2011, un informe genético de 11 de noviembre de 2011, diversos informes de consultas de gestación del Servicio de Obstetricia del Hospital Universitario de Móstoles, informes ecográficos de 4 de diciembre de 2017 y 24 de enero de 2018, informe de amniocentesis de 24 de enero de 2018, un informe ecográfico del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, el informe de alta de hospitalización de 1 de febrero de 2018, informe citogenético de 24 de enero de 2018, el informe de hibridación in situ en fluorescencia de idéntica fecha y un informe de consultas externas de Psicología del Hospital Universitario de Móstoles.

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

La paciente, en su primer embarazo, tras observarse en la ecografía de 12 semanas un onfalocele con tejido hepático y un pliegue nucal aumentado, se hizo una amniocentesis para estudio del cariotipo fetal, observando una trisomía 13 y una translocación recíproca aparentemente balanceada entre un cromosoma 7 y un cromosoma 11.

Se solicitó cariotipo materno y paterno para determinar si la translocación era heredada de unos de los progenitores, y según el informe genético de 11 de noviembre de 2011 realizado en el Hospital Universitario de Móstoles, el cariotipo de la reclamante resultó normal y en el de su pareja se detectó que era portador de translocación recíproca, aparentemente equilibrada entre un cromosoma 7 y un cromosoma 11.

Según el informe, al ser su pareja portador de una translocación reciproca equilibrada, la paciente tenía riesgos de tener descendencia con cromosomas normales, hijos sanos portadores equilibrados de la translocación y embarazos con un desequilibrio cromosómico que darían lugar a defectos congénitos y retraso mental (10-12%). En cualquier caso, según el citado informe para descartar cualquier desbalance cromosómico, en siguientes embarazos “*estaría indicado un diagnóstico prenatal citogenético mediante amniocentesis (semana 15 de gestación) o mediante biopsia de corion (semana 10 de gestación)*”.

El informe también indicaba que se podía optar por una fecundación in vitro con el consiguiente diagnóstico genético preimplantatorio, transfiriendo únicamente los embriones cromosómicamente equilibrados, o bien una fecundación in vitro, con donante sano. Finalmente se recomendaba estudio cromosómico a familiares de riesgo de (...), para detectar portadores, y ofrecerles un adecuado asesoramiento genético.

En la primera gestación de la reclamante hubo interrupción voluntaria del embarazo a las 20 semanas de gestación, por cromosomopatía, y en la segunda gestación, en el año 2013, con embarazo y parto normal, nació una hija sana.

En su tercer embarazo, el 9 de noviembre de 2017 acude a la primera consulta de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario de Móstoles para datación de la edad gestacional. Se encuentra gestante de 9+4 semanas. Se aprecia latido cardiaco fetal. Se realiza ecografía transvaginal en la que se observa un embrión único con MC, CRL 22mm (9 semanas), corion envolvente. Con diagnóstico de gestación en curso, se solicita ecografía a las 12 semanas y analítica del primer trimestre, con screening bioquímico, y aportar estudio genético de su pareja.

El 4 de diciembre de 2017 acude nuevamente a consulta para control gestacional. Se encuentra gestante de 13+1 semanas. La

ecografía del primer trimestre es normal presenta una gestación ecográfica de 12+3 semanas, siendo normales todos los marcadores cromosómicos: hueso nasal, ductus venoso y translucencia nucal de 1,7 mm. Los resultados de la analítica del primer trimestre, también fueron normales.

El 19 de diciembre de 2017, la paciente gestante de 15+2 semanas acude a recoger screening cromosómico del primer trimestre con resultado de riesgo para síndrome de Down: 1/3400 y para síndrome de Edward: 1/700. Se explica a la paciente el significado de riesgo bajo cromosómico, por lo que no se ofertó la realización de una amniocentesis. Se solicita ecografía.

El 22 de enero de 2018 gestante de 20+1 semanas, se realiza ecodoppler obstétrico (biometría fetal, estudio morfológico y estudio doppler) con diagnóstico ecográfico de gestación en curso normal, con biometría fetal acorde a 18 semanas (inferior a la edad gestacional según amenorrea). No se logra visualizar con claridad la silueta por la posición fetal.

El 24 de enero de 2018 en la edad gestacional 20+3 semanas, se realiza una ecografía doppler obstétrica en la que se observa crecimiento intrauterino restringido (CIR) severo precoz, cardiopatía fetal (CIV), alteraciones de dedos de ambas manos, polihidramnios leve, sospecha alta de cromosomopatía fetal, y se le ofrece diagnóstico genético urgente mediante amniocentesis inmediata.

