

En la Villa de Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, el recurso de casación número 2362/2011, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D^a María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de D. César y D^a Nélide, contra la sentencia de quince de febrero dos mil once, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los autos número 677/2009.

Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación la Comunidad de Madrid, a través de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los autos número 677/2009, dictó sentencia el día quince de febrero de dos mil once, cuyo fallo era del siguiente tenor literal: “Estimando parcialmente el Recurso Contencioso Administrativo de núm. 677/09, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, D^a María del Carmen Giménez Cardona, en nombre y representación de D. César y D^a Nélide, quienes actúan en su propio nombre y en el de su hija, menor de edad, Carmen, contra la desestimación presunta de la reclamación presentada el 8 de enero de 2009, ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria que se le dispensó en el Servicio de Ginecología del Hospital Ramón y Cajal de Madrid; y declaramos la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid y la obligación de indemnizar a los reclamantes en la cantidad de cien mil euros, (100.000), más sus intereses legales desde la fecha de la notificación de esta sentencia hasta su completa ejecución. Sin costas”.

SEGUNDO.- La representación procesal de los actores preparó el recurso de casación el 17 de marzo de dos mil once. En fecha uno de abril de dos mil once la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación formulado, acordando el emplazamiento de las partes.

Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala, y formulado escrito de interposición por la representación procesal de los recurrentes, la Sección Primera acordó por Providencia de seis de septiembre de dos mil once la admisión del mismo, y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sección Cuarta, que otorgó plazo de treinta días para la formalización del escrito de oposición.

TERCERO.- La Comunidad de Madrid presentó escrito de oposición el 31 de octubre de dos mil once, solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Se acordó que las actuaciones quedaran pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se acordó para el día veinte de marzo dos mil doce, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de impugnación estima la demanda en base, sustancialmente al siguiente razonamiento: “El aspecto nuclear de la presente reclamación radica en determinar si ha quedado acreditada la existencia de una relación causa-efecto entre la asistencia sanitaria prestada y el resultado lesivo por el que se solicita indemnización. En concreto, dos son las causas de responsabilidad patrimonial que señala la demanda: Que no se le hicieron las pruebas suficientes a la paciente para detectar el síndrome de Down de su hija “cercenando el derecho de los padres a interrumpir el embarazo” y que no detectaron la dolencia cardiaca.

Respecto de la primera cuestión, según consta en el informe del Coordinador de la consulta de ecografía y diagnóstico prenatal, Dr. A. obrante a los folios 214 y 215 del expediente administrativo, “D^a Nélide, acudió a consulta de tocología el día 10 de octubre de 2007, con una edad gestacional de 10+3 semanas. En dicha cita se le facilitaron los impresos pertinentes para la realización del cribado combinado del primer trimestre (ecografía + analítica específica) así como el consentimiento informado para ello, según consta en las anotaciones que realiza su médico en la historia clínica y en la lista de trabajo de ese día. D^a Nélide, acude a consulta nuevamente el 5 de noviembre de 2007, con una edad gestacional de 14+1 semanas, y una datación ecográfica de 14-15 semanas, sin haberse realizado las pruebas de detección de cromosopatías. El seguimiento ecográfico realizado es el que se propugna la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y su Sección de Ecografía. Las ecografías realizadas a lo largo de su gestación han sido realizadas por facultativos debidamente cualificados.”

A pesar de estas afirmaciones del Dr. A., lo cierto es que tal y como consta en el protocolo aportado al expediente administrativo y refleja el informe de la Inspección Médica, las pruebas de cribado “se realizan antes de las 22 semanas de gestación (límite para aborto eugenésico en España”, consistiendo el “cribado serológico del primer trimestre (PAAPP-A y beta HCG libre entre las 8-13 semanas) o del segundo trimestre (AFP y beta HCG desde las 14 semanas)”

Y que, según consta en el informe de Tocoginecología, el día 10 de octubre de 2007 la paciente acudió a consulta con una edad gestacional de 10+3 semanas, siendo remitida a una nueva consulta para el 19 de octubre de 2007 donde, supuestamente, le iban a realizar las pruebas del cribado. No obstante, como se recoge en el informe del Médico Inspector “Consta en la Lista de Trabajo de Consultas Externas del Servicio de Ginecología del Centro de San Blas de fecha 10/10/2007 que se le citara para el día 19 de octubre de 2007, sin embargo dicha cita se demoró hasta el día 7 de noviembre de 2007, por causas ajenas a la Sra. Nélide, ya que según consta en el informe del

