

Expediente Núm. 3/2005
Dictamen Núm. 2/2005

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General accidental:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 1 de diciembre de 2005, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 3 de noviembre de 2005, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña y doña, por el anormal funcionamiento del servicio sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 13 de mayo de 2005 doña y doña presentan escrito de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias ante la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios y frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), por los daños y perjuicios causados y que fundan en los siguientes hechos: a) que su hijo y

hermano, respectivamente, D. fallece el día 17 de noviembre de 2004, en el Hospital (en adelante), por un aneurisma de aorta; b) que se realiza con el debido consentimiento autopsia al fallecido a solicitud del correspondiente servicio hospitalario ante la sospecha de que aquél padeciese la enfermedad de Marfan y c) que una vez realizada la autopsia, reciben comunicación de que las muestras de tejido extraídas al cadáver para su análisis en el laboratorio del Servicio de Genética se han extraviado. Además, las reclamantes afirman que, como consecuencia de esta pérdida, una de ellas, doña, y su hija, hermana y sobrina del fallecido, tuvieron que someterse a diversas pruebas genéticas para descartar la existencia del síndrome de Marfan. El daño padecido, que juzgan “evaluable económicamente e individualizado”, lo concretan en los siguientes términos: “Como consecuencia de dicho extravío se nos ha producido un doble daño, pues se ha practicado una autopsia innecesaria y, sobre todo se ha impedido el correcto diagnóstico de una enfermedad genética que como familiares directos suyos nos es de importancia conocer” (“Hecho cuarto” del escrito de reclamación). El carácter doble del daño alegado se describe también, aunque de un modo diferente, en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de la reclamación y titulado “Fondo del asunto”: “la pérdida de posibilidad de conocer el resultado de unas pruebas genéticas que nos afectan directamente y el daño moral ocasionado tanto por la autopsia realizada, cuyo principal objetivo se ha visto frustrado por la pérdida de las muestras, como por la pérdida en sí de las muestras”. Las reclamantes entienden en ese mismo apartado que “el daño sufrido y lesión patrimonial padecida han sido producidos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervenciones extrañas que alteren el nexo causal”. La reclamación de responsabilidad patrimonial se concreta en la cantidad de treinta y seis mil euros (36.000 €) para cada una de las solicitantes: a doña, “por el daño moral y real padecido y a doña, por el mismo concepto de daño moral y por además, haber tenido que ser sometida

tanto ella como su hija menor a diversas consultas, pruebas y estudios genéticos" ("Hecho quinto", de la reclamación).

2. En el informe del resultado de la autopsia nº, del Servicio hospitalario de Anatomía Patológica y fechado el día 23 de noviembre de 2004, se afirma en nota previa a la descripción microscópica: que "se sospecha de enfermedad de Marfan. Se envió tejido fresco sin fijar para valoración genética de posible alteración molecular relacionada con sospecha de enfermedad de Marfan (Servicio de Genética)". En el mismo informe de número y fecha de referencia se da ya cuenta del extravío de dicho tejido y se aconseja que los familiares del fallecido consulten con el servicio de Genética: "Convendría que los familiares consultasen con el Servicio de Genética para consejo sobre este problema. Al parecer, el material que se envió en el momento de la autopsia al Servicio de Genética se extravió". El expediente recoge un nuevo informe del Servicio de Anatomía Patológica (Nº, de 30 de noviembre de 2004) en el que se hace una descripción macroscópica de seis fragmentos de aorta pertenecientes al fallecido, aunque no consta en él si esos fragmentos son los que el informe de la autopsia dice que se envían al Servicio de Genética.

3. En el informe de alta de don por fallecimiento y firmado el día 25 de noviembre de 2004 por un facultativo del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital, dentro del apartado dedicado a "Evolución y comentarios", consta la petición de la necrosis a la familia, aunque no se especifica la razón concreta por la que se solicita. Tras la descripción de los diagnósticos macroscópicos que de ella resultan, se da cuenta de lo que dice haber hecho el servicio de Anatomía Patológica: "se envió para valoración genética de posible alteración cromosómica relacionada con enfermedad de Marfan pendiente de resultados por Sº de Genética".

4. El día 17 de febrero de 2005 en escrito firmado por el Jefe de la Sección de Genética Pediátrica del Hospital, se afirma que la muestra biológica de tejidos del fallecido “no fue recibida en el Laboratorio de Genética , según los componentes del mismo me han informado” y que las que se conservan en el Laboratorio de Anatomía Patológica “están formoladas y no son válidas para el estudio del ADN” y, se concluye: “dada la preocupación de la familia por la aclaración del potencial riesgo genético para y su hija, y aunque no muestran rasgos compatibles con el supuesto Síndrome de Marfan de su hermano, habida cuenta de la imposibilidad de estudio molecular de él, remito ADN de al laboratorio CATG de Zaragoza, para secuenciación del gen FBN1”.

5. Con fecha 3 de junio de 2005, se designa al Inspector de Prestaciones Sanitarias que ha de elaborar el preceptivo Informe Técnico de Evaluación, según lo dispuesto en el llamado “Procedimiento para la gestión del contrato de seguro de responsabilidad civil”, dando cuenta en esa misma fecha la Secretaría General del a la compañía de seguros, a través de la Correduría de Seguros, del parte de reclamación de seguro de responsabilidad sanitaria.

6. El día 15 de junio de 2005, y como consecuencia del expediente abierto, el facultativo autor de la autopsia y Jefe del servicio de Anatomía Patológica II emite informe a solicitud del Gerente del, En el cuarto párrafo se dice: “como se puede apreciar por la amplitud en el informe de autopsia, es indudable que no se hace una autopsia con la única finalidad de coger muestras para estudio genético. Además, esta muestra se puede coger del cadáver a petición de la familia, o bien durante la cirugía realizada en este caso al paciente horas antes de su fallecimiento y ya con la sospecha clínica de enfermedad o síndrome de Marfan”. En el quinto párrafo se señala que “los criterios para hablar de enfermedad de Marfan se cumplen tanto en los datos morfométricos del fallecido como en los datos clínicos y datos histológicos, al

igual que como se ha venido diagnosticando esta enfermedad durante todo el siglo pasado, sin necesidad de realizar estudios de genética". Continúa el sexto párrafo: "es verdad que en el año 1991 se detectó la alteración genética causante de esta enfermedad, pero debido a mutaciones y a la existencia de casos esporádicos no familiares, el estudio genético pierde valor en este caso ya que la prueba sólo serviría para corroborar y completar que, efectivamente, el fallecido tenía la enfermedad de Marfan, pero no evitaríamos que los familiares tengan que realizarse, como así se ha hecho, el estudio genético". En el párrafo séptimo del informe se añade que "por la complejidad de esta enfermedad, hablé personalmente con los familiares explicándoles la necesidad de mayor información por parte del Servicio de Genética". En los párrafos octavo y noveno se da cuenta del extravío de las muestras: "al mismo tiempo les pedí disculpas a los familiares por haberse extraviado, desgraciadamente y lamentablemente, el tejido enviado de la sala de autopsias al Servicio de Genética. Hemos buscado este frasco con dos fragmentos de piel del paciente fallecido por todo el Servicio de Anatomía Patológica II sin haberlo podido encontrar. Tenemos material fijado en formol de este fallecido que quizás podría en el futuro ser motivo de estudios genéticos, pero en la actualidad, en el caso concreto de esta enfermedad, se requiere material fresco". Por último, en el párrafo noveno se establece: "personalmente no conozco ningún laboratorio de los hospitales de la Seguridad Social que realicen este estudio genético. Hay muy pocos laboratorios en el mundo que hagan esta prueba, que ha sido descubierta muy recientemente y que debido a existir muchas mutaciones diferentes del gen FBN1 creo que se encuentra a nivel experimental y no está descrita la utilidad de su realización en los casos de autopsia diagnosticados de este síndrome de Marfan. Aún así, lamento una vez más la pérdida de este material que no debió de haber ocurrido y que no sabemos exactamente lo que pudo pasar con el tejido extraviado".

7. Con fecha 24 de junio de 2005, el Inspector de Prestaciones Sanitarias emite Informe Técnico de Evaluación en el que, tras describir los hechos y el daño alegados por las reclamantes, concluye en el mismo sentido que el informe elaborado en fecha 15 de junio de 2005 por el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica II, ya que en el apartado “3. Valoración” reproduce casi textualmente parte de los párrafos cuarto y sexto de dicho informe, transcritos en el antecedente de hecho anterior. Al valorar el daño reclamado el Informe Técnico afirma que “respecto del daño que las reclamantes imputan a la pérdida del material biológico que impidió la confirmación genética del Síndrome de Marfan en el fallecido y que obligó a realizarles los estudios de ADN, no puede admitirse la relación causal alguna entre ambos hechos. Con independencia del resultado genético de D., era obvio que ni doña ni su hija tenían rasgos marfanoides que permitiesen sospechar clínicamente esta patología y aún cuando el resultado genético de su hermano y tío fuese positivo o negativo seguiría siendo necesario realizarles el estudio a ellas si se quería descartar con total seguridad que pudieran padecer la enfermedad”.