El mismo día 24 se realiza la amniocentesis y se le informa que se va a realizar un diagnóstico rápido en amniocitos sin cultivar para confirmar o descartar balances cromosómicos derivados de la translocación de la que es portador su pareja y el resto de la muestra se pondrá en cultivo para estudio citogenético completo, que la paciente acepta.

La paciente solicita segunda opinión en otro centro sanitario y el 29 de enero de 2018 se realiza ecografía obstétrica en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón en la que consta “*feto polimalformado. Sospecha de cromosomopatía. Manos malposicionadas, displásicas, en garra. No se visualiza cuerpo calloso. Cardiopatía CIV perimembranosa, cardiomegalia, QPC, cráneo en fresa*”.

El 30 de enero de 2018, en la semana 21+3 de gestación se da a la paciente el resultado genético de Trisomía 18 (Síndrome de Edwards), se le informa del diagnóstico, su significado, pronóstico fetal y acepta una interrupción voluntaria del embarazo.

El mismo día queda ingresada en el Hospital Universitario de Móstoles para inducción con Misoprotol. Recibe alta el 1 de enero y se remite feto y placenta para estudio anatomicopatológico.

“*cariotipo masculino portador de una translocación equilibrada entre un cromosoma 7 y 11 de origen paterno, en el que se ha detectado además una trisomía 18 primaria (Síndrome de Edwards) (...)*”.

Tras la interrupción del embarazo, la paciente acudió a consulta de Psiquiatría y Psicología donde fue diagnosticada de tristeza, duelo no complicado y trastorno adaptativo que cursa con síntomas moderados de ansiedad, que relaciona, con el aborto tardío.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente del Hospital Universitario de Móstoles y del Hospital Rey Juan Carlos, pese a no ser objeto de reproche.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.1 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe elaborado por el jefe de servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario de Móstoles para expresar que la biopsia corial o la amniocentesis son pruebas diagnósticas invasivas, que producen un número importante de pérdidas de fetos cromosómicamente normales, motivo por el cual, desde hace más de 30 años, se ha incorporado a los protocolos clínicos de seguimiento de embarazos, la prueba de cribado o screening, basado en la edad materna, datos analíticos y ecográficos que ofrecen un resultado numérico que indica el riesgo estimado que tiene una gestante de tener alguna de las principales cromosomopatías más frecuentes y graves, fundamentalmente la Trisomía 21 (síndrome de Down) y la trisomía 18 (síndrome de Edwards), y esta prueba, realizada a la paciente, está incluido en la cartera de prestaciones del Sistema Público de Salud.

También indica en el informe que, actualmente existe un cribado basado en la detección de alteraciones cromosómicas en el ADN fetal circulante en sangre materna, también no invasivo, que ofrece una sensibilidad cercana al 100% (algo menor para síndrome de Edwards), pero esta prueba no estaba incluida en las prestaciones del Servicio de Salud Madrileño cuando ocurrieron los hechos por los que se reclama, “*ya que este cribado se ha puesto en marcha hace solo unos meses en el Sistema Público*”.

Añade, que la ecografía realizada a la paciente en la semana 12 era absolutamente normal, siendo normales todos los marcadores cromosómicos, hueso nasal, ductus venoso y translucencia nucal de 1,7 mm y el resultado del cribado cromosómico combinado o screening ofrecía un riesgo bajo a la trisomía 21 y a la trisomía 18, pero precisa que se trata de un riesgo estimado, aunque no un

diagnóstico, y por dicho motivo no se le ofertó a la paciente la realización de un estudio invasivo como es la amniocentesis.

Explica que la existencia de una translocación balanceada en el feto, proveniente del padre, no implica ninguna malformación ni alteración del feto y precisa que el motivo por el que la reclamante interrumpió la gestación fue la trisomía 18, y las malformaciones asociadas a dicha patología, pero en ningún momento a la translocación balanceada heredada del padre.

Considera que en este caso, se produjo un “*falso negativo*” en la prueba de cribado o screening del primer trimestre, presente en todas las series nacionales e internacionales e inherente a la misma prueba, pero conociendo de dichas limitaciones y siguiendo los protocolos, se realizó una prueba ecográfica a las 20 semanas de gestación cuyos resultados orientaron la necesidad de realizar una prueba invasiva (amniocentesis) ante el riesgo de cromosomopatía y otras patologías.

Tras precisar que la paciente fue informada siempre de forma exhaustiva sobre la evolución de su embarazo, respecto a la situación clínica psicológica de la paciente manifiesta que “*esta situación viene derivada del proceso doloroso de presentar un feto afecto de una grave cromosomopatía con malformaciones y a la toma de decisión de interrumpir la gestación y no del momento del diagnóstico*”.

