



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **74/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de febrero de 2019, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 20 de noviembre de 2018, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.^a X y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **309/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de enero de 2017, un Letrado, que dice actuar en representación de D.^a X, de D. Y y del hijo de ambos, Z, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que estos últimos dicen haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamación que el niño nace en el Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" de Murcia el 24 de enero de 2016, apreciándose al nacer que estaba afecto de trisomía 21 (Síndrome de Down) y de una cardiopatía, que habían pasado desapercibidas durante los controles ecográficos realizados durante la gestación.

Así, el 29 de julio de 2015 y con una edad gestacional de 12+2 semanas se efectúa ecografía del primer trimestre sin alteraciones y corazón de apariencia normal. En esta fecha se estudian indicadores de riesgo de mutaciones cromosómicas, estableciéndose uno inicial de 1/200 (riesgo alto de cromosomopatía); sin embargo, y una vez aplicados otros factores se obtiene un riesgo ajustado de 1/2067, compatible con bajo riesgo.

El 28 de septiembre de 2015 (semana 21+0) se efectúa ecografía morfológica fetal del segundo trimestre con el resultado de ausencia de signos obvios de malformación. Tampoco se observan anomalías en corazón fetal.

El 11 de enero de 2016 (semana 36+0) se realiza ecografía de crecimiento del tercer trimestre, que informa de incremento de resistencia vascular en arteria umbilical, feto pequeño para su edad gestacional y crecimiento intrauterino retardado.

El 24 de enero de 2016 se le practica cesárea urgente por sospecha de pérdida de bienestar fetal, naciendo un varón con fenotipo de trisomía 21 (se confirma el 9 de febrero mediante estudio genético molecular). Tras ecocardiograma se diagnostica una cardiopatía congénita consistente en un defecto septal atrioventricular completo, de la que es operado en mayo, recibiendo el alta el 21 de septiembre de 2016. Continúa en revisión por cardiología pediátrica.

Entiende la reclamación que se produjeron las siguientes vulneraciones de la *lex artis*:

a) Una determinación incorrecta del riesgo ajustado de presencia de una trisomía 21 fetal. El cálculo inicial de 1:200 era el correcto. En la medida en que el riesgo era superior al establecido como punto de corte (1:270), debió haberse advertido a los padres y ofrecerles la posibilidad de realizar una amniocentesis o biopsia corial para descartar la existencia de un Síndrome de Down, y actuar en consecuencia.

b) Una deficiente valoración de la ecografía del segundo trimestre que no detectó la malformación cardíaca del feto. Se afirma que "*la malformación de los cojines endocárdicos -presente en el feto desde la semana 8^a de gestación- con el desarrollo de un canal atrioventricular completo, con una válvula aurículo-ventricular con anillo único, un defecto interauricular y un defecto interventricular amplio, pudo y debió haber sido diagnosticada con un ecocardiograma fetal correctamente efectuado y adecuadamente valorado por personal cualificado*". Afirma, además, que en la medida en que esta malformación se asocia frecuentemente al Síndrome de Down, su diagnóstico intra útero habría obligado a confirmar o descartar la presencia de Síndrome de Down mediante amniocentesis o determinación del cariotipo fetal (DNA fetal).

Dichas carencias en el control gestacional determinaron que los progenitores no tuvieran conocimiento de que su hijo estuviera afectado por el Síndrome de Down hasta el momento mismo del nacimiento, privándoles de la posibilidad de interrumpir la gestación dentro de los plazos legales.

La pretensión indemnizatoria alcanza los 700.000 euros en que valoran "*los daños morales y los grandes perjuicios económicos derivados de criar un niño -primero- y un adulto -después- con un Síndrome de Down*".

Se adjunta a la reclamación copia del Libro de Familia en el que no consta el niño al que se refiere la reclamación, su certificado de nacimiento, copia de los documentos nacionales de identidad tanto del niño como de sus padres y diversa documentación clínica (informes de las pruebas de control gestacional y sobre la evolución de la cardiopatía tras el nacimiento).

