

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 1 DE SANTANDER

SENTENCIA

En Santander, a 14 de noviembre de dos mil catorce.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo n° 1 de Santander los autos del procedimiento Ordinario 320/2013 sobre responsabilidad patrimonial en el que interviene como demandantes,, representados por Procurador y defendidos por el letrado y como demandados el Servicio Cántabro de Salud, y la entidad ASEGURADORA, representada por Procurador y defendida por el Letrado, dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora presentó, en el nombre y representación indicados, escrito de interposición de recurso contencioso administrativo contra la resolución del Director Gerente del SCS que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración efectuada por el demandante.

Admitido a trámite el recurso se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente.

SEGUNDO.- Evacuado este trámite y efectuados los emplazamientos exigidos en la ley, se dio traslado al actor para que formulara demanda en la que solicitó la declaración de nulidad de la resolución recurrida, el derecho del demandante a ser indemnizado de los daños y se condene al demandado al pago de las sumas que indica para cada perjudicado, más interés legal y costas.

Tras ello, se dio traslado a los demandados personados que presentaron su contestación en tiempo y forma oponiéndose a la pretensión.

Fijada la cuantía del pleito en 300000 euros y resueltas las cuestiones procesales planteadas se acordó recibir el pleito a prueba señalándose día y hora para la práctica de las admitidas como pertinentes y útiles, esto es, documental y las periciales de parte.

TERCERO.- Finalizado el periodo de prueba, se presentaron conclusiones por las partes tras lo cual el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores, padres del menor nacido con una patología congénita, ejercitan una acción de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Cántabro de Salud por la privación de su derecho a ser informados de las diversas opciones y a ejercer el derecho a abortar, como consecuencia de la mala praxis médica, concretamente en la detección de la patología del feto a la vista de las ecografías de seguimiento del embarazo. Solicitan la indemnización de los perjuicios morales en la cuantía de 300000 actualizables, más intereses incluidos los del art. 20 LCS y el coste total de por vida de tratamientos y asistencias médicos completos, incluso en instituciones privadas y las que se originen por tal situación, más las costas.

El Servicio Cántabro de Salud se alza contra la pretensión aduciendo la corrección de la actuación y la inexistencia de pérdida de oportunidad pues la madre no hubiera tenido derecho a interrumpir el embarazo. Igualmente impugna la cuantía.

La compañía aseguradora alega prescripción, la inexistencia de mala praxis pues no hubo error relevante por cuanto la ecografía de la semana 20 no tiene por finalidad comprobar el sexo y añade la ausencia de relación causal y de antijudicialidad. Igualmente, recurre el importe de la cuantía por excesivo.

De conformidad con los arts. 41 y 42 LJ, la cuantía se fija en 300000 euros.

SEGUNDO.- El art. 106.2 CE consagra el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración al señalar que “los particulares, en los términos establecidos en 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”. El régimen de tal responsabilidad, cuyo conocimiento se atribuye, en todo caso, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en los arts. 9.4 LOPJ y 2 e) LJ, se desarrolla en los arts. 139 a 146 de la LRJAP 30/1992 debiendo tenerse en cuenta, a su vez, el art. 121 LEF. Concretamente, el art. 139 citado establece que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos”.

Desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia emanadas en torno a este régimen, puede decirse que, para que surja la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración se requieren los siguientes requisitos:

- a) Un hecho imputable a la administración, siendo suficiente por tanto con acreditar que se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.
- b) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, es decir, que el que lo padece no tenga el deber jurídico de soportarlo. El perjuicio patrimonial ha de ser real, evaluable económicamente, efectivo y individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- c) Una relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la administración y el daño producido.
- d) Ausencia de fuerza mayor, como causa ajena a la organización y diferente del caso fortuito.

El fundamento de este sistema se ha desplazado desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable a la perspectiva del patrimonio del perjudicado, sin que ello signifique prescindir del requisito de la causalidad y por ello de la imputación (esto ha llevado a ciertos sectores doctrinales a criticar la denominación que reiteradamente se efectúa del régimen como de responsabilidad objetiva por generar equívocos que han provocado excesos). Es decir, el centro del sistema es el concepto de lesión que no puede entenderse en sentido vulgar o coloquial de perjuicio sino como pérdida patrimonial antijurídica. Esta antijuridicidad no deriva del hecho de que la conducta del autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva) sino de la circunstancia de que tal pérdida no deba ser soportada por el perjudicado por existir un deber jurídico que se lo imponga, lo que supone que la antijuridicidad se predica del efecto de

la acción como principio objetivo de garantía del patrimonio del administrado. De esta forma se exige para que aparezca el concepto de lesión, el perjuicio, la ausencia de causas de justificación de la producción del mismo respecto del titular y la posibilidad de imputarlo a la Administración. Este elemento de la imputación es esencial para el surgimiento de la responsabilidad no bastando la mera relación de causalidad pues es preciso que la lesión causalmente ligada a la acción u omisión pueda ser jurídicamente atribuida, en este caso, a quien constituye una persona jurídica. Así, la doctrina baraja diversos títulos de imputación como que el agente haya obrado en el ámbito de organización de aquella (lo que excluye la imputación en caso de contratistas, concesionarios o profesionales libres, en general), que se presuma externamente como expresión del funcionamiento del servicio público normal o anormal, la creación de un riesgo en beneficio de la actividad administrativa o el enriquecimiento sin causa.

Es por ello, que no basta con atribuir causalmente el perjuicio al funcionamiento de un servicio sino que es preciso atribuirlo jurídicamente en virtud de un título de imputación. Si al servicio público implicado no puede exigírsele en Derecho la neutralización del riesgo de que se trate, debe negarse que el daño en que se concrete ese riesgo sea consecuencia del funcionamiento del servicio y, con ello, debe negarse la imputación jurídica del daño a la Administración; y ello moviéndonos en el marco del requisito de la relación de causalidad, pues este es un requisito jurídico, que no se integra solo con la conexión física (en el plano de la realidad de hecho) entre el evento y la implicación del servicio público (aspecto fáctico del requisito que se traduciría en la regla conocida como “condito sine quanon”), siendo precisa una posterior valoración, en términos de Derecho y con referencia al fenómeno jurídico de la responsabilidad, de esa conexión fáctica, valoración que se ha traducido en tesis como la de la causalidad adecuada o de la imputación objetiva del daño y que, en cualquier caso, persigue lo que es propio del material jurídico: la valoración racional de lo fáctico. A la conclusión que cabe llegar es que el sistema de responsabilidad de la Administración no es puramente objetivo en el sentido de prescindir de criterios jurídicos de imputación del daño para erigir la causalidad física en un único origen de la responsabilidad (no se alude aquí a la normalidad o anormalidad del funcionamiento en el sentido de conductas culpables o no culpables como criterios a los que tradicionalmente se ha referido la objetividad del sistema) ni tampoco subjetivo (culpa o funcionamiento anormal como criterio de imputación) sino un sistema policéntrico en el sentido de que existe una pluralidad de criterios jurídicos que permiten resolver el juicio de imputación. Esos títulos no sirven como criterios para resolver todos los supuestos.

TERCERO.- En relación a esta materia, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2002 unifica criterios en torno al alcance de la denominada tradicionalmente responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando que: « en reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo (se) tiene declarado, Sentencia de 5 jun. 1998, que "La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su

prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico".»

Y la STS de 6 de noviembre de 1999 afirma que “Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá, entonces, deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”.

CUARTO.- Este sistema es exactamente el que rige cuando el daño se origina por el funcionamiento del servicio público sanitario, ámbito, al cual son de aplicación, así mismo, las reflexiones anteriores sobre el sentido de la denominada responsabilidad objetiva de la Administración. De este modo, debe analizarse la concurrencia de todos y cada uno de los elementos precisos para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial. No basta, por tanto, que se haya producido un resultado dañoso tras una intervención médica en un centro público sanitario, es preciso, que el mismo sea imputable, en los términos expuestos, al funcionamiento del servicio (y no evidentemente a la propia enfermedad padecida) teniendo en cuenta que la prestación médica es una obligación de actividad y no de resultado de modo que el paciente solo tiene derecho a ser asistido adecuadamente pero no a ser curado. Igualmente, otro elemento fundamental es la antijuridicidad del daño, no bastando, por ello, el simple detrimento patrimonial. Por último, la relación de causalidad entre la acción u omisión de la administración sanitaria y el resultado antijurídico han de ser acreditados. En relación a estos requisitos, es reiterada la jurisprudencia que exige para imputar a la administración el daño sanitario que el mismo sea consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio, que se concretará en el incumplimiento de lo que se ha venido denominando “lex artis ad hoc”, esto es, la actividad médico asistencial (aporte de medios y uso de los mismos) que, atendiendo a las posibilidades que ofrezca el estado de la ciencia en el momento dado (art. 141.1 LRJAP), la comunidad científica estime la apropiada para la lesión o el padecimiento de que se trate (**SSTS 14-10-2002, 25-4-2002**). Así, la **STS de 25-4-2002** establece que “El motivo no puede prosperar por cuanto para que exista responsabilidad patrimonial la lesión debe ser antijurídica y en el caso de autos no lo es. El resultado dañoso no puede tener tal calificación porque desarrollada la atención sanitaria con corrección desde el punto de vista técnico científico lo que no es exigible es la curación en todo caso ni que ésta se produzca sin secuelas de ningún tipo.

Prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas.”

Así, frente a reclamaciones basadas exclusivamente en la existencia de responsabilidad objetiva, la muy reciente **STS de 19-4-2011** establece que “la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración.

En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004 , que " ... es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de Marzo de 2.007 (Rec. 7915/2003) , 7 de Marzo de 2007 (Rec. 5286/03) y de 16 de Marzo de 2.005 (Rec. 3149/2001) que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso ".

En la de 7 de julio del mismo año, dictada en el recurso de casación núm. 4776/2004, dijimos que " La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95 , FJ5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97 , FJ5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02 , FJ5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ2 º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05 , FJ3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01 , FJ3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/03, FJ3 º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04 , FJ. 3º)]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1 , de la Constitución), esto es, a que se les

garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos ".

QUINTO.- Los actores fundan su pretensión en la existencia de mala praxis consistente en una omisión, un error en la detección de la discrepancia entre el sexo genético y el físico que hubiera permitido detectar la patología de la menor y conceder a los padres el derecho a optar por la interrupción voluntaria del embarazo antes de la semana 22 y, por ello, en condiciones legales distintas a aquellas en que se ofreció tal posibilidad.

Sostienen que al tratarse de una embarazada en edad de riesgo, se practicó la prueba de amniocentesis reflejando que el feto era varón. En la ecografía de la semana 20, no se indicó nada sobre la apariencia de los genitales externos y el sexo, indicando que todo era normal. Pero el 13-1-2011 acudieron a una clínica privada y en la prueba se detectó que los genitales externos eran de sexo femenino. Se repitió la amniocentesis en la semana 25+2 del embarazo confirmando el sexo varón, si bien los genitales externos eran femeninos y el feto carecía de útero. Por ello, se informó a la familia del riesgo del embarazo y la madre solicitó la interrupción que fue denegada dado el avanzado estado de gestación. Se concluye que el diagnóstico no fue normal pues conforme a todos los protocolos de la SESEGO, en la eco de la semana 20 se debería haber visto la apariencia genital sin género de dudas y detectar ya el riesgo. Este error privó del derecho a elegir y optar por la interrupción. Tal privación genera tres daños indemnizables, conforme a las doctrinas de la separación de daños y de la "responsabilidad por rebote":daño moral por la privación del derecho a elegir; daño moral a los padres por el padecimiento o impacto psicológico derivado de la contemplación diaria del menor discapacitado objetivado en el síndrome ansioso depresivo de los padres; daño patrimonial por el sobrecoste en atenciones y operaciones, pues habrán de afrontarse tres intervenciones, como son, extirpación de gónadas, tratamiento hormonal, adecuación genital al sexo femenino y tratamiento psicológico

Frente a ello, la administración alega que la menor nació con síndrome de Morris o trastorno de diferenciación sexual pero tal diagnóstico no podía alcanzarse con certeza antes, es decir, no habría diagnóstico prenatal posible. Así, la simple sospecha de Morris no sería válida para autorizar una interrupción tras la semana 22 al no ser una enfermedad ni incompatible con la vida ni extremadamente grave. La existencia de otros riesgos sería irrelevante ya que no se han confirmado después. El síndrome de Morris no es una enfermedad que pueda calificarse de grave anomalía en el feto a efectos del art. 15.b) LO 2/2012 ya que no hay discapacidad. Igualmente impugna la cuantía, pues los tratamientos futuros están en la cartera de prestaciones de la Seguridad Social y se proporcionarán gratuitamente, al igual que el tratamiento psicológico de los padres. La cuantía, es la propia de un supuesto de nacimiento con graves malformaciones

discapacitantes o síndrome de Down, pero no es el caso. Finalmente, la esterilidad sería consecuencia de la propia enfermedad sin conexión causal con la acción médica.

La entidad aseguradora mantiene esta postura y añade la prescripción, por cuanto la anomalía congénita del feto ya era conocida a fecha 26-1-2011 y la reclamación se formuló el 8 de mayo de 2012. Considera que no hay relación causal entre la acción u omisión y el síndrome, ajeno a toda actuación médica y sostiene que tal patología es de muy difícil diagnóstico prenatal. Además, en la ecografía de la semana 20 puede suceder que no se vea el sexo por la postura y se confíe en el resultado de la amniocentesis. Y eso porque el objetivo de tal ECO es descartar anomalías congénitas estructurales tras un estudio de la anatomía fetal. Continúa afirmando que no era un supuesto legal de interrupción del embarazo por cuanto ni siquiera es una "grave anomalía el feto" razón esta por la que el Comité denegó la interrupción según el art. 15 LO 2/2010. Para terminar rechaza la indemnización por cuanto el síndrome no implicará discapacidad alguna y los tratamientos están recogidos en el régimen de la Seguridad social, calculando por Baremo un daño máximo de 81481,68 euros, sin que quepa admitir indemnizar daños futuros no concretados.

Como sucede en muchos procesos de este tipo, la cuestión de prueba gira en torno, fundamentalmente, al análisis de las periciales médicas que se elaboran donde se analiza la actuación médica desarrollada, la posible relación de causalidad con el resultado final y la valoración del daño. Tales pruebas se convierten en determinantes pues aportan al juzgador los conocimientos técnicos de los que carece, debiendo resolver la complicada cuestión de la valoración de tales opiniones para formar su convicción. Así, el juzgador carece de conocimientos médicos para valorar por su cuenta las patologías, la aplicación de los protocolos a la vista de los síntomas, los diagnósticos o para concluir si la decisión de los especialistas era o no equivocada médicamente. El juzgador cuenta con las periciales médicas para formar su convicción a partir de la valoración, según las reglas de la sana crítica, de las opiniones técnicas aportadas y decidir, en caso de discrepancia, tras analizar las mismas, cuál debe servir como medio de prueba para llegar a una conclusión, jurídica y no médica.

Desde el punto de vista fáctico, no existen discrepancias en la dinámica de las actuaciones médicas relatadas en el expediente, en la demanda y periciales.

Existen varios informes periciales, junto con la documentación médica y el resultado de las pruebas, como son el Informe del Servicio de Ginecología (f. 36), Informe de la Inspección (f. 69 a 76), Informe pericial de la aseguradora (f. 77 a 101), a lo que se unen las pruebas practicadas en el procedimiento, Pericial de parte actor y sobre valoración del daño del codemandado, aseguradora.

SEXTO.- La primera cuestión a resolver es la relativa a la prescripción. El codemandado entiende que debe computarse el plazo de un año desde el 26-1-2011 momento en que se define la anomalía genética siendo que la reclamación es de ocho de mayo. Sin embargo, como después se expondrá, haciendo

referencia a las consideraciones teóricas y jurisprudenciales, aquí no se ejercita una acción por mala praxis causante de un resultado lesivo o dañoso. El actor no afirma, ni puede hacerlo, que la patología del nacido sea consecuencia de la actuación u omisión médica. Lo que se dice es que hay relación causal entre una mala praxis y la privación de un derecho a decidir, por cuanto esa mala praxis privó, en el momento oportuno, del derecho a decidir la interrupción del embarazo. Al no permitirse el ejercicio de esa opción y derecho, se produjo el nacimiento de un feto con malformaciones siendo entonces que se decide entablar una acción de "wrongful birth". Es decir, el nacimiento no es un daño o perjuicio en sí mismo pero es solo con ese nacimiento que se hace efectiva la posibilidad de ejercer este tipo de acción, cuya naturaleza luego se explicará. Así, el día a quo debe fijarse en la fecha de nacimiento, el 9 de mayo.

Rechazada la prescripción debe analizarse el fondo de las alegaciones a la vista de la prueba.

El primer núcleo de debate es el relativo a la interpretación de la ECO semana 20. No hay duda alguna que en el informe no se constata el sexo, es decir, no se dice si era masculino o femenino correspondiendo la carga de la prueba al servicio público, de que se ha actuado con la debida diligencia (art. 217.6 LEC). El protocolo de la SESEGO establece como preceptivo el estudio anatómico sistemático y en el modelo de informe, según explicaron los expertos e informe pericial de parte actora, existe un apartado relativo al sexo.

No es este el lugar para decidir sobre la responsabilidad del facultativo que intervino siendo irrelevante el porqué de una negligencia y por ello, si se tenía o no el nivel de cualificación para interpretar el resultado. Lo relevante es el hecho admitido por los dos peritos de ambas partes de que a las 20 semanas el sexo se ve y si no se comprueba en la eco no es porque no esté manifestado sino, posiblemente, por la postura del feto. En este caso, pudiera entenderse que no se comprobó el dato. Pero no cabe hablar de que se confió en la amniocentesis, por cuanto la misma solo da el dato genético. Incluso el perito de la codemandada afirma (f. 97 EA) que la ECO 20 semanas tiene por objeto comprobar la anatomía y deficiencias estructurales, lo que, en este caso, es claro que no se refleja pues no se observaron debidamente los genitales externos y por tanto reflejándolo en el informe, por lo que no se cumplió el protocolo. Sin embargo, el informe del f. 36 no dice que no se pudiera observar la apariencia sexual. El facultativo dice que hubo un error al no advertir el sexo como femenino tal vez porque hubiera un asa de cordón entre los genitales y él estuviera condicionado por el dato de la amniocentesis. Es decir, sí vio los genitales pero interpretó mal el dato. No poder ver en un momento determinado el sexo del feto no es un error pero obviar toda comprobación es una omisión que debe reputarse contraria a la diligencia. Es cierto que esta omisión, no está relacionada causalmente con el resultado, pero aquí no se denuncia esto, sino la pérdida de una oportunidad. Y tal omisión no es tan irrelevante como parece ponerse de relieve por los demandados, más cuando hay una normativa sobre interrupción del embarazo que pone el acento en los plazos, y la ECO se hace en la semana 20 para

comprobar, precisamente, malformaciones. Difícilmente se comprobarán si no se observan en este caso los genitales o la observación es inadecuada. También es cierto que en un supuesto de embarazo no de riesgo, en que no se hubiera practicado una amniocentesis, esta cuestión de la ECO sería irrelevante, pues no hubiera permitido detectar la anomalía genética. Pero no es el caso. Precisamente en este tipo de embarazos se practican unas pruebas que son complementarias pero en este caso, en una, no se efectuaron todas las comprobaciones o, no adecuadamente.

De todos modos, lo que dice el informe es que el facultativo observó los genitales pero no vio nada extraño, confiando, en una prueba previa, en vez de contrastar resultados. Hubo error en la interpretación y esto es indudable, pues tres semanas después, otro facultativo no tuvo duda alguna (f. 10 EA). Y así resulta del informe de Inspección. Es decir, lo que estos informes concluyen, partiendo de la afirmación de la propia facultativa que hizo la ECO, es que se confió, con el resultado de la amniocentesis y que su interpretación fue errónea. Ha de tenerse en cuenta que, conforme al dictamen de la codemandada, la ECO 20 semanas es la más importante, de lo que cabe deducir el especial cuidado en su práctica e interpretación. Y esto resulta también de la pericial de parte actora, que coincide en este punto.

Sentado esto, la siguiente cuestión es decidir si tal omisión en la información de la ECO sobre el estado externo de los genitales o la apariencia sexual del feto, está o no relacionada causalmente con una pérdida de oportunidad. Para ello, debe comprobarse si, efectivamente existía esa oportunidad o no y la referida relación causal.

En el examen de tal cuestión quiere partirse de la doctrina teórica y jurisprudencial sobre las acciones de "wrongful birth".

SÉPTIMO.- Para ello, se quiere citar una sentencia de la jurisdicción civil mencionada en la demanda, dictada cuando estas reclamaciones se resolvían en ese ámbito y ello, por hacer una clara exposición doctrinal del tema. Esta sentencia fue confirmada por la del TS de 4-11-2010. La SAP de Salamanca de 29-11-2006 señala " Las acciones de responsabilidad civil contra el profesional de la medicina codemandado ejercitadas por la parte actora se ajustan al grupo de acciones que la doctrina científica y jurisprudencial identifica, recurriendo a su denominación anglosajona, como "Wrongful Actions"; distinguiendo posteriormente entre "wrongful conception", "wrongful birth" y "wrongful life". En todas ellas, se reclama con distintos matices el daño o daños que se derivan del nacimiento de una persona: sea por el simple hecho de nacer cuando no se esperaba ese acontecimiento, sea por el hecho de que nazca un ser humano con malformaciones no conocidas ni esperadas, o sea por el hecho mismo de vivir con malformaciones. Otro rasgo común a este grupo de acciones es que el hecho causante de la responsabilidad se centra en una infracción de la " **lex artis** ad hoc", ya por mala praxis médica o impericia profesional, ya por incumplimiento de deberes básicos de prudencia, o ya por una infracción del deber básico de

información al paciente. Pero mientras la acción del tipo "wrongful conception" (conocida también como "wrongful pregnancy") hace referencia a las reclamaciones interpuestas por los progenitores con motivo de los daños irrogados de la concepción y nacimiento no deseados de un hijo sano, al fallar las medidas anticonceptivas adoptadas por el médico demandado (v.gr., vasectomías y ligaduras de trompas fallidas, colocación de dispositivos intrauterinos defectuosos o ineficaces; cfr. SSTS de 25 de abril de 1994, 10 de octubre de 1995, 31 de enero de 1996, 11 de febrero de 1997, 27 de junio de 1997, 5 de junio de 1998, 24 de septiembre de 1999 y 11 de mayo de 2001), las acciones "wrongful birth" y "wrongful life" se refieren a las reclamaciones interpuestas por la madre o por ambos padres en nombre y derecho propio o a las formuladas por los padres en nombre de su hijo con motivo de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian por lo general, no a un error médico en sentido estricto, sino a la negligencia omisiva del facultativo por no realizar las pruebas que hubieran podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación que conlleva la privación de la facultad u opción de abortar en plazo legal. En tales casos, si los padres reclaman en su propio nombre y derecho el daño moral y patrimonial padecido por ellos mismos con motivo del nacimiento de un hijo con malformaciones nos encontraremos ante el supuesto de "wrongful birth actions", mientras que si los padres reclaman en nombre del niño, en cuanto representantes legales del mismo, el daño moral y patrimonial que sufrirá éste durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones estaremos ante "wrongful life actions". (Para una distinción entre las distintas acciones mencionadas, vid. STS de 11 de mayo de 2001).... En este sentido las acciones de "wrongful birth" o nacimiento injusto encuentran su justificación en nuestro país en la despenalización del aborto eugenésico, resolviéndose así el conflicto entre el supuesto derecho a la vida del nasciturus (art. 15 CE 1978) y el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la madre (art. 10 CE 1978) a favor de esta última, entendiéndose que la madre podrá optar por abortar libremente si el nacimiento de un hijo con anomalías puede comportar una carga que excede de lo que normalmente es exigible a la madre y al conjunto de la familia (cfr., STC 53/1985); de manera que el hecho de no agotar las posibles vías de detección de malformaciones ofrecidas por la técnica y la praxis médica y/o el no informar a la madre en el momento oportuno (antes de la vigésima segunda semana de gestación) de la posible existencia de malformaciones o, incluso, de cualesquiera dudas que el facultativo pudiera tener sobre la existencia o no de malformaciones que hicieran recomendable una exploración adicional más detallada, puede apreciarse como un acto culposo o negligente que causa un daño consistente en privar a la madre de la decisión de abortar o no.

Sin embargo, 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 (vid., J.C. GALÁN CORTÉS, Responsabilidad civil médica, en J.I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ (Dir.), La responsabilidad civil profesional, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pg. 257).

Las acciones de responsabilidad basadas en casos de nacimiento injusto han sido objeto de varios pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Supremo (cfr., *SSTS de 6 de junio de 1997, 4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 21 de diciembre de 2005*), así como por distintas Audiencias Provinciales (cfr. *SAP Madrid de 5 de mayo de 1998, SAP Vizcaya de 18 de enero de 1999; SAP Barcelona de 8 de mayo de 2000; SAP León de 8 de marzo de 2001; SAP Baleares de 6 de junio de 2001; SAP Cádiz de 17 de septiembre de 2002*). Por el contrario, las acciones de responsabilidad por vida injusta, a pesar de haber sido planteadas en más de una ocasión (progenitores que demandan en nombre de su hijo nacido con malformaciones), no han recibido hasta el momento una respuesta específica por parte del Alto Tribunal (cfr., *SSTS de 4 de febrero de 1999 y 18 de diciembre de 2003*)... La posibilidad de admitir acciones de responsabilidad por nacimiento injusto en nuestro Derecho no conduce a que pueda afirmarse con carácter general que exista un nexo causal objetivizado entre la falta de detección de las malformaciones por el facultativo o facultativos que realizan el diagnóstico prenatal y los daños morales y patrimoniales que puedan derivarse del nacimiento de una persona con malformaciones, sino que ese nexo causal podrá establecerse en situaciones muy concretas en las que quede acreditado suficientemente que una actuación facultativa negligente y/o en su caso una deficiente información al paciente (la paciente embarazada; incumpliendo así los presupuestos previstos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre) privó a los padres de la posibilidad de decidir

sobre la práctica de un aborto eugenésico dentro del plazo legal, además de las consecuencias morales y patrimoniales que el nacimiento del niño con malformaciones conlleva normalmente. La doctrina científica habla al respecto del "falso negativo" como origen o motivo de imputación de responsabilidad civil al médico: cuando se ofrece un falso negativo (es decir la ausencia de malformaciones en el feto), por acción u omisión, existiendo la tecnología y los conocimientos científicos suficientes para proporcionar un diagnóstico correcto que refleje adecuadamente el mal o defecto que sufre el "nasciturus", el daño que se produce como consecuencia de la privación de la libertad de decidir sobre la posibilidad de abortar en el plazo legal pasa a ser un daño indemnizable para los principales afectados por esa falsa información, los progenitores y, en su caso, el propio nacido (vid., A. MACÍA MORILLO, La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life), Tiran lo Blanch-Monografías, nº 363, Valencia, 2005, pg. 80)... Al producirse una lesión del derecho de información de la paciente (*arts. 2, 4 y 5 Ley 41/2002*) como consecuencia de una mala praxis médica, se está privando a la paciente de un derecho reconocido en la Ley como es el decidir, si lo considera conveniente para sus intereses, practicar un aborto eugenésico dentro del plazo legalmente establecido para ello. La falta de información o una información defectuosa sobre el estado del feto hacen que la paciente desconozca una información relevante para su autodeterminación personal, privándola de la opción de decidir sobre un posible aborto. Así, la lesión del derecho de información, como reverso de la infracción del deber de información del médico, incide sobre la esfera más íntima del paciente, constituyendo una infracción del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (que incluye la libre determinación del paciente en relación con la planificación familiar), *ex art. 10 CE*. El daño no reside, pues, en la infracción del derecho de información del paciente, prescindiendo de si produce efectos o no en la esfera moral o patrimonial del titular de ese derecho. Desde la perspectiva jurídico-civil el daño indemnizable reside en los efectos que esa infracción puede producir en el ámbito de autonomía personal del paciente. El daño se identifica en el efecto que conlleva la lesión del derecho de información, no en la mera privación de este derecho de información. (Sin perjuicio de que la simple infracción del derecho a la información pueda conllevar algún tipo de responsabilidad administrativa por infracción de deberes legales; cfr., *Disposición adicional sexta Ley 41/2002*.) Así, el daño indemnizable reside en la privación misma del derecho a decidir sobre la posibilidad de practicar un aborto eugenésico dentro del plazo legal. Y por tanto puede concluirse, junto a doctrina autorizada, que se trata de un daño de naturaleza exclusivamente moral... Así pues, partiendo de una noción objetiva y amplísima de daño, que incluiría todo menoscabo que puede sufrir una persona en sus bienes vitales naturales o en su patrimonio como consecuencia de la constatación de un determinado evento, el Tribunal Supremo ha seguido la senda marcada por la mejor doctrina científica, distinguiendo sutilmente entre la indemnización de la vida misma y la indemnización de los daños derivados del

nacimiento y vida de un ser con graves malformaciones, diferenciando al efecto entre daños morales y patrimoniales. Todo ello, seguramente, en el cabal entendimiento de que los daños padecidos como consecuencia de una lamentable negligencia médica y vulneración del derecho a la información no pueden solventarse reconociendo e indemnizando solamente el daño moral derivado de la privación misma del derecho a decidir sobre el aborto caso de haber conocido las graves malformaciones congénitas del feto (partiendo de que pudieron haberse conocido de haber actuado el médico de manera diligente). Se trata, entonces, no de sublimar la vida (bien sublime "per se"), sino de sublimar la autonomía personal y el libre desarrollo de la personal individual y familiar.

OCTAVO.- Esta doctrina se recoge, también en la jurisdicción civil en STS Sala 1ª de 21-12-2005 que no se reproduce para no extender más la resolución si bien se destaca este razonamiento "siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe de proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro... al omitir esta información a los actores, se les privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales puesto que si hubieran sabido con el suficiente tiempo el resultado informado o explicado de las pruebas hubieran podido actuar en consecuencia al encontrarse en tiempo de abortar y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional... Con estos antecedentes, es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligent...para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo ... relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones... El daño, por tanto, resulta no sólo del hecho haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir a cerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquel derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por si mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas (STS 6 Junio 1997). Este, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los

padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos".

Ya en la jurisdicción contenciosa, esta doctrina se reproduce en STSJ de Madrid de 29-7-2013 que cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sección 4, de 28 de marzo del 2012 o SAN de 24-10-2011.

NOVENO.- Partiendo de esta doctrina, lo que debe analizarse no es la relación causal con un daño o patología ni con la pérdida de oportunidad terapéutica sino con la privación o afectación al derecho a decidir. La defensa de la administración demandada y de la aseguradora se ha centrado en defender que no había derecho a la interrupción voluntaria del embarazo conforme al art. 15 LO 2/2010 pues así lo decidió el Comité de valoración ética, cuya decisión sería correcta. Y se añade que tampoco existiría el derecho aún cuando se hubiera planteado la cuestión antes de la semana 22, al no existir riesgo grave riesgo para la vida o salud de la embarazada ni riesgo de grave anomalías en el feto.

En este sentido se expresa el dictamen pericial de la aseguradora. Sin embargo, el mismo, aparte de dirigirse en gran medida a hacer una exposición teórica sobre la patología, interesante pero no relevante para el caso concreto, analiza la decisión que sí se tomó tras las 22 semanas. El problema está en que, en este caso, la correcta lectura de la ECO 20 semanas, hubiera permitido incluirse en otro supuesto del art. 15 de la LO 2/2010 distinto al valorado por el Comité. El Informe de Inspección relata que el Comité de Ética no aprobó la petición de interrupción en la semana 25+2 por la avanzada edad gestacional. Así se recoge al f. 41. En el acta del Comité, doc. 1 de contestación, se dice que el cuadro posiblemente sea el síndrome de Morris y que no es incompatible con la vida ni una enfermedad extremadamente grave e incurable y no compromete la supervivencia, ni la calidad de vida en general ni mental. Es decir, analiza el supuesto legal correspondiente a un periodo posterior a las 22 semanas, más riguroso.

El Informe de la codemandada solo analiza la corrección de la decisión tomada, que nadie juzga, esto es cuando se habían superado las 22 semana, pero no la que podría haberse adoptado antes. En sus conclusiones, la codemandada se centra en unas consideraciones ético legales sobre los derechos en juego ajenas a este pleito. Aquí, no debe resolverse sobre una revisión de la decisión del Comité que no ha existido, pues nunca se sometió el asunto antes de la semana 22, ni es objeto de pleito decidir si el Síndrome de Morris es uno de los supuestos legales para la interrupción ni es objeto el que se sustituya por el Juez la decisión de un comité. Lo único que cabe analizar es si se ha privado o no a la familia de una posibilidad en el ejercicio de un derecho. Por tanto, lo que debe hacerse es valorar esa posibilidad desde la perspectiva, no teórica, sino del caso. Y por ello,

no se admite la conclusión categórica de la codemandada de que un Síndrome de Morris no permitiría nunca la interrupción del embarazo legalmente.

El mismo informe de la codemandada, califica la patología de malformación congénita mayor que no implica minusvalía o deficiencia de ningún tipo pero sí esterilidad, necesidad de cirugías y seguimientos y problema evidente psicosocial. Respecto de la información que se suministró a la familia, a la vista de lo ocurrido después en que, comprobada la discordancia de sexo, se explicaron las diversas opciones (f. 17 EA), no cabe duda de que, de advertirse en la semana 20 la discordancia entre el sexo físico y el genético, el supuesto legal para la interrupción del embarazo habría sido otro dentro del art. 15 LO 2/2010. En la pericial de la codemandada, f. 4, se hace constar que tras la amniocentesis de la semana 24 se informó a la pareja del riesgo de seguir adelante y que se desconocía cómo iba a ser el embarazo por lo que solicitan la interrupción. A ello se une el que todos los peritos admiten que puede ser difícil el diagnóstico prenatal del síndrome de Morris (lo que nada tiene que ver con la negligencia en la interpretación de la ECO, referida a una simple discordancia entre lo que se ve y el resultado de otra prueba y que alerta de un problema). Pues bien, es muy difícil sostener que si en la semana 25+2 con más grado de certeza en el pronóstico del problema, se informó del riesgo a la familia para que solicitara, si lo entendía oportuno, la interrupción, tal posibilidad no hubiera existido antes. Y que, existiendo, la decisión, teniendo en cuenta la mayor dificultad de pronóstico por la existencia de otras alternativas más graves a las que alude el informe de la parte actora, hubiera sido sin género de dudas la misma.

Esta conclusión categórica no se admite. No se sabe qué hubiera decidido el Comité, ni se puede reproducir esa decisión con datos obtenidos a posteriori. Lo relevante es que se hubiera ofrecido a la familia la posibilidad de usar su derecho en un supuesto legal diferente, con unas condiciones diferentes y con una información diferente. Y por ello, existe la posibilidad de una decisión diferente. En este sentido, es esencial la pericial de la parte demandada y las explicaciones de los peritos en la vista. En primer lugar, debe decirse que el supuesto legal no alude a la certeza de un diagnóstico, ni establece un catálogo de enfermedades, sino a la valoración de la existencia de un riesgo para la madre o para el feto. Y es en la valoración de ese riesgo cuando debe tenerse en cuenta el requisito de que la posibilidad de abortar es excepcional y no para establecer un cuadro de patologías. El doctor ... declaró que en caso de lectura correcta en la semana 20, se hubiera valorado la situación y reconoció que en el momento en que se valoró, es decir, después de la semana 22, solo se ponderaba una posibilidad, muy alta pero no una certeza de diagnóstico. A este respecto, el

perito de la actora, miembro de un Comité ético durante 10 años, señaló que en el caso de interrupción dentro de las 22 primeras semanas, con la información que había, al existir riesgo de otras patologías, él hubiera opinado a favor de la interrupción y que de hecho, su comité ha autorizado dos casos iguales. El perito de la codemandada mostró más dudas pero tampoco fue categórico en la negativa aludiendo a que dependería del caso y el comité.

Es decir, la posibilidad existía y si nos e hizo efectiva fue como consecuencia de la falta de información. Y esa privación se debió a una indebida interpretación de la ECO, por lo que hay relación causal. Y la privación del derecho es además antijurídica, sin que deba ser soportada por el usuario del servicio, por cuanto la incorrecta interpretación se debió a una negligencia y un exceso de confianza en una información previa de otra prueba que debía ser contrastada.

Se dan así todos los elementos de la responsabilidad patrimonial imputable a la administración prestadora del servicio, debiendo estimarse la acción. Esa responsabilidad hace surgir la de la aseguradora contra la que se ha dirigido la demanda, que responderá de forma solidaria.

DECIMO.- Sentado esto, ha de abordarse el espinoso tema de la valoración de unos perjuicios, eminentemente morales, pues, dada la acción ejercitada, lo que se indemniza son los daños a los padres y no la patología del menor.

Muchas de las sentencias citadas, incluidas las del TS (en el contencioso parece predominar el tanto alzado, criterio también seguido por la Sala 1ª, o la STSJ de Castilla y León de 8-2-2013) optan simplemente por establecer una cantidad alzada, lo que genera evidentes problemas de subjetivismo. Esta solución es la que ha tomado el actor que no ofrece ningún dato objetivo de la cifra que pretende (se dicen 300000 euros pero podrían ser un millón).

De nuevo, se acude a la SAP de Salamanca de 29-11-2006 que realiza un encomiable esfuerzo por objetivar la indemnización argumentando que "La cuestión fundamental, llegados a este punto, estriba en distinguir adecuadamente entre considerar como daño la vida misma (el nacimiento de un ser) y los daños que pudieran derivarse del impacto psicológico de descubrir el nacimiento de un niño con gravísimas malformaciones que le impedirán valerse por sí sólo durante el resto de su vida, así como de los gastos patrimoniales que seguramente generará su asistencia y mantenimiento durante toda su vida. La doctrina científica se ha ocupado de deslindar entre unos y otros daños, siguiendo la "doctrina alemana de la separación" ("Trennungslehre"), la cual descarta la

existencia de un daño como tal en el hecho mismo del nacimiento y vida discapacitada del niño con malformaciones, pero afirma contundentemente la presencia indubitada de un daño en las cargas patrimoniales que ese nacimiento y vida discapacitada genera para los progenitores (cfr., *Sentencias del Tribunal Supremo Alemán, "Bundesgerichtshof", de 18 de enero y 22 de noviembre de 1983, y de 23 de marzo de 1995, entre otras; Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, "Bundesverfassungsgericht", de 12 de noviembre de 1997*); y, aunque no lo contemplen la doctrina y jurisprudencia alemanas, tampoco parece haber inconveniente en afirmar la existencia de daños morales por el impacto psicológico que el nacimiento y vida con malformaciones puede causar en los progenitores que sorpresivamente reciben al niño con unos defectos no esperados, al haber obtenido anteriormente del médico responsable un "falso negativo" (cfr. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica...*, cit., pgs. 337 y ss.).

En esta línea de precisa separación entre el nacimiento y vida discapacitada como daño y los daños asociados a los costes morales y patrimoniales derivados de ese nacimiento y vida discapacitados, se sitúan también la "doctrina francesa de la pérdida de oportunidades" ("perte de la chance"), en la que el daño se identifica con la privación de las oportunidades o expectativas esperadas previsiblemente por los progenitores de no haberse producido el evento dañoso inesperado (la oportunidad de evitar un gasto que, sin embargo, se produce con el nacimiento de un hijo discapacitado), y la -también gala- "doctrina de la responsabilidad por rebote" ("responsabilité par ricochet"), según la cual la contemplación constante de la condición enferma del hijo discapacitado así como la atención permanente que exige tal condición, produce un daño "de rebote" en los progenitores, moral y patrimonial, que les habilita para exigir una reparación. Teorías estas que parecen recogerse por nuestro *Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2003 ...*

Ahora bien, esta Sala considera que la doctrina de la pérdida de oportunidades enlaza de manera directísima el daño reclamado con el nacimiento y vida discapacitada (al reclamar el daño consecuente a la privación de la oportunidad de evitar las pérdidas patrimoniales provocadas por el nacimiento de un hijo discapacitado), frivolizando en cierto modo (por reducción crematística) con el hecho mismo del nacimiento de un ser discapacitado, y atentando así posiblemente contra los derechos constitucionales a la vida y a la dignidad humana (*arts. 10 y 15 CE*); por lo que debe descartarse como argumento de fondo para justificar una responsabilidad por daños morales y patrimoniales por el nacimiento de un ser con graves malformaciones. Sin embargo, la responsabilidad por rebote por los daños derivados de la condición enferma del ser nacido con malformaciones genéticas, a pesar de lo grosero de la expresión permite distinguir nítidamente entre el daño experimentado por el ser

discapacitado (víctima directa) y el daño repercutido en la esfera moral y patrimonial de los progenitores (víctimas indirectas): el daño moral se acreditaría en el impacto psíquico que la sorpresa del nacimiento de un ser discapacitado causa en los progenitores que recibieron previamente un "falso negativo", además del sufrimiento por la constante contemplación de la situación desvalida del hijo enfermo y la preocupación por su situación futura; el daño patrimonial se concretará en los gastos que la atención médica del niño genere en el patrimonio de los progenitores... En suma, el recurso a la "doctrina de la separación" en combinación con la "doctrina de la responsabilidad por rebote" para justificar la presencia de daños morales y patrimoniales en los progenitores como consecuencia del nacimiento de un hijo con graves malformaciones, exige distinguir de manera muy precisa entre el daño que pudiera sufrir el hijo discapacitado (víctima directa) por el hecho de tener que soportar su misma vida con graves malformaciones (propio de las acciones del tipo "wrongful life") y el daño que tienen que soportar los progenitores (víctimas indirectas) en su esfera moral y patrimonial como consecuencia ("de rebote") por el nacimiento y vida discapacitada de su hijo cuando podrían haberlo evitado de haber tenido una información puntual sobre la posible existencia de tales malformaciones durante la fase de gestación (acción del tipo "wrongful birth").

Como se anticipara en fundamentos anteriores, no resulta posible considerar indemnizable el hecho mismo del nacimiento y de la vida discapacitada, por cuanto el derecho a la vida (*art. 15 CE*) no incluye un hipotético derecho a no nacer y vivir con malformaciones (M. MARTÍN CASALS/ J. SOLÉ FELIU, Comentario a la *STS de 7 de junio de 2002*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 60, octubre-diciembre 2002*, pg. 1121), además de no producirse un nexo causal entre la acción u omisión culposa del médico y el hecho del nacimiento y vida discapacitada (pues la negligencia médica no influye en la existencia misma de las malformaciones, fruto de un proceso natural), rechazándose así en definitiva la posibilidad de estimar acciones de responsabilidad por vida injusta ("wrongful life") en nuestro ordenamiento jurídico.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con las acciones de responsabilidad por nacimiento injusto ("wrongful birth"), pues en este caso el objeto de la indemnización es el daño padecido en la esfera moral y patrimonial de los padres como consecuencia del nacimiento y vida discapacitada de un hijo cuando podría haberse evitado recurriendo al aborto eugenésico en el plazo legal de haber tenido conocimiento puntual y suficiente de la posible existencia de malformaciones en el feto...:

a) En primer lugar el daño moral que supone la privación para los progenitores de la posibilidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo legal, si hubieran dispuesto de toda la información necesaria sobre la posible existencia de malformaciones en el "nasciturus".

b) En segundo lugar el daño moral que deriva del impacto psicológico de conocer el nacimiento de un hijo con gravísimas malformaciones inesperadas al haber recibido previamente un "falso negativo" por el médico responsable de la asistencia prenatal, así como por el padecimiento que supone la contemplación diaria del hijo discapacitado y la angustia por el futuro del mismo; daño que se produce en la esfera moral de los progenitores "de rebote" por el nacimiento y vida discapacitada del hijo con graves defectos genéticos.

c) En tercer lugar el daño patrimonial que el nacimiento y vida del hijo discapacitado conllevará "de rebote o reflejo" para los padres que deberán hacer frente a los gastos de atención de la minusvalía correspondiente.

Y objetiva los daños " a) Por lo que hace al daño moral derivado de la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo... la Sala entiende que pueden tenerse en cuenta como parámetros orientativos a la hora de valorar este daño no material los gastos patrimoniales especiales contrastados en Autos para la asistencia y educación del niño...las prótesis ortopédicas... valorados por el Centro Ortopédico ...

b) Por lo que se refiere al daño moral padecido por los demandantes "de rebote" por el nacimiento y vida discapacitada de su hija Antonieta ., la Sala hace suya, exclusivamente en este punto, la valoración contenida en el informe del especialista en medicina legal y forense...

c) Finalmente, en lo que atiene al daño patrimonial "de rebote" consecuente con los gastos a los que los progenitores tendrán que hacer frente para una adecuada atención de la niña nacida con graves malformaciones, es criterio de la Sala que no deben incluirse en este concepto todos los gastos posibles derivados del nacimiento del ser discapacitado, sino únicamente los gastos especiales asociados a los cuidados médicos que pudiera requerir la niña para llevar una vida "relativamente normal", no incluyendo los gastos de asistencia de tercera persona al no haber sido reconocida por los Servicios Sociales ... por lo que teniendo en cuenta también que existen ayudas públicas para los desplazamientos...se considera ajustado a las circunstancias particulares del caso (por ser además el único criterio objetivo disponible) cuantificar como daños patrimoniales por el concepto indicado más arriba exclusivamente el precio de las prótesis ..."

UNDÉCIMO.- Este criterio objetivador es el que se va a seguir, por seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y justicia con otros posibles casos que se sigan.

Así, deben valorarse dos daños morales y uno patrimonial y se deben valorar desde los parámetros objetivos disponibles. En este caso, solo se cuenta con una pericial de valoración del daño. El Baremo de Tráfico ha sido unánimemente usado como criterio orientador a la hora de valorar daños personales y como base para la fijación de daños por pérdida de oportunidad terapéutica y no hay razón para no hacerlo ahora. El perito, dado que el problema aquí analizado no se

contempla expresamente, parte de analizar las secuelas y necesidades de intervención de la menor, en las cuales hay coincidencia total entre todos los peritos: esterilidad, extirpación de gónadas, vaginoplastia, tratamientos hormonales y actuación psicosocial en relación al problema de evidente de aceptación de la sexualidad. Y partiendo de estos factores se compara con un supuesto sí integrado en Baremo, la pérdida traumática de testículos, que generaría unas consecuencias muy similares y lo valora en 40 puntos. Este criterio es razonable y no se ofrece alternativa alguna de valoración, con lo que se acepta. A la vez, valora los daños psicológicos, que sobre todo ha sufrido el padre. Ha de decirse en cuanto a esto, que el daño psicológico que se objetiva en las actuaciones como trastorno depresivo, no puede ser consecuencia exclusiva de la pérdida de oportunidad. Es decir, no cabe duda de que el simple hecho de que se diagnostique una patología de un feto, generará un impacto psíquico en los progenitores, aún cuando la actuación sea correcta. Y ese impacto existirá aún cuando se decida abortar. Por ello, el daño, que debe limitarse al producido por la pérdida de la oportunidad, se admite como valorado en 8 puntos. Ahora bien, dado que las cantidades que deban abonarse han de actualizarse y, al fin y al cabo, el Baremo es orientador y lo que en definitiva se fija es una cantidad estimativa, se actualizará ya en esta sentencia (carece de sentido fijar una cantidad que luego deba actualizarse con el IPC) y para ello, se usarán las propias cantidades actualizadas del Baremo a fecha de esta resolución.

Pues bien, la valoración del daño moral por la privación del derecho a decidir debe calcularse desde un parámetro objetivo y, dado que lo que se valora es una pérdida de un derecho a optar o elegir y no un daño físico, se entiende pertinente aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad elaborada en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, que no tiene que ver con el tema de la pérdida de oportunidad de la doctrina francesa en las acciones de *wronfull birth* a que alude la SAP de Salamanca citada. Según la primera, doctrina de la pérdida de oportunidad recogida en la STS de 3 de Diciembre de 2012 o la la STS de 20 de Noviembre de 2012, es una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio si bien en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. 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. Esta doctrina indica que la privación de expectativas constituye un daño antijurídico, puesto que aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina, los ciudadanos deben contar con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las Administraciones sanitarias. A que no se produzca una "falta de servicio" (STS de 7/// 2008, RC 4776/2004) en sentido concordante de "defecto de pericia y pérdida de

actividad" (STS 24/11/2009, RC 1592/2008). Partiendo de este concepto, la aplicación de esta doctrina exige acreditar cuales han sido las oportunidades perdidas y cuya indemnización se solicita (STS de 27 de Noviembre de 2012 (Rec. Casación 5938/2011), por cuanto lo indemnizable no es el daño en sí (secuelas) sino la pérdida de esa oportunidad de modo que la indemnización debe ponderarse en atención a dos elementos de difícil concreción como son "el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo" (SSTS 22 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, y de 19 de octubre de 2011, recurso de casación 5893/2011, 3 de julio de 2012, Rec. casación 6787/2010).

En este caso, como se dirá, el Síndrome de Morris no genera, ni mucho menos discapacidad o minusvalía de modo que quien lo sufre, sin perjuicio de ciertas actuaciones médicas, puede llegar a realizar una vida normal, algo que después se analizará. Y dado que los tratamientos indicados están cubiertos por el sistema de Seguridad Social y nada se acredita en cuanto a otros gastos añadidos, se partirá de los 40 puntos de secuela, ya actualizados que dan una cifra de 78822,4 euros que se pondera atendiendo a la probabilidad de la opción perdida. En este caso, se valora la probabilidad de que el comité hubiera estimado la petición y, a la vista de las dos opiniones de los peritos, una a favor sobre la base de su experiencia previa y, otra en contra, sin apoyo en esa experiencia, se fija un porcentaje del 60%, por lo que la cantidad será de 47293,44 euros.

En segundo lugar, se debe indemnizar el daño moral "de rebote" se acude a la única valoración del informe de especialista, en 8 puntos, que hacen un total de 7292 euros. Aquí, como ahora se explicará, solo se valora el efecto consecuencia de la privación del derecho pero no el impacto por la presencia de un hijo con minusvalía o deficiencia, que no concurre.

Finalmente, queda el daño patrimonial por el sobre coste en la crianza. Y es aquí donde debe hacerse una valoración que, además, se añade al razonamiento del punto anterior. No estamos ante un supuesto de nacimiento de un hijo discapacitado o con minusvalía, pues la patología no va a suponerlo en modo alguno como acreditan, unánimemente todas las periciales. El Síndrome de Morris no tiene por qué impedir una vida normal, salvo por la necesidad de practicar los tratamientos ya indicados (algo que no se aparta de otras enfermedades crónicas) y el problema referido a la condición sexual. Evidentemente, la discordancia del sexo físico y el genético y la esterilidad será algo a tratar psico-socialmente, pero que no tiene por qué suponer un obstáculo para una vida normal, como no lo es para las personas que se han puesto como ejemplo en la vista, ampliamente conocidas por su repercusión social y mediática. Y no cabe alegar un problema de aceptación social, pues la actual sociedad, en los parámetros de lo socialmente aceptado, rechaza y combate cualquier tipo de obstáculo, traba o discriminación por razón de la condición sexual o como consecuencia de su definición, ya sea por un tema de origen patológico o, simplemente, derivado de la libre decisión del individuo. Y claro, está, el apoyo del entorno familiar, decisivo, se da por supuesto. Por tanto, dado que los tratamientos están cubiertos

por el sistema público y no cabe prever especiales dificultades en el desarrollo de la persona por el apoyo familiar garantizado y el social, no existe prueba de sobrecoste alguno.

En definitiva, se entiende que solo cabe indemnizar el daño moral por una privación de una posibilidad de elegir y ejercer un derecho a que fue privada la familia, que se redondea en 55000 euros. Es decir, no se indemniza por una pérdida de oportunidad terapéutica, por lo que, es irrelevante el tema de si el síndrome de Morris permite o no la interrupción voluntaria del embarazo, algo que aquí ni se decide ni se prejuzga. Se indemniza la afectación al derecho a decidir libremente del que fue privada la familia, pues, de haberse actuado correctamente, hubiera podido solicitar y ejercer el derecho a interrumpir el embarazo en un supuesto legal distinto y en unas condiciones diferentes. Y esa diferencia impide entender que el derecho se satisfizo después en los términos en que se ofreció.

Respecto de la obligación de asumir el coste de los tratamientos de por vida no se estima por cuanto ni es un daño real y efectivo, sino hipotético y futuro, ni está en forma alguna concretado salvo los tratamientos ya valorados los cuales están cubiertos por el sistema público de salud.

DUODÉCIMO.- Tal cantidad ya está actualizada y devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago, para aseguradora y administración (art. 106 LJ).

No procede sin embargo, el interés del art. 20 LCS para la aseguradora según reiterada doctrina de la Sala del TSJ de Cantabria en la materia, STSJ de Cantabria de 15-6-2012 (que revoca la de instancia de este juzgador solo en este extremo), entre otras muchas dado que la reclamación en el EA no se ha dirigido expresamente contra esta compañía aseguradora, que ha intervenido como interesada pero no para responder a una petición indemnizatoria dirigida expresamente contra ella. Respecto de los intereses del art. 20 LCS dispone la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sección 4, de 28 de marzo del 2012 en caso parecido que “en un caso como el de autos, en el que el rechazo por la Administración asegurada de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, hasta el punto de ser refrendado por la Sala de instancia en su sentencia, no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización. De ahí que, siguiendo en este punto el criterio que es de ver en la sentencia de 19 de septiembre de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 4858 de 2002, no proceda acceder a aquella pretensión.”

DÉCIMO TERCERO.- De conformidad con el art. 139 LJ, en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la

parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho .

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora en nombre y representación de contra la resolución del Director Gerente del SCS, **SE ANULA** la misma y **SE CONDENA** al Servicio Cántabro de Salud y a la entidad ASEGURADORA a indemnizar solidariamente a los actores en la cantidad de 55000 euros que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo pago.

No se hace especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese esta resolución al interesado, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, mediante escrito razonado que deberá contener las razones en que se fundamente, y que deberá presentarse ante este Juzgado, en el plazo de quince días, a contar desde el siguiente a su notificación. Para la interposición de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.