Con fecha 4 de diciembre de 2017 emite informe la Inspección Sanitaria que tras analizar la historia clínica de la interesada y los informes emitidos, realiza las oportunas consideraciones médicas para concluir:

“*1. Se aplicaron correctamente los protocolos clínicos que había en el año 2017. El hecho de que el feto pudiera portar una translocación*

*genética heredada del padre, NO era indicativo de cromosomopatía ni malformación; de hecho, la paciente había tenido un hijo sano cuatro años antes.*

*2.- Efectivamente, se produjo un retraso diagnóstico debido al "falso negativo" del test de screening cromosómico del primer trimestre (hecho imponderable), que fue subsanado con el Estudio Ecográfico de la semana 20 de gestación, actuándose con total profesionalidad y celeridad, ofertando a la paciente la interrupción del embarazo esa misma semana 20 de gestación, efectuándose la IVE en la semana 21+4 de gestación, en los plazos legales previstos, y tras proceder u una segunda opinión solicitada por la paciente.*

*3.- El Cuadro clínico psicológico, post IVE, es una reacción de duelo, tras la finalización de un complicado proceso de pérdida del feto con grave cromosomopatía y malformaciones y tener que tomar la decisión de interrumpir el embarazo, con independencia de que se le hubiera diagnosticado alguna semana antes".*

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evauciado el oportuno trámite de audiencia. La interesada presenta un escrito de alegaciones el 16 de octubre de 2020 en el que considera que el seguimiento del embarazo fue erróneo y negligente puesto que en lugar de haber practicado el protocolo general debió seguirse el protocolo excepcional contenido en el informe de noviembre de 2011 y debió practicarse las pruebas invasivas, a las pocas semanas del embarazo.

Finalmente, el 27 de noviembre de 2020 se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria, desestimatoria de la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria prestada a la paciente fue conforme a la *lex artis*.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 18 de diciembre de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 600/20, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 16 de febrero de 2021.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de toda la documentación que se considera suficiente.

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 euros, por 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.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP, al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria objeto de reproche.

Se cumple, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en el Hospital Universitario de Móstoles, centro sanitario público de su red asistencial.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso el daño por el que se reclama es el retraso en la interrupción voluntaria del embarazo, que tuvo lugar el 31 de enero de 2018, y por las secuelas que padece tras la interrupción tardía, por lo que la reclamación presentada el 14 de enero de 2019 se considera formulada dentro del plazo legal, con independencia de la fecha de estabilización de las secuelas.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural y, así, se ha unido al procedimiento la historia clínica y se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, esto es, al Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario de Móstoles. También consta el informe de la Inspección Sanitaria.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a la reclamante, que ha efectuado alegaciones y se ha dictado propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que la asistencia prestada a la paciente fue ajustada a la *lex artis*.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículo 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJPAC:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

**CUARTA.-** En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010 ) que “*no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo*

*razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”, por lo que “si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido” ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.*

Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

**QUINTA.-** En la reclamación que nos ocupa la interesada reprocha a la Administración Sanitaria retraso en el diagnóstico de la malformación cromosómica del feto, lo que le ha privado de la posibilidad de una interrupción voluntaria del embarazo más temprana, en la semana 10-15 de gestación, en lugar de en la semana 22 de gestación.

Así pues, deviene necesario precisar que, en este caso, no se está relacionando el daño con la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, sino con el daño moral causado por el retraso tardío de la interrupción del embarazo y las secuelas psicológicas de dicho retraso.

En relación con los perjuicios psicológicos que el retraso en la interrupción del embarazo le produjo, únicamente resulta acreditado

que acudió a Urgencias y a consulta de Psiquiatría del Hospital Universitario Rey Juan Carlos en febrero de 2018, por incapacidad para dormir y tristeza profunda y fue diagnosticada de “*tristeza tras aborto*” y “*duelo no complicado*”, respectivamente.

Centrada así la existencia del daño procede analizar si concurren los demás requisitos para declarar la responsabilidad de la Administración sanitaria.

En este punto hemos de recordar que si bien la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial, recae sobre quienes la reclaman, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, dicha carga probatoria se puede modular en virtud del principio de facilidad probatoria, y así, la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante y requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007 (recurso 3071/03), de 2 de noviembre de 2007 (recurso 9309/03) de 7 de julio de 2008 (recurso 3800/04), y de 27 de junio de 2008 (recurso 3768/04)].

Sin embargo, la reclamante, a quien le incumbe la carga de probar la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, no desarrolla actividad probatoria alguna al respecto.