SEGUNDO.- Requerido el Letrado actuante para acreditar la representación que dice ostentar y para presentar su reclamación por medios electrónicos, a lo que viene obligado atendida su condición de profesional de colegiación obligatoria, procede aquél a atender el requerimiento efectuado con fecha 20 de febrero de 2017.

TERCERO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al tiempo que recaba de la

Así mismo procede a dar traslado de la reclamación a la correduría de seguros.

CUARTO.- Remitida la documentación solicitada, incluidas las imágenes de las pruebas ecográficas realizadas a la gestante, el Coordinador de la Unidad de Medicina Fetal del HUVA evaca informe en el que tras detallar los técnicas de detección de cromosomopatías y los criterios de cribado utilizados con carácter general y los más exigentes aplicados en el indicado Hospital, analiza los resultados de las pruebas ecográficas realizadas en los siguientes términos:

"Asistencia en el 1º trimestre.

(...)

En el caso de D.^a X, la ecografía fue realizada por la Dra., certificada por la Fetal Medicine Foundation y auditada periódicamente. La exploración no evidenció ningún marcador de aneuploidías (hemos revisado la exploración porque guardamos imágenes de todos los marcadores), incluido la TN (traslucencia nucal) de 1.89 mm (la más alta de todas las mediciones realizada a D.^a X, pero totalmente normal entre el p5 y el p95).

De esta manera, con una fiabilidad diagnóstica acreditada internacionalmente del 97%, se le explicó a D.^a X que su probabilidad de tener un feto con T21 era una posibilidad entre 2067 embarazos (riesgo bajo) cuando su probabilidad teniendo en cuenta la edad era de 1/200. Esto quería decir que la probabilidad real e individualizada de tener una T21 para D.^a X era 20 veces menor que la de cualquier mujer de su edad.

Así, no le fue ofrecida biopsia de vellosidades coriales porque su riesgo era bajo.

Asistencia en el 2º trimestre.

La exploración ecográfica fue realizada por el Dr. Remito las imágenes de los cortes anatómicos explorados, aunque con la limitación de que la ecografía fetal, especialmente la cardíaca es una exploración dinámica, y no disponemos de vídeos, sino imágenes estáticas, que lo único que demuestran es que nuestro compañero se detuvo en las distintas estructuras anatómicas fetales. Se pusieron los medios adecuados para valorar el corazón, pero nunca se pueden garantizar resultados en la exploración (3 cortes cardíacos representados en las imágenes y el estudio del situs visceral).

Asistencia en el 3º trimestre.

Normalmente esta ecografía es una ecografía básica, para realizar biometría fetal, pero se volvió a incidir sobre la anatomía fetal, especialmente cardíaca por parte de la Dra. ... (remito las 3 imágenes de cortes cardíacos). En la semana 37 la atendió la Dra. ... para valorar crecimiento fetal.

En resumen:

- La asistencia del primer trimestre fue correcta y adecuada a protocolo. No se debía hacer amniocentesis ni biopsia corial ya que el riesgo de padecer una trisomía 21 era bajo (aunque no nulo).

La asistencia del 2º trimestre se realizó según protocolo, evidenciado en las imágenes aportadas.

La asistencia del 3er trimestre fue correcta, haciendo incidencia en la anatomía cardíaca, sin detectar la cardiopatía fetal".

QUINTO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, no consta que haya sido evacuado.

SEXTO.- El 15 de enero de 2018 emite informe el Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones del Servicio Murciano de Salud, que concluye que "no puede sostenerse que se haya ocasionado a la parte reclamante un daño consistente en habersele privado del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo ya que se le practicaron a la interesada las pruebas ecográficas y bioquímicas que resultaban procedentes y los resultados obtenidos de ellas permitieron calificar el embarazo de bajo riesgo. Así, dichos resultados no alcanzaban el nivel que hace aconsejable, en su caso, la realización de una técnica invasiva de diagnóstico como la amniocentesis o la biopsia corial y ese fue el motivo, de acuerdo con los protocolos médicos de aplicación, de que no se le ofreciese someterse a dicha técnica. Las pruebas de diagnóstico prenatal no ofrecen fiabilidad absoluta, son parámetros estadísticos que expresan una probabilidad matemática, nunca una certeza diagnóstica. Se determina también que el cribado ecográfico sistemático durante el embarazo para detectar anomalías anatómicas es una buena elección aunque no exenta de la posibilidad de no detección ya que un número importante de malformaciones (mayor en el ámbito cardíaco), escapa a dicho diagnóstico".

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los reclamantes, no consta que hayan hecho uso del mismo.

OCTAVO.- Con fecha 12 de noviembre de 2018 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, toda vez que no se ha acreditado vulneración alguna de la *lex artis ad hoc* en el seguimiento del feto durante la gestación, dado que se efectuaron las pruebas que estaban indicadas y se valoraron adecuadamente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el

pasado 20 de noviembre de 2018.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 81.2 LPACAP.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Los interesados ostentan legitimación activa para reclamar en cuanto alegan un daño moral consistente en la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo que atribuyen a la falta de diligencia del Servicio Murciano de Salud por no haber realizado el diagnóstico prenatal que hubiera permitido advertir anticipadamente la enfermedad que padece el niño.

Como ya señalamos en Dictámenes similares (por todos, el 102/2016), cuando el daño por el que se reclama se vincula exclusivamente a la vulneración del derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo, la madre es el único sujeto legitimado para promover la reclamación, dado que ella es la titular exclusiva del indicado derecho (art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo) en los casos y circunstancias permitidos por la ley. Así también, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de diciembre de 2007.

No obstante, cuando reclama el padre, también puede apreciarse un doble tipo de daño. De una parte el puramente crematístico, relacionado con el coste adicional que el cuidado de un niño, primero, y un adulto, después, con Síndrome de Down conlleva respecto de una persona que no presenta dicha anomalía cromosómica. De otro, un daño moral, aunque diferente del que ya hemos reconocido como legitimador de la acción materna, y que la Audiencia Provincial de Gerona describe como "*el impacto psicológico y la obligación de un cuidado más intenso del hijo, sin olvidar la inquietud, angustia y lógica preocupación por su futuro, pertenecen por igual a ambos progenitores. En tal supuesto no hay duda de la existencia de un daño moral para el padre. El propio TS llegó a decir que "había que tener en cuenta el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas ", en relación a un niño con síndrome de down, en su primera Sentencia de 6 de junio de 1997*" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, núm. 188/2013, de 6 mayo).

Por el contrario, más discutible resulta reconocer legitimación activa al propio niño, que en el supuesto sometido a

consulta también reclama, si bien representado por sus padres. Y es que, como sostiene la doctrina científica, la alternativa para ese hijo nacido con malformaciones no detectadas durante su gestación era no vivir, de donde cabe rechazar la reclamación por quien pretende una indemnización por su propia existencia. En este sentido, la Audiencia Provincial de Salamanca, en Sentencia 485/2006, de 29 de noviembre, dirá que "*no puede decirse que las acciones de "wrongful life" o vida injusta (en las que los padres en representación del hijo, o incluso -aunque sea discutible su legitimación- el propio hijo nacido con malformaciones, reclaman responsabilidad al médico por el hecho de tener que vivir con unas malformaciones que podrían haberse evitado si hubiera actuado diligentemente informando a la madre de esas posibles malformaciones que la hubieran puesto en la condición de optar por el aborto eugenésico) encuentren fundamento en nuestro Derecho, pues, como afirma doctrina autorizada, la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), en el que debe entenderse incluida su planificación familiar, y no para proteger los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida (art. 15 CE) no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo*".

En sentido contrario, sin embargo, la STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1076/2013, de 7 de octubre: "*los recurrentes ejercitan la acción en nombre propio y derecho y en representación legal de su hijo al nacer con la deformación y que deben convivir con ella, con los daños morales y patrimoniales que supone para ellos y para su hijo. Con estos presupuestos procede desestimar la falta de interés de los recurrentes en la doble condición en la que ejercitan la acción, como representantes legales del hijo por los daños del mismo y en nombre propio por la privación de un derecho, unido a los daños derivados del nacimiento*".

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, como titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños.

II. La acción, presentada el 23 de enero de 2017, se ha ejercitado dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPACAP, toda vez que fue en el momento del nacimiento del niño, acaecido el 24 de enero de 2016, cuando los padres advirtieron la anomalía cromosómica que le aquejaba, fecha ésta que ha de considerarse como *dies a quo* del plazo para reclamar conforme a la conocida doctrina de la *actio nata*.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que la tramitación realizada se ajusta, en lo sustancial, a lo establecido en las normas reguladoras de este tipo de procedimientos, sin que se adviertan carencias esenciales. No obstante, han de hacerse las siguientes observaciones:

a) No consta que se haya conferido trámite de audiencia a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, aun cuando sí se dio traslado de la reclamación a la corredería de seguros "*a efectos de que se lo comunique a la Compañía Aseguradora*" (folio 63 del expediente), de donde cabe deducir que el daño por el que se reclama estaba cubierto por la correspondiente póliza de seguro. De ser ello así, debió otorgarse trámite de audiencia a la aseguradora en su condición de interesada en el procedimiento, dadas las consecuencias económicas que la resolución del mismo podría depararle.

De no contar el Servicio Murciano de Salud con cobertura de los eventuales daños por los que se reclama en un

contrato de seguro, debería así manifestarse de forma expresa, máxime cuando por los reclamantes se le demanda explícitamente que se les dé traslado de la póliza y que se notifique a la aseguradora la interposición de la reclamación.

b) Ha de hacerse una consideración relativa a una práctica que se viene observando en diversos procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria sometidos a consulta de este Consejo Jurídico y que consiste en incorporar al expediente un informe realizado por el Jefe del Servicio de Aseguramiento y Prestaciones del SMS, sin que conste el órgano o la persona que solicitó su evacuación, práctica que sería conveniente abandonar por las dudas que tal hecho suscita, tales como las referidas, entre otras, a la parte que lo requiere y los motivos que le impulsan a solicitarlo. A la vista de la fecha de su emisión, 15 de enero de 2018 y del tiempo transcurrido desde la última actuación -la petición de informe a la Inspección Médica data de julio de 2017-, cabe pensar que fue solicitado por el órgano instructor para impulsar el procedimiento pues, en ese momento, llevaba paralizado 6 meses a la espera de recibir el informe valorativo de la Inspección Médica.

La intención no merece reproche salvo por lo ya dicho, indisolublemente unido a los criterios de este Órgano Consultivo, expuestos en anteriores Dictámenes como el 11/2019, al que nos remitimos ahora en orden a evitar su reiteración, y que hacen que en ningún caso puede entenderse este informe como alternativa a la evacuación del de la Inspección de Servicios Sanitarios (Inspección Médica).

Baste ahora recordar el valor que, como se razona *in extenso* en el Dictamen antes indicado, procede dar al informe del inspector médico obrante en el expediente. Así, aunque no puede admitirse que sustituya al informe de la Inspección de los Servicios Sanitarios, la condición de médico de su autor faculta para tenerlo en consideración como cualquier informe técnico pericial, pero no rodeado de las características propias de la Inspección Médica que los dotan de un valor reforzado, especialmente por su no vinculación con la entidad prestadora del servicio sanitario.

Hechas estas consideraciones, entiende el Consejo Jurídico que procede dictaminar sobre el fondo del asunto, toda vez que en el expediente se contienen suficientes elementos de juicio para ello, sin tener que esperar a la evacuación del informe de la Inspección Médica. A tal efecto, resulta de especial relevancia el hecho de que los reclamantes no hayan aportado al procedimiento informe pericial alguno que dé sustento a sus alegaciones de mala *praxis* en el diagnóstico prenatal, ni siquiera tras conocer con ocasión del trámite de audiencia los detallados informes de la Unidad de Medicina Fetal del HUVA (servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño) y el ya aludido del Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones, que coinciden en afirmar el ajuste a *normopraxis* de la actuación facultativa dispensada a la gestante.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en términos muy similares a los de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), que han sido desarrollados por una abundante jurisprudencia, perfectamente trasladable a la nueva regulación:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una 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, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Sobre el daño alegado: la privación del derecho a decidir.

Con carácter previo ha de señalarse que los reclamantes imputan a la Administración regional un funcionamiento anómalo, al considerar que las anomalías que padecía el menor no fueron detectadas antes del nacimiento, al valorarse erróneamente las pruebas practicadas y omitirse las pruebas diagnósticas correspondientes, privándoles de la opción de interrumpir el embarazo.

Situada la pretensión en el ámbito de la detección de las malformaciones o anomalías cromosómicas del *nasciturus*, conviene tomar como punto de partida la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada en la sentencia de 30 de junio de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 217/2005):

"Importa precisar, y resulta especialmente relevante, que los actores solicitaron una indemnización de 72.000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hija, sino por lo que consideraban que era un daño resarcible diferente, cual era haber privado a los recurrentes y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1, 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva pues solicitan indemnización por el daño moral, derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto."

Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 y 3 de octubre de 2000, ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave (...)

Sin embargo, 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 de abr., FJ 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 (art. 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 (...)".

Precisamente, la acción planteada por los padres del menor (que cabe identificar como "*wrongful birth*") se caracteriza por ejercitarse en aquellos casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de la premisa de no informar a tiempo oportuno a los padres de la existencia de tales patologías, sin que se haya podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. Así se expresa, por todas, la STS, Sala 1^a, de 11 de mayo de 2001: "*Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejerce la acción es la madre se habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life* si quien lo hace es el propio hijo.*

La doctrina de la Sala 3^a del Tribunal Supremo reconoce que en estos supuestos de deficiente detección de malformaciones del *nasciturus*, en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre hubiera querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, cabe indemnizar por la pérdida de oportunidad de acogerse a la posibilidad de interrumpir legalmente la gestación (por todas, Sentencia de 30 de junio de 2006, ya citada, incorporada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de septiembre de 2010). En este tipo de acción, para liberarse de la responsabilidad demandada, incumbe a la Administración la carga de probar que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto, no hubiera optado por un aborto terapéutico conforme a la doctrina expresada (Dictamen del Consejo Jurídico 17/2012).

Expuesto el alcance de la acción ejercitada, no puede sostenerse, a la hora de concretar el nexo de causalidad y por tanto el daño, que las anomalías cromosómicas del menor sean debidas a la *praxis médica* (son congénitas), ni que los facultativos de la sanidad pública las hubieran podido evitar, sino que se contrae el daño a la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, se alega un daño moral, concretado en el poder de la persona de autodeterminarse. O, si se quiere, una pérdida de oportunidad de haber adoptado una decisión, y es que, en realidad se reclama porque se ha frustrado la posibilidad de realizar una nueva prueba de amniocentesis o biopsia corial que, quizás, podría haber dado a la madre gestante la opción de decidir si deseaba o no continuar con su embarazo. En cualquier caso, el daño final resarcible en este caso no consiste en el nacimiento del hijo, sino en la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica que posibilitara el diagnóstico genético con certeza y, dependiendo del resultado que hubiera dado, decidir conforme a lo establecido en la Ley. De ahí que nos encontremos en presencia de lo que la doctrina civilista denomina un supuesto de "curso causal no verificable" (pues no es posible y, con ello, en un supuesto de "pérdida de oportunidad").

En relación con los daños de carácter patrimonial también alegados, ha de advertirse que no se ha aportado prueba alguna al procedimiento acerca de su realidad efectiva en el momento de la reclamación o alcance futuro de los mismos.

QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la actuación facultativa en el diagnóstico prenatal del Síndrome de Down.

Los reclamantes afirman que en los sucesivos controles que se efectuaron durante la gestación, se incurrió en las siguientes actuaciones contrarias a *normopraxis*:

a) Con ocasión de la primera ecografía, y con una edad gestacional de 12+2 semanas se efectúa un estudio de riesgo de mutaciones cromosómicas que arroja dos resultados, uno el que los reclamantes consideran correcto, de 1/200 y que en el indicado estudio se califica como riesgo inicial y otro, corregido, que arroja un riesgo de 1/2067.

Por los facultativos, se atendió a este riesgo corregido, que era bajo, para considerar que no era necesaria la realización de amniocentesis o biopsia corial. Sin embargo, entienden los reclamantes que si, como hubiera sido lo correcto, se hubiera atendido al inicial, el riesgo de trisomía 21 habría sido calificado de alto (lo son todos los superiores a 1/270) y se le habría ofrecido la posibilidad de someterse a las indicadas pruebas para descartar con mayor certeza la existencia de Síndrome de Down y actuar en consecuencia.

Frente a estas consideraciones, se alzan los informes facultativos obrantes en el expediente que coinciden en señalar que siguiendo los criterios de calidad en el cribado a nivel nacional propugnados por la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia), se aplica para la determinación del riesgo de trisomía 21 el denominado como "cribado o screening combinado del primer trimestre", también conocido como "triple screening". Ello supone que, partiendo de una probabilidad inicial de tener una T21 (basada exclusivamente en la edad materna), este riesgo inicial se individualiza para cada paciente a partir de datos bioquímicos (análisis de PAPP-A y fracción libre de Beta-hCG en sangre) y datos ecográficos fetales (la medición de la translucencia nucal o TN, que a mayor valor, más incremento de riesgo). De esta manera, aquellas mujeres con un riesgo estadístico mayor de 1/300 se les ofertaría una prueba invasiva (amniocentesis en la semana 16). Este cribado, que da una tasa de diagnóstico esperable del 61% de las T21, es el que se utiliza en toda la Región de Murcia excepto en la Unidad de Medicina Fetal del HUVA, que aplica el denominado como "Cribado combinado del primer trimestre Plus o extendido". Para ello se añaden otros marcadores ecográficos a la exploración fetal (ausencia de hueso nasal, flujo en el ductus venosos fetal, presencia de regurgitación tricuspídea fetal y frecuencia cardíaca fetal) y, además, se añade el

cribado de preeclampsia materna y retrasos de crecimiento fetal midiendo el flujo de las arterias uterinas, con lo que se consigue una tasa de diagnóstico de T21 del 97%, con sólo un 2,7% de pruebas invasivas. Además, todos los facultativos de la Unidad de Medicina Fetal tienen una acreditación internacional por la Fetal Medicine Foundation y se utiliza el software homologado más potente del mundo, por lo que la indicada unidad tiene una de las mejores tasas diagnósticas a nivel nacional.

Al aplicar este cribado extendido, la valoración de riesgo es diferente a los demás, de modo que si el riesgo obtenido tras su aplicación es > 1/100 (riesgo alto), se ofrece en la semana 12-13 una biopsia de vellosidades coriales, cuyo resultado se obtiene en 48 horas. Si el riesgo es bajo (>1/1000), se cita a la gestante directamente a la ecografía de la semana 20. Si el riesgo se encuentra entre 1/100 y 1/1000, se realiza una reevaluación fetal en la semana 20. Si no existen marcadores ecográficos de T21 en esta ecografía, el riesgo se recalcula, disminuyendo 8,8 veces el asignado en el primer trimestre. Si existieran marcadores de riesgo, se ofertaría una amniocentesis.

En el caso de la reclamante, la aplicación del cribado extendido arrojó una tasa de riesgo de 1/2067, pues si la edad de la gestante era de 38 años y ello determinaba una tasa de riesgo inicial de 1/200, la aplicación de los criterios ecográficos adicionales (traslucencia nucal de 1,89 mm -hasta 3-3,5 mm se considera normal-, presencia de hueso nasal y flujo tricúspide normal) más las pruebas bioquímicas realizadas, determinaron que el riesgo de trisomía 21 se redujera drásticamente y que se considerara el resultado del screening como de bajo riesgo de cromosomopatías, por lo que de conformidad con los protocolos aplicables no estaba indicado ofrecer a la gestante la posibilidad de someterse a amniocentesis o biopsia corial, pruebas invasivas no exentas de riesgos.

El informe del inspector médico y Jefe del Servicio de Aseguramiento y Prestaciones afirma que "*la valoración del embarazo como de bajo riesgo fue correcta utilizando técnicas conformes a la mejor práctica recomendada, incluso superior a la que se desarrolla en la mayor parte de los centros obstétricos en la Región y en España, con acreditación fehaciente de organismos científicos internacionales*".

Adviértase, además, que los reclamantes no imputan a la actuación facultativa una indebida valoración de las pruebas realizadas, por no advertir en ellas eventuales anomalías en los marcadores que pudieran indicar la existencia de la trisomía 21 o que el cálculo de la tasa de riesgo fuera erróneo al aplicar el cribado extendido. En realidad únicamente basan su alegación en que el cribado debió atender únicamente a la edad de la madre, descartando el cribado combinado y, en consecuencia, la toma en consideración de otros marcadores ecográficos y bioquímicos que permiten ajustar más el dato estadístico de riesgo. Sin embargo y frente a dicha consideración, los informes obrantes en el expediente coinciden en afirmar que "*en el momento actual el cribado combinado de primer trimestre es la estrategia de elección recomendada por el Sistema Nacional de Salud para T21*" y ello porque estos métodos de cribado permiten ajustar el riesgo específico de cromosomopatías para cada gestante, atendiendo no sólo a las características maternas sino también a las fetales.

b) Una deficiente valoración de la ecografía del segundo trimestre que no detectó la malformación cardíaca del feto. Se afirma que "*la malformación de los cojines endocárdicos -presente en el feto desde la semana 8^a de gestación- con el desarrollo de un canal atrioventricular completo, con una válvula aurículo-ventricular con anillo único, un defecto interauricular y un defecto interventricular amplio, pudo y debió haber sido diagnosticada con un ecocardiograma fetal correctamente efectuado y adecuadamente valorado por personal cualificado*". Afirma, además, que en la medida en que esta malformación se asocia frecuentemente al Síndrome de Down, su diagnóstico intra útero habría obligado a confirmar o descartar la presencia de Síndrome de Down mediante amniocentesis o determinación del cariotipo fetal (DNA fetal).

Tales afirmaciones que, hemos de recalcar, se realizan huérfanas del correspondiente apoyo técnico-pericial, son contestadas de contrario por el informe del Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones, que pone de relieve que aun cuando el estudio ecográfico tiene un alto potencial diagnóstico de malformaciones congénitas en el feto, también tiene sus limitaciones, de forma que no todas las existentes son siempre detectadas. Alude el informe al protocolo de la SEGO, según el cual, aun en las mejores manos y con los equipos más sofisticados, la tasa de detección global para todas las malformaciones no supera el 70%, tasa que resulta menor para las cardiopatías congénitas (según el estudio EUROFETUS, la sensibilidad total de cardiopatías fue del 38,8% y la de defectos septales del 11,5%, mientras que en el estudio EUROS CAN, la sensibilidad para la detección de cardiopatías osciló entre un 11 y un 48%). En consecuencia, "*no puede considerarse como mala praxis un diagnóstico negativo, sino una limitación inherente a la propia técnica*".

En el supuesto sometido a consulta, los ecografistas se detuvieron en todas las ocasiones en el estudio del corazón del feto, incluso en aquellas ecografías cuya orientación principal era realizar la biometría fetal y no advirtieron malformación o anomalía cardíaca alguna que pudiera indicar la necesidad de realizar pruebas diagnósticas adicionales como la ecocardiografía fetal que afirman los reclamantes hubo de haberse practicado.

En consecuencia, la asistencia sanitaria que se prestó a la reclamante durante el seguimiento de su embarazo fue correcta y acorde con los protocolos existentes en aquel momento, por lo que el daño alegado no resulta antijurídico, ni existe nexo causal jurídicamente adecuado entre el funcionamiento de los servicios sanitarios y el daño alegado, por lo que no procede la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación formulada al no resultar acreditados los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.