8. Con fecha 27 de junio de 2005, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, en escrito dirigido a la Secretaría General del SESPA, remite copia del Informe Técnico de Evaluación relativo a la reclamación indicada e informa que con esta misma fecha se da traslado de copia del expediente a la correduría de seguros La aseguradora responde, en escrito de 8 de septiembre de 2005, que la reclamación presentada no se encuentra bajo la cobertura de la póliza con ella suscrita por el “Servicio Asturiano de Salud”, al estar excluido “cualquier daño inmaterial o perjuicio económico que no sea consecuencia directa de daños materiales y/o corporales garantizados por el contrato”.

9. Finalizada la instrucción del procedimiento, con fecha 19 de septiembre de 2005 se notifica a las interesadas evacuación del trámite de audiencia. En fecha

que no consta, don da vista al expediente, autorizado para ello por doña, en escrito dirigido a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios.

10. A la vista del expediente, con fecha 11 de octubre de 2005, formulan las interesadas las siguientes alegaciones: 1) insisten en la relevancia que tiene el hecho del extravío de tejidos, reconocida tanto en el Informe emitido por el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica, como en el Informe Técnico de Evaluación para a continuación indicar: 2) se ratifican en la inutilidad de la autopsia realizada y añaden que “el motivo de realizar la autopsia no fue otro, y así fue explicado y requerido a los familiares del mismo, que la posibilidad de detectar con los tejidos del familiar fallecido la posible enfermedad de Marfan de aquél y en concreto de su hermana y su sobrina Y en esa creencia fue autorizada por los familiares la realización de la autopsia”, y 3) se reiteran en la idea de los graves trastornos psicológicos ocasionados y daño moral por ellas padecido como consecuencia de la pérdida de los tejidos.

11. Con fecha 20 de octubre de 2005, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias formula propuesta de resolución, en la que, tras describir los antecedentes de hecho con expresión de los documentos incorporados al expediente, concluye en idéntico sentido que el Informe Técnico de Evaluación, cuya conclusión transcribe, para finalmente proponer la desestimación de la reclamación formulada.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de noviembre de 2005, registrado de entrada el día 7 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente nº, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

13. Por escrito de esa Presidencia de 24 de noviembre de 2005, con registro de entrada en este Consejo el día 29 del mismo mes, y al objeto de completar el expediente inicialmente enviado, se remiten los dos últimos folios pertenecientes al mismo. En ellos consta que, con fecha de 21 de octubre de 2005, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias del Principado de Asturias da por concluido el expediente nº y propone que se recabe el preceptivo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado; y que, con fecha de 24 de octubre de 2005, el titular de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios remite el citado expediente a la Presidencia del Principado de Asturias al objeto de que sea solicitado dicho dictamen.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 apartado a) y 40.1, letra a), de la Ley y Reglamento citados, respectivamente.

En efecto, constituido el Consejo Consultivo del Principado de Asturias el día 27 de abril de 2005 y comenzado el ejercicio de su función de alto asesoramiento el día 2 de noviembre del mismo año, procede sustanciar ante él la consulta objeto de este dictamen, aún cuando a la fecha de la propuesta del instructor y de la solicitud del titular de la Consejería de Salud y Servicios

Sanitarios, citadas en el último de los antecedentes, se haya hecho referencia al Consejo de Estado.

SEGUNDA.- La Administración del Principado, en cuanto titular del servicio sanitario frente al que se reclama, está pasivamente legitimada.

Por lo que respecta a la legitimación activa, se advierte que las reclamantes no la acreditan de modo fehaciente en los términos de lo establecido en el artículo 139.1 en relación con el artículo 31.1, letra a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). La Administración no requirió a las reclamantes la acreditación de su relación de parentesco con el fallecido, lo que justificaría su condición de interesadas en el asunto, ni les solicitó que subsanasen dicho defecto, sino que, de hecho, ha considerado en todo momento acreditada dicha condición. Dado este continuado proceder de la Administración en la tramitación del expediente, este Consejo Consultivo ha de entender reconocido que las reclamantes están activamente legitimadas en cuanto interesadas en el procedimiento, ya que su esfera jurídica se ha podido ver directamente afectada por los hechos que originaron la reclamación.

TERCERA.- La reclamación se presenta dentro del plazo establecido en el artículo 142.5 de la LRJPAC, que dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. En efecto, la pérdida de los tejidos, que está en el origen de la reclamación, se reconoce por primera vez en el informe de la autopsia nº, del Servicio Hospitalario de Anatomía Patológica II, fechado el día 23 de noviembre de 2004, y el escrito de reclamación se presenta con registro de entrada de fecha 13 de mayo de 2005.

CUARTA.- El procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación se ajusta a lo establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJPAC, están sujetas las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas. Se cumple, pues, con los trámites fundamentales de incorporación de informes de los servicios afectados, trámite de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

QUINTA.- En relación con el fondo del asunto, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial por doña y doña, por el anormal funcionamiento del servicio público sanitario consistente en la pérdida de las muestras de tejido fresco extraídas a su difunto hijo y hermano respectivamente, en el Hospital, por lo que solicitan indemnización de 72.000 euros (36.000 euros cada una de ellas). Basan su pretensión indemnizatoria en el doble daño derivado de la pérdida de las muestras, que concretan: por un lado en que “se ha practicado una autopsia innecesaria”, y por otro en que “se ha impedido el correcto diagnóstico de una enfermedad genética, que como familiares directos es de importancia conocer. Por este motivo la hermana y sobrina del fallecido, han tenido que ser sometidas a diversas pruebas genéticas para descartar la existencia de síndrome de Marfan”. Las reclamantes entienden que el daño y la lesión patrimonial padecidos “han sido producidos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervenciones extrañas que alteren el nexo causal”.

Nuestro ordenamiento jurídico construye un sistema de responsabilidad objetiva sin culpa de las Administraciones Públicas, fundado en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, que dispone que “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”. Esa ley es la LRJPAC, que extiende la responsabilidad como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos tanto al funcionamiento normal como anormal (artículo 139.1). Ahora bien, para que nazca la responsabilidad de la Administración requiere la concurrencia de determinados requisitos y, en lo que aquí interesa, de éstos: “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (artículo 139.2), y “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” (artículo 141.1).

Consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo, Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998, 28 de enero de 1999, y Sección Séptima de igual Sala, de 25 de octubre de 1999, entre otras) y del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expediente nº 183/2003, 6 de febrero de 2003, expediente nº 3583/2002, y 9 de enero de 2003, expediente nº 3251/2002, entre otros) insiste en la necesidad de que, para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos, deben concurrir, entre otros, dos requisitos: el daño debe estar identificado y valorado económicamente, sin que exista el deber jurídico de soportarlo y ha de haber un nexo causal, una relación de consecuencia, entre el funcionamiento de los servicios públicos y ese daño cuya indemnización se demanda.

SEXTA.- En el presente caso existe un mal funcionamiento de la Administración sanitaria, pues ella misma admite la pérdida de las muestras de tejido en cuestión. Sin embargo, la mera constatación o evidencia de un funcionamiento anormal de la Administración no comporta *per se* el reconocimiento de su responsabilidad patrimonial. Por tanto, habrá que examinar si se cumplen aquellos dos requisitos esenciales: la identificación del daño y la relación causal entre éste y el funcionamiento del servicio sanitario.

El orden a seguir para dictaminar la existencia o no de tal responsabilidad debería ser, en primer lugar, identificar el daño alegado y, sólo después, pronunciarse sobre la relación entre aquel mal funcionamiento y la producción de este daño, pues, de no existir éste, carece de sentido preguntarse sobre una causa que nada ha causado. Sin embargo, dado que en gran medida la reclamación es por daños morales y éstos son siempre de compleja identificación y valoración, es aconsejable alterar dicho orden. De este modo, dejando para un momento ulterior el juicio sobre los daños alegados, se podrá examinar la reclamación en un terreno menos especulativo, cual es el de la existencia o no de relación causal entre la pérdida de aquellas muestras de tejido por la Administración sanitaria y los supuestos daños.

Para el análisis del nexo causal tendría que ser suficiente el contenido de los informes técnicos sanitarios emitidos al respecto y que constan en el expediente. En concreto, el Informe firmado por el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica II, fechado el 15 de junio de 2005, y el Informe Técnico de Evaluación, realizado por el Servicio de Inspección Sanitaria, fechado el 24 de junio del mismo año. Ambos concluyen que el extravío de las muestras de tejido no guarda relación causal alguna con los daños aducidos y manifiestan para ello argumentos científicos. Sin embargo, en el presente caso ha de irse más allá por dos razones. Una, que el primer Informe pudiera ser tachado de interesado, ya que lo emite el Jefe del Servicio donde se perdieron las muestras; la otra, que el Informe Técnico se limita en su valoración final a hacer suyo el contenido del Informe del citado Jefe de Servicio, reproduciendo

casi textualmente los párrafos más sustanciales del mismo y sin aportar o abundar en otras explicaciones. Por tanto, se hace necesario conocer por otras vías complementarias a los informes si la pérdida de las muestras de tejidos tuvo o no como consecuencia el daño de hacer inútil la autopsia y de impedir el correcto diagnóstico de una enfermedad genética cuyo conocimiento era relevante para los familiares del difunto al que se le practicó la necrosis. Las reclamantes entienden que el vínculo existe “en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervenciones extrañas que alteren el nexo causal”.

Sin duda, los demás documentos del expediente arrojan también una importante luz sobre el primer asunto, es decir, sobre la relación entre el mentado extravío y la consecuencia de tener las reclamantes que soportar inútilmente la realización de una autopsia al pariente fallecido. Para ello, es importante diferenciar dos actuaciones de la Administración: la dirigida a confirmar en el finado el síndrome de Marfan, y la encaminada a saber si portaba el gen FBN1, relacionado con dicho síndrome. Del informe provisional anatomopatológico nº, se deduce con claridad que el objeto de la autopsia fue averiguar si el paciente fallecido sufría el síndrome de Marfan, dato de interés para sus familiares dado el carácter genético de esta enfermedad. Tras el estudio macro y microscópico de los órganos del cadáver se apunta: “sospecha de síndrome de Marfan”, y es en el párrafo siguiente -o sea, después y no antes de realizada la autopsia-, cuando el anatomopatólogo escribe: “se envió tejido fresco sin fijar para valoración genética de posible alteración molecular relacionada con sospecha de enfermedad de Marfan (Servicio de Genética)”. Por tanto, no llevan razón las reclamantes sobre la inutilidad de la autopsia por el hecho de haberse extraviado con posterioridad las muestras de tejido, pues ni se hizo la autopsia con esta finalidad (para ello bastaría con una simple extracción localizada) ni su realización fue inútil, ya que fue una práctica necesaria para verificar la causa de la muerte, información de gran valor para los familiares.

Por lo que respecta al segundo asunto, la pérdida de las muestras de tejido y la imposibilidad de “conocer el resultado de unas pruebas genéticas que nos afectan directamente”, la conclusión es que tampoco se puede establecer una relación de causalidad. Evidentemente, existe un nexo causal entre el mentado extravío de las muestras y la imposibilidad de conocer el resultado que hubiese arrojado su análisis genético. Sin embargo, no existe ese nexo con el daño que se aduce: la privación de los resultados de unas pruebas del fallecido que “afectan directamente” a sus familiares y los inconvenientes de tener que realizar la hermana del finado y su hija pruebas genéticas para saber si portan aquel gen. En efecto, el envío de las muestras de tejido al laboratorio del Servicio de Genética tenía como finalidad verificar si el fallecido portaba el gen FBN1. Existiría relación causal con el daño pretendido por las reclamantes si, conociendo la existencia de ese gen en el tejido analizado, se pudiera concluir automáticamente que los familiares también lo portan; pero no es el caso.

El estado actual del conocimiento científico sobre el síndrome de Marfan corrobora la información vertida en los dos informes técnicos recogidos en el expediente y a los que antes se hizo referencia. Es decir, dicho síndrome está ligado a la presencia en el enfermo del gen FBN1 y que se manifiesta en pacientes con unas características morfológicas determinadas. Los estudios científicos lo describen como un gen caracterizado por resultar altamente mutante, lo que, unido a la constancia de algunos casos sin relación familiar, hace que al análisis genético para la detección del síndrome en el paciente no se le conceda un valor concluyente para los familiares. En otras palabras, aunque las muestras de tejido no se hubiesen extraviado y cualquiera que hubiese sido el resultado de su análisis, los familiares del fallecido sólo podrían saber si portaban el gen FBN1 sometiéndose ellos mismos a las pruebas pertinentes. Por lo demás, esta información la tenían las propias reclamantes, ya que en el Informe del Jefe de la Sección de Genética Pediátrica del Hospital de 17 de febrero de 2005, se aconseja que, a pesar de no presentar

estigmas marfanoides la hermana del fallecido y su hija, si quieren salir de dudas sobre si portan el mentado gen deben realizarse las pruebas genéticas.

En suma y como queda dicho, el reconocimiento por la Administración de su autoría en el extravío de las muestras, no comporta sin más el reconocimiento de su responsabilidad patrimonial. Ha de haber un nexo causal con el daño alegado y, en el presente caso, no existe tal como pretenden las reclamantes “una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto” entre el funcionamiento anormal del servicio público sanitario por la pérdida de las muestras de tejido y el daño aducido.

SÉPTIMA.- Este dictamen podría finalizar con la constatación de que falta uno de los requisitos esenciales para que pueda haber responsabilidad patrimonial de la Administración, el nexo causal. No obstante y dado que se reclama por un daño real y moral es necesario hacer una breve referencia al mismo. Según el artículo 139.2 de la LRJPAC “el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado”. Por tanto, aunque hubiese una relación causal entre el mal funcionamiento de la Administración y los daños padecidos, éstos deberían tener esas características para su identificación con relevancia jurídica. En el presente caso y por lo que respecta al daño real, éste no está especificado en la reclamación ni individualmente valorado, ya que aparece mezclado en un todo con el daño moral. Además, de materializarse en algo, tendría que ser en los gastos ocasionados por haberse hecho pruebas genéticas la hermana reclamante y su hija, pero ni constan en el expediente estos gastos ni estas pruebas se hubiesen podido evitar, con o sin extravío de las muestras. En lo que respecta al daño moral, el único que podría estar vinculado al anormal funcionamiento de la Administración sanitaria sería el relacionado con la pérdida de las muestras de tejido y con el desconocimiento del resultado de su análisis. Ahora bien, dicho extravío no tuvo como consecuencia un daño real mínimo del que pueda predicarse como derivación un daño moral. Ciertamente que la reparación del daño moral siempre es compleja ya que, según sostiene el

Tribunal Supremo, “por su carácter afectivo y de *pretium doloris* [el daño moral] carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo” (Sentencia de 16 de marzo de 2002, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que reitera en unificación de doctrina la de 24 de enero de 1977). Sin embargo, ello no destruye el principio de que quien alega debe probar. En lo tocante al daño moral la carga de la prueba es liviana, pero existe. En las citadas sentencias del alto Tribunal se afirma que, “para acreditar el daño moral basta con la prueba de los hechos básicos en que se concreta la pérdida de salud o el daño fisiológico”. Dicho en otras palabras, el daño moral tiene un carácter abstracto, espiritual y subjetivo, pero para su valoración jurídica y económica ha de determinarse su existencia real. Para ello no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente; en cambio, sí cabe examinar si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar. A través de esta vía se podrá objetivar el daño moral en los términos que requiere el artículo 139.2 de la LRJPAC, o sea, el daño afectivo se podrá calificar como “efectivo”, “evaluable económicamente” e “individualizado”. Pues bien, el daño moral aducido por las reclamantes no tiene que ver con el extravío de las muestras. Sí con la autopsia realizada al ser querido y con las pruebas genéticas a las que se sometieron la hermana del fallecido y su hija pero, una y otras, fueron necesarias y estaban justificadas con independencia del hecho puntual del anormal funcionamiento del servicio público sanitario. El no poder saber, a causa del mencionado extravío, si el finado portaba el gen FBN1, no creó en los familiares una zozobra evitable e innecesaria, ya que para acabar con ella sólo había un camino: someterse ellas a análisis específicos de su ADN. Por otra parte, no figuran en el expediente datos, siquiera mínimos, que permitan valorar económicamente el *pretium doloris*, ya sean informes psiquiátricos, bajas laborales por depresión u otros análogos. Tampoco hay proporción ni criterio razonable entre la determinación del presunto daño hecha por las reclamantes y la estimación de su cuantía. Así, ambas solicitan la misma

cantidad, 36.000 euros, por el doble daño de soportar una autopsia a su juicio innecesaria y de tener que someterse a una serie de pruebas genéticas, según ellas evitables de no haberse perdido las muestras de tejido. Sin embargo, ese supuesto doble daño sólo lo pudo haber padecido una de las reclamantes, la hermana del fallecido que, junto con su hija, realizó las pruebas genéticas, pero no la madre, que únicamente habría sufrido el primero de los dos daños alegados.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y en consecuencia que debe desestimarse la reclamación formulada por doña y doña"

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL ACCIDENTAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.