En consecuencia, ha de examinarse el reproche de la reclamante sobre la base del material probatorio contenido en el expediente administrativo y por tanto, habrá que estar a la historia clínica e informes obrantes en el expediente.

Pues bien, según la documentación obrante en el expediente examinado, la reclamante acudió a la primera visita para datación de la edad gestacional, gestante de 9+4 semanas, y en esta consulta se apreció latido fetal y se realizó ecografía transvaginal en la que se observó la presencia de un embrión único, con CRL de 22 mm (9 semanas) y corion envolvente, y se solicita, una ecografía a las 12 semanas, y una analítica, con screening bioquímico. A la primera visita gestacional acude el 4 de diciembre gestante de 13+1 semanas y los resultados de la ecografía y los marcadores cromosómicos son de normalidad y en la consulta del 19 de diciembre de 2017, gestante de 15+2 semanas, el resultado del screening cromosómico del primer trimestre presenta un riesgo cromosómico bajo a la trisomía 21 y a la trisomía 18, siendo este el motivo por el que según los informes obrantes en el expediente no se ofertó a la reclamante, en ese momento, la realización de una amniocentesis.

Los informes médicos coinciden en indicar que se siguió el protocolo clínico en el seguimiento del embarazo y conocedores de que el screening cromosómico del primer trimestre tiene ciertas limitaciones y puede dar algún falso negativo, como ocurrió en este caso, se realizó una ecografía en la semana 20 de gestación que fue donde se detectó una cardiopatía congénita severa y un retraso de crecimiento fetal que orientó a una alta sospecha de cromosomopatía, ofreciendo a la paciente, en ese momento, la realización de una prueba de amniocentesis, prueba diagnóstica invasiva, que no se realiza de forma sistemática para el diagnóstico de patología cromosómica fetal.

Sin embargo, en la historia clínica queda reflejado, en los antecedentes de la reclamante, que su pareja era portador de translocación (7,11) y además el 11 de noviembre de 2011, en el mismo centro hospitalario que hizo el seguimiento del embarazo, se hizo un estudio genético a la reclamante y a su marido y en él figura que su pareja era portador de una translocación reciproca equilibrada y tenía

riesgo de tener descendencia con cromosomas normales, hijos sanos portadores equilibrados de la translocación igual que él, y embarazos con un desequilibrio cromosómico que darían lugar a defectos congénitos y retraso mental (10-12%) y “*en cualquier caso, para descartar cualquier desbalance cromosómico, en siguientes embarazos, estaría indicado un diagnóstico prenatal citogenético mediante amniocentesis (semana 15 de gestación) o mediante biopsia de corion (semana 10 de gestación)*”.

Ninguno de los informes obrantes en el expediente analiza la relevancia de dichos antecedentes en el seguimiento del embarazo, por lo que surge la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido otro parámetro de actuación, y según indicaba el informe, se hubiera realizado un diagnóstico prenatal citogenético mediante amniocentesis, en la semana 15 de gestación o una prueba de corion en la semana 10 de gestación, que hubiera permitido una interrupción más pronta del embarazo, apreciándose, en este aspecto, a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora, una pérdida de oportunidad, perdida que según reiterada jurisprudencia, se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable.

Como recuerda la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012, con cita de otras anteriores de 25 de junio de 2010 o de 23 septiembre de 2010: «*Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” ... se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la*

*práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias”».*

En el caso analizado, si a la reclamante se le hubiera realizado la prueba de la amniocentesis en la semana 15 de gestación o la prueba de corion en la semana 10, tal vez la trisomía 18 y las malformaciones asociadas a dicha patología hubieran podido ser diagnosticadas, lo que hubiera permitido una interrupción del embarazo más temprana.

**SEXTO.-** Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2016 (recurso 2630/2014): “*En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recuerda que en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el daño.

En el caso que nos ocupa, en la reclamación se solicita una indemnización de 18.000 a 20.000 euros y no se explica el cálculo para la fijación de esta cuantía.

Es importante señalar que la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad, tal como ya ha sido apuntado, de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta que de haberse detectado a tiempo el diagnóstico de la patología cromosómica fetal, es probable que la interrupción del embarazo hubiera sido con anterioridad a la semana de gestación 22 y que según los informes obrantes en el expediente el cuadro clínico psicológico que presentó la paciente tras la interrupción del embarazo se produce con independencia de que el diagnóstico hubiera sido más temprano, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una indemnización de 3.000 euros.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante y reconocer una indemnización de 3.000 euros, cantidad que ha de considerarse actualizada.

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 16 de febrero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 76/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid