

## EDJ 2005/206730

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 21-12-2005, nº 1002/2005, rec. 1986/1999

Pte: Seijas Quintana, José Antonio

Comentada en "Casuística más reciente del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil médica. Respuesta de los tribunales"

### Resumen

*Estima la Sala del TS parcialmente el recurso de casación deducido por los demandantes contra las sentencias que en la instancia y la apelación rechazaron su pretensión de ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del nacimiento de un hijo con síndrome de down cuando no habían sido informados de dicha anomalía. Acreditado que la codemandante se sometió a una prueba de carácter genético, y acreditado que en dicha prueba resultó todo "conforme", argumenta la Sala contra el criterio sostenido en las dos instancias precedentes que no se informó a la actora al completo, reservándose el centro hospitalario determinada información. Este hecho provoca una serie de daños morales y patrimoniales necesitados de indemnización, sin que sea procedente el pago del interés del 20% reclamado pues no se trata de una mera discrepancia en la cuantía de la indemnización sino incluso sobre su procedencia.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.106.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.1243 , art.1902 , art.1903

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	7

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

##### SUPUESTOS DIVERSOS

Errores médicos

Culpa o negligencia

Responsabilidad de médicos

#### INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Clases

Daño moral

En general

Prueba

Cuantificación

#### VALORACIÓN DE LA PRUEBA

##### ERROR DE HECHO A EFECTOS CASACIONALES

Diversos supuestos estimatorios

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.106.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.1243, art.1902, art.1903 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 30/1995 de 8 noviembre 1995. Ordenación y Supervisión de Seguros Privados

Cita art.139 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.10.5, art.10.6 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita art.1, art.2, art.25, art.26, art.27, art.28 de Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Cita Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Cita art.626, art.627, art.628, art.631, art.632 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 8 noviembre 2004 (J2004/159602)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 octubre 2004 (J2004/159541)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 31 marzo 2004 (J2004/14256)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 17 diciembre 2003 (J2003/174009)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 23 julio 2003 (J2003/80469)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 29 mayo 2003 (J2003/17151)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - Clases - Daño moral - Cuantificación STS Sala 1ª de 7 junio 2002 (J2002/22236)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 25 abril 2002 (J2002/10138)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 11 marzo 2002 (J2002/3623)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 3 noviembre 2001 (J2001/37641)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 7 mayo 2001 (J2001/5532)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 4 diciembre 2000 (J2000/40713)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 24 mayo 1999 (J1999/9235)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 2 octubre 1997 (J1997/7985)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 26 septiembre 1997 (J1997/6746)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 6 junio 1997 (J1997/3439)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 25 abril 1994 (J1994/3636)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STC Pleno de 11 abril 1985 (J1985/53)

### Bibliografía

Comentada en "Casuística más reciente del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil médica. Respuesta de los tribunales"

Citada en "Significado y alcance del deber de información y del consentimiento informado en el ámbito de la medicina satisfactiva: breves reflexiones a propósito de la STS de 21 de octubre de 2005"

En la Villa de Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 622/93, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu y en nombre y representación de Dª Carmen y D. Jesús, y como partes recurridas el Procurador D. Luís Pulgar Arroyo, sustituido por fallecimiento el Procurador D. Ángel Luís Fernández Martínez, en nombre y representación de El Servicio Vasco de Salud-Osakidetza-, el Procurador D. Antonio Castillo Olivares Cebrian, en nombre de "Seguros P., S.A.", y el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de "Seguros y Reaseguros A., S.A."

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Alfonso José Bartua Rojas, en nombre y representación de D. Jesús y Dª María Carmen interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra "Seguros P., S.A.", "Seguros y Reaseguros A., S.A.", Servicio Vasco de Salud y Hospital de Basurto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene a los demandados Osakidetza, Hospital de Basurto, "Seguros y Reaseguros A., S.A." y "Seguros P., S.A." con responsabilidad directa y solidaria al pago de 50.000.000 de pesetas a Dª Carmen y otros 50.000.000 a su cónyuge D. Jesús con imposición de los intereses al 20% desde la fecha del hecho causante y con imposición de las costas a los demandados.

2.- El Procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, en nombre y representación de "Seguros y Reaseguros A., S.A." y, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que admitiendo las excepciones dilatorias invocadas o, en su caso, las causas de oposición a la demanda, desestime íntegramente la misma absolviendo a mi citada representada, con imposición de costas a la parte actora, por el Procurador Xavier Nuñez

Irueta, en nombre y representación de “Seguros P., S.A.”, contesto a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación termino suplicando al Juzgado dictarse en su día sentencia por la que se acojan las excepciones procesales alegadas por esta parte o, en su caso, y entrando a resolver el problema de fondo, se desestime íntegramente la demanda formulada contra mi representada, absolviendo a ésta de todos y cada uno de los pedimentos adversos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento a la parte actora, por el Procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de Osakidetza (Servicio Vasco de Salud y el Hospital de Basurto), contesto a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, termino suplicando al Juzgado se dicte sentencia.

Primero.- Se sirva dar lugar a la excepción de litis consorcio pasivo necesario.

Segundo.- Se sirva dar lugar a la excepción de falta de personalidad del demandado Hospital de Basurto.

Tercero.- En el hipotético e improbable caso en que no se admitan las excepciones planteadas, se desestime las peticiones solicitadas de adverso con expresa condena en costas a la parte actora.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue:

Fallo: Que desestimando la demanda promovida por la representación procesal de D<sup>a</sup> Carmen y D. Jesús contra el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza, Hospital de Basurto, “Seguros P., S.A.” y “Seguros y Reaseguros A., S.A.”, debo absolver y absuelvo a los citados demandados de todos los pedimentos frente a ellos contenidos en el súplico del escrito de demanda, sin verificar expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte apelante, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, dictó sentencia con fecha 18 de enero de 1999, cuya parte dispositiva es como sigue:

Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús y D<sup>a</sup> María del Carmen contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 11 de los de Bilbao en autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 622/93, de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la apelada, sin dictar particular pronunciamiento en las costas de esta alzada.

TERCERO.- 1.-El Procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Carmen y D. Jesús, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos del recurso:

Primero.- Al amparo del art. 5.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por incurrir la sentencia recurrida en infracción precepto Constitucional. Se denuncia en este motivo, la infracción por la sentencia recurrida del art.106-2º de la Constitución.

Segundo.- Al amparo del ordinal tercero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia recurrida en quebrantamiento de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión a esta parte.

A) La sentencia recurrida ha infringido las normas que regulan los actos y garantías procesales y concretamente lo dispuesto en los art. 626, 627 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que disponen.

Tercero.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicable a las cuestiones objeto de este debate. Al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia en este motivo la infracción, por la sentencia recurrida del art.1243 del Código Civil, complementado con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto.- Al amparo del ordinal 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico e infracción de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de este debate. Al amparo del núm. 4 del art.1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia en este motivo la infracción, por la sentencia recurrida de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, en relación con los arts. 1º, 2º, 25º, 26º,27º y 28º de la Ley número 26/1984 Ley General de Consumidores y Usuarios de fecha 19-07-1984.

Quinto.- Al amparo del ordinal 4º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico e infracción de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de este debate. Infracción de las normas aplicables al caso. Se denuncia en este motivo la infracción, por la sentencia recurrida de los arts.1902 y 1903 del Código Civil, en relación con los arts 10-5º y 10-6º de la Ley General de Sanidad 14/1986 de 25 de abril.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, a los Procuradores D. Ángel Luís Fernández Martínez, en nombre y representación de Servicio Vasco de Salud -Osakidetza Hospital de Basurto. al Procurador D. Antonio del Castillo Olivares Cebrian, en nombre y representación de “Seguros P., S.A.” y D. J. Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de la Compañía Mercantil “Seguros y Reaseguros A., S.A.” presentaron escritos de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día uno de diciembre del 2005, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el mes de mayo de 1992, D<sup>a</sup> María Carmen, de 40 años de edad, madre de tres hijos, acudió al Servicio de Genética del Santo Hospital Civil de Basurto, en la actualidad Hospital de Basurto, integrado en el Servicio Vasco de Salud "Osakidetza", remitida por el Hospital Virgen del Camino de Pamplona. El objetivo no era otro que la realización del diagnóstico prenatal, el detectar si el

feto pudiera estar afectado del síndrome de Down (trisomía del par 21), para, si así fuera, interrumpir la gestación. El día 26 de mayo, en el día 12+6 de la gestación, y en dicho servicio hospitalario, le fue practicada el método de diagnóstico prenatal consistente en una biopsia Corial transabdominal bajo control ecográfico, cuyo resultado le fue comunicado primero telefónicamente (10 junio) y después mediante sendas cartas acompañadas de informes clínicos, de fechas 2 y 8 de julio.

En la primera se le dice que "el examen de todas las mitosis permite afirmar que se trata de una dotación diploide, cuya fórmula cromosómica establecemos como: 46, XY de hombre citogenéticamente normal". En la segunda, se le participa el mismo resultado positivo, esperando que "el embarazo llegue a feliz término". El parto tuvo lugar el día 31 de octubre de 1992 y D<sup>a</sup> Carmen dio a luz a un hijo varón, Javier, afectado por síndrome de Down. D<sup>a</sup> María del Carmen y su marido, D. Jesús, formularon demanda de responsabilidad civil contra el Servicio Vasco de Salud "Osakidetza", el Hospital de Basurto, las Compañías de "Seguros P., S.A." y "Seguros y Reaseguros A., S.A.". En su propio nombre, reclamaron una indemnización de 50 millones de pesetas para cada uno de ellos, con más el interés del 20% desde la fecha del hecho causante (26 de mayo de 1992).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao absolvió al Hospital de Basurto, por falta de personalidad jurídica, así como al resto de los demandados con el argumento de que no concurre el requisito de la conducta negligente, puesto que fueron correctas las pruebas prenatales y la actora fue suficientemente informada tanto de los riesgos que comportaban como de la imposibilidad de asegurarle absolutamente el nacimiento de un hijo sin problemas. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya desestimó el recurso de apelación formulado por los demandantes, al considerar diligente la actuación de quienes hicieron las pruebas; pruebas que, a juicio de la Audiencia, no fracasaron y que "en función de los datos aportados el diagnóstico se acomodó a la *lex artis*, debiéndose su equivocación (el niño sufría síndrome de Down) al margen de error que existe en toda incluso en la más diligente".

Entiende, también, que fue cumplido el deber de informar desde la idea de que "no está comprendido dentro del derecho de información del paciente todos y cada uno de los extremos que pueden ser apreciados en una prueba médica, biológica o análoga... y la existencia de un dato perturbador que había sido desechado técnicamente por carecer de importancia no queda comprendido dentro del derecho de información invocado". Conviene señalar que con este razonamiento se da respuesta al reproche hecho desde la demanda de no haber sido informados del hallazgo efectuado (una célula con un cromosoma más) para, en función del mismo, decidir sobre la continuación o no del embarazo. Los actores interponen recurso de casación, formulando los motivos que han sido reseñados en los antecedentes de esta sentencia.

SEGUNDO.- El art. 106.2 CE EDL 1978/3879, que se dice infringido en el primer motivo, consagra constitucionalmente el principio de responsabilidad civil de la Administración Pública por las lesiones causadas a los bienes y derechos de los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor. Este principio, que desarrolla la Ley de 26 de noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (el artículo 139 EDL 1992/17271 reproduce casi literalmente texto constitucional), contempla la responsabilidad de la Administración y no ha sido desconocido por la Sentencia recurrida, en función de las acciones formuladas y el resultado de las pruebas que valora.

TERCERO.- Tampoco infringe los artículos 626, 627 y 628 de la LEC de 1.881 EDL 1881/1, causando indefensión, porque la transgresión que se alega, hecha en primera instancia, fue subsanada en la segunda a través de las diligencias para mejor proveer, dando a quien ahora recurre la posibilidad de hacer efectivo su derecho a la prueba pericial desde el momento en que las preguntas que quedaron sin respuesta fueron contestadas en la alzada a partir de la iniciativa tomada por el órgano jurisdiccional, tanto para formar su propia convicción sobre el material del proceso, como para proteger de forma conveniente los derechos de quien no pudo participar directamente en la prueba, teniendo en cuenta que se trataba de un informe a que se refiere el artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1, al que no es aplicable las normas procesales de la pericia ordinaria, entre ellos el de la ratificación judicial (S 26 septiembre 1997 EDJ 1997/6746), por lo que el hecho de no haber dado oportunidad a los litigantes para formular las observaciones previstas en el artículo 626 LEC, tampoco implica la indefensión denunciada.

CUARTO.- La infracción que sustenta el tercer motivo viene referida a los artículos 1.243 del CC EDL 1889/1 y 632 de la LEC EDL 1881/1 y también se rechaza porque la apreciación de la prueba pericial corresponde a los tribunales de primera instancia y apelación, sin que sea susceptible de revisión casacional salvo que se incurra en error patente, arbitrariedad, o se contradigan las reglas del raciocinio lógico, lo que no ocurre en este caso en el que la valoración está basada en las apreciaciones efectuadas por el Colegio de Peritos, dirigidos por el Dr. Fortuny, y no es posible someterla a revisión porque ello significaría convertir la casación en una tercera instancia, lo que resulta absolutamente improcedente. Sin duda, la emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo convenientemente.

Y es que, con independencia de que el diagnóstico prenatal hubiera podido ser más exhaustivo o completo, la metodología empleada fue la correcta y las conclusiones alcanzadas tras realización de las pruebas pusieron de manifiesto datos que no es posible calificar de erróneos o arbitrarios, como son los siguientes:

- a) Las muestras fueron suficientes para el análisis del mínimo de metafases exigibles.
- b) El método directo, por bandeos o listados, era el adecuado al fin perseguido, detección precoz del síndrome de Down.
- c) La opinión de las citogenetistas del laboratorio del Colegio informante "coincide en la interpretación de los hallazgos en las preparaciones examinadas, ya que concurren los criterios de pseudomosaicismo (una sola célula presumiblemente anormal por la presencia de un cromosoma extra, dudosamente del grupo G y observado únicamente en uno de los portas)". Con todos estos datos, la Audiencia consideró que el diagnóstico se acomodó a las normas propias de la "*lex artis*", o lo que es igual, cumplió los parámetros médico-legales

exigibles. La biopsia corial transabdominal es una técnica de diagnóstico prenatal y al Centro Sanitario correspondía la libre decisión de aplicar una u otra técnica de las posibles en estos casos, en razón de las circunstancias concurrentes y de la mayor fiabilidad diagnóstica.

La prueba estuvo además precedida de la información sobre los riesgos inherentes a su práctica y tiempo de realización, del posible fracaso de la técnica ("altamente improbable"), y de la finalidad de la exploración, relativa al estudio de anomalías cromosómicas y no defectos congénitos o de otra naturaleza, suscribiendo a tal fin el documento correspondiente, lo que se conoce como consentimiento informado.

QUINTO.- Lo anterior conduce al rechazo del siguiente motivo, en el que acusa infracción de los artículos 1902 y 1903 del CC EDL 1889/1, en relación con los artículos 1, 2, 25, 26, 27 y 28 de la LCU EDL 1984/8937, así como de la jurisprudencia aplicable al caso. La recurrente confunde diagnóstico erróneo con falta de información, a que se refiere el último motivo, y así se colige de la cita de la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1997 EDJ 1997/3439, que contempla un supuesto de fracaso de diagnóstico prenatal no informado a la paciente. La prueba dio su resultado y el Hospital asumió el riesgo no informado de un falso positivo o negativo, decidiendo por su cuenta no realizar otras ante el riesgo de aborto espontáneo.

SEXTO.- Donde está realmente el problema es en determinar si se advirtió a D<sup>a</sup> Carmen de alguna posible anomalía en el feto diagnosticada en el periodo prenatal, como es el síndrome de Down, y si se proporcionó a los recurrentes la información adecuada una vez realizadas las pruebas, a que se refieren las infracciones normativas denunciadas en el quinto motivo para decidir en consecuencia (arts. 1902 y 1903 CC EDL 1889/1, en relación con los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril EDL 1986/10228). La sentencia parte en este sentido de la consideración equivocada de calificar la información como una obligación accesoria y de vincularla a la realización de las prueba médicas para obtener el diagnóstico prenatal y no a la posterior del resultado diagnóstico.

El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la lex artis (SSTS de 2 de octubre de 1997 EDJ 1997/7985; 29 de mayo EDJ 2003/17151 y 23 de julio de 2003 EDJ 2003/80469, entre otras) y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994 EDJ 1994/3636; 2 de octubre de 1997 EDJ 1997/7985 y 24 de mayo de 1999 EDJ 1999/9235). 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 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.

No lo entendió así la sentencia puesto que no incluyó dentro del derecho de información invocado todos y cada uno de los extremos que pudieron ser advertidos en la prueba médica y, en particular, "la existencia de un dato perturbador que había sido desechado técnicamente por carecer de importancia". Este dato perturbador se conoce a través de la biopsia corial practicada a D<sup>a</sup> Carmen (Porta 4/2,8-81/47xy+G?), y no fue comunicado a los demandantes, antes al contrario se les aseguró que el feto era cromosómicamente normal: 46 xy, y que no padecía Síndrome de Down, permitiendo la continuación de la gestación.

No cabe duda de que, tratándose de una prueba diagnóstica prenatal, la información referente a que el feto estuviera afectado del Síndrome de Down, era el objeto propio y específico de la misma y que 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 (STS 6-VI-97 EDJ 1997/3439). Esta circunstancia no puede ser irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, a quien se le ha privado de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada ante situación tan delicada y comprometida, como la acontecida.

SÉPTIMO.- Con estos antecedentes, es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico 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, puesto que no siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del 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, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria, en los que debería ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón a la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados, como señaló la STC 53/85 EDJ 1985/53, derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el "nasciturus" o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales.

Desde esta idea, la sentencia de 7 junio 2002 EDJ 2002/22236, excluye esta relación y el consiguiente reproche, a partir del hecho probado contenido en la sentencia que se recurría en casación de que la madre "en ningún momento quiso abortar"; criterio este del que también sería posible establecer una relación distinta determinante de un daño exclusivamente moral entre la actuación sanitaria y la privación a la madre de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo, lo que la

sentencia de 6 de junio de 1997 EDJ 1997/3439 califica de "impacto psíquico". 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 valer por sí 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, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down. Fuera de ésta cobertura quedan los demás que no tengan relación con la minusvalía puesto no estamos en un supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad.

OCTAVO.- Asumiendo funciones de instancia, para su valoración, siempre difícil e insegura, en tanto no se establezcan unos baremos que permitan una concreción más objetiva a esta suerte de daños no patrimoniales, adaptados a las peculiaridades de la responsabilidad civil médica y al régimen de aseguramiento, hay que tener en cuenta todos estos aspectos en relación congruente con lo que se reclama en la demanda, lo cual, debidamente valorado, determina una indemnización de veintisiete millones de pesetas a favor de cada uno de los padres.

NOVENO.- De ambas indemnizaciones responderán solidariamente el Servicio Vasco de Salud "Osakidetza" y la Compañías "Seguros P., S.A.", no así la también demandada, "Seguros y Reaseguros A., S.A.", puesto que cuando la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi contrató la Póliza núm. ...6, el riesgo de responsabilidad civil del Hospital de Basurto no estaba incluido en la misma. En fecha 19 de marzo de 1992, este Hospital se integró en el Servicio Vasco de Salud, siendo el día 1 de marzo de 1992 la fecha de comienzo del efecto de la Póliza en la que quedaban excluidos de cobertura los Centros no pertenecientes a dicho Servicio. Precisamente para evitar el vacío de cobertura aseguradora generado por esta no inclusión, se optó por asegurar los riesgos de responsabilidad del mismo, a través de una Póliza suscrita con la codemandada Plus Ultra, con efecto 19 de febrero de 1992 al 19 de febrero de 1993 y que fue posteriormente ampliada hasta el día 1 de marzo de 1993, coincidiendo con la fecha de renovación de la Póliza de responsabilidad civil de la citada Comunidad Autónoma, renovación que tampoco cubre los riesgos del citado Hospital, en base a la cláusula de ámbito temporal de la misma.

El hecho de que el Hospital de Basurto hubiera sido absuelto en la instancia por carecer de personalidad jurídica no impide hacer efectiva la cobertura asegurada. La Ley de Contrato de Seguro viene a establecer dos clases de derechos perfectamente delimitados. Uno es el derecho del tercero perjudicado frente a la Aseguradora (artículo 76 EDL 1980/4219 ) y el otro el derecho del asegurado respecto a ésta (artículo 73 EDL 1980/4219 ). La finalidad de esta clase de seguros no es otra que garantizar al asegurado frente a terceros. Su operatividad, conforme a la reglamentación contractual que contiene la póliza, se produce en cuanto tengan causación efectivos daños o perjuicios por los que haya de responder legalmente la parte tomadora, como aquí sucede, al materializarse un riesgo asegurado.

DÉCIMO.- Finalmente, por lo que se refiere al interés del 20% a cargo de la aseguradora, dispone el artículo 20 de la LCS EDL 1980/4219 , antes de su reforma por Ley 30/95 EDL 1995/16212 , que "Si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 100 anual"; precepto que ha sido interpretado en numerosas resoluciones de esta Sala, especialmente en la consideración de lo que se debe entender por justa causa, como precisa la Sentencia de 8 de noviembre de 2004 EDJ 2004/159602 , pues, aún cuando diversas resoluciones "han considerado como causa justificada del retraso o demora la polémica o discusión sobre la existencia del siniestro o su causa -"si existe controversia que exija decisión judicial que determine si efectivamente la aseguradora ha de proceder a la cobertura del evento acaecido": SS. 11 de marzo de 2002 EDJ 2002/3623 y 22 de octubre de 2004 EDJ 2004/159541 -, o la incertidumbre sobre el importe de la indemnización -"cuando la oposición al pago se declara ajustada a derecho, aunque sea parcialmente":

S. 4 de diciembre de 2000 EDJ 2000/40713 ;"cuando la indemnización reclamada era exagerada": S. 17 de diciembre de 2003 EDJ 2003/174009 ;"cuando la determinación de la causa y en consecuencia de la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes": SS. 22 de octubre de 2004 EDJ 2004/159541 -, sin embargo también tiene declarado que carece de justificación la mera oposición al pago (SS. 7 de mayo de 2001 EDJ 2001/5532 y 25 de abril de 2002 EDJ 2002/10138 ), así como las maniobras dilatorias por parte de la entidad aseguradora, como la de negar la existencia del contrato (S. 3 de noviembre de 2001 EDJ 2001/37641 ), o "cuando la causa de la cantidad y la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente" -y ello tanto para antes como para después de la Ley de 8 de noviembre de 1995, cuya disposición adicional sexta EDL 1995/16212 dio nueva redacción al art. 20 LCS EDL 1980/4219 - (S. 31 de marzo de 2004 EDJ 2004/14256 )".

Por consiguiente, reconociendo que es ficticia la polémica sobre su aplicación en función de una previa decisión judicial respecto a la obligación de su abono y su concreción, ya que de admitirse lo haría prácticamente inviable, como también la subjetividad del daño moral, una inadecuada redacción de la cobertura, responsabilidad de la aseguradora, o la posible iliquidez de la deuda puesto que no se trata de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, se acepta el argumento de no imposición teniendo en cuenta que no estamos ante una mera discrepancia sobre la cantidad a indemnizar, sino ante un siniestro en el que no existía en el momento en que se produce una respuesta casacional definida en cuanto a la determinación de la causa y de su efecto en el orden indemnizatorio, que a la postre hubiera permitido a la

entidad aseguradora cumplir con los deberes que le impone la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , posponiendo de esa forma su imposición a la fecha en que esta resolución se dicta.

DUODÉCIMO.- Se revoca la sentencia del Juzgado, en cuanto no coincida con la presente resolución y en materia de costas procesales y de conformidad con el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer especial declaración de las de este recurso, salvo las causadas por Aurora Polar, que se imponen a la recurrente, y tampoco procede hacerla en relación a las de la primera instancia y de la apelación, a tenor de los artículos 523-2 y 710 de dicha Ley procesal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup> Carmen y D. Jesús contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 18 de enero de 1999, que casamos y anulamos parcialmente, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Bilbao de 26 de septiembre de 1995, y, en consecuencia, debemos condenar y condenamos al Servicio Vasco de Salud- Osakidetza-, y la Compañía “Seguros P., S.A.”, esta última dentro de los límites de cobertura, a que abonen como indemnización de daños y perjuicios y de una manera solidaria a los citados recurrentes la suma de veintisiete millones de pesetas a cada uno de ellos con más los intereses del 20% a cargo de la aseguradora, sobre las dos cantidades procedentes, computable desde la fecha de la presente resolución, hasta la que se realice el pago. Se mantiene en lo demás; todo ello sin hacer especial declaración en costas ni en este recurso, salvo las causadas a instancia de “Seguros y Reaseguros A., S.A.”, que se imponen a los recurrentes, como tampoco de las de la primera y segunda instancia. Líbrese a la referida audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- José Antonio Seijas Quintana.- Pedro González Poveda.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012005100983