Servicio de Admisión existía demora en el Servicio de Ginecología. “Y en el informe elaborado por el Servicio de Admisión se refleja que: “(..) informamos que, tras consultar la información del Servicio de Admisión, en el momento en que la paciente solicitó cita el primer hueco libre para una revisión de Tocología era el 12/11/2007. Como era mucha demora se hicieron las gestiones oportunas y el día 26/10/2007 se obtuvo la autorización necesaria para citar sobre aforo el día 05/11/2007. “

Por otra parte, tanto en el protocolo aportado por el propio Servicio de Ginecología como en el informe del Médico Inspector, se establece que las pruebas del cribado se deben hacer en el primer y segundo trimestre, todo ello “antes de las 22 semanas de gestación (límite para aborto eugenésico en España)”, sin que a pesar de acudir a consulta durante el segundo trimestre tampoco conste que le hicieran las pruebas correspondientes: AFP y beta HCG desde las 14 semanas.

Así lo refleja el Médico Inspector en su informe al señalar que “Vuelve a acudir nuevamente a consulta el 5 de noviembre de 2007 con una edad gestacional de 14 +1 semanas y una datación ecográfica de 14-15 semanas, sin haberse realizado las pruebas del cribado combinado del primer trimestre, a pesar de ello no consta en la documentación aportada que en esta consulta se le solicitara de nuevo el cribado combinado del segundo trimestre (antes de las 22 semanas de gestación, como límite para aborto eugenésico en España” todo lo cual hace concluir al Médico Inspector que la asistencia prestada no fue correcta.- Por una parte la no realización de la prueba de cribado del primer trimestre y la demora en la citación desde el Servicio de Admisión, junto con la no realización tampoco del Cribado serológico del segundo trimestre (AFP y beta-HCG) antes de las 22 semanas de gestación (límite para aborto eugenésico en España) dieron lugar a que no se hubiera detectado la anomalía cromosómica origen del Síndrome de Down y por lo tanto no hiciera sospechar la Cardiopatía Congénita. Por tanto, se concluye que la asistencia prestada no ha sido correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc.*”

... De esta forma, si bien es cierto que por problemas de carácter burocrático y organizativo no fue responsabilidad de la paciente el no acudir a la cita del 19 de octubre de 2007, fecha para la que estaba planificada la realización de las pruebas de cribado combinado del primer trimestre, tampoco consta que la paciente suscribiese el consentimiento informado para su realización ni que se interesase por tales pruebas. Y en cuanto a la falta de realización del cribado combinado del 2º trimestre es posible que viniese influida por la falta de interés o consentimiento de la propia paciente en cuanto a la no realización del cribado combinado del primer trimestre ya que como pone de relieve el informe del Coordinador de la consulta de ecografía y diagnóstico prenatal, Dr. A., el protocolo propone realizarlo en caso de “reclutamiento tardío” no en caso de “no haberse realizado las pruebas de detección de cromosopatías” en el primer trimestre que es el caso actual según el informe del folio 214. Además el cribado en el segundo trimestre tiene una “baja tasa de detección y alta tasa de falsos positivos.”

Respecto de la cardiopatía congénita que presenta la recién nacida “canal auriculoventricular tipo A de Rastelli” el citado informe del Dr. A. señala que es la que

con más frecuencia tienen los niños portadores de Síndrome de Down y concluye que “Los defectos cardiacos en el feto, aún siendo susceptibles de detección, siguen siendo la patología y/o malformación fetal que menos porcentaje de diagnóstico prenatal registra no sólo en España, sino en todo el mundo.”

Así lo entiende también el informe de la Inspección Médica que concluye señalando que “la no realización de la prueba de cribado del primer trimestre y la demora en la citación desde el Servicio de Admisión, junto con la no realización tampoco del Cribado serológico del segundo trimestre (AFP y beta-HCG) antes de las 22 semanas de gestación (límite para aborto eugenésico en España) dieron lugar a que no se hubiera detectado la anomalía cromosómica origen del Síndrome de Down y por lo tanto no hiciera sospechar la Cardiopatía Congénita.”

En definitiva, si bien procede concluir que la asistencia prestada no fue conforme a la lex artis según los protocolos médicos de actuación, la responsabilidad derivada de esta actuación sanitaria ha de ser matizada en el sentido de las consideraciones anteriores para entenderla como una pérdida de la oportunidad de detectar precozmente la anomalía cromosómica origen del Síndrome de Down con la circunstancia de que, aparte de la falta de interés o consentimiento de la propia paciente respecto de la realización del cribado combinado del primer trimestre, tampoco consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable y tras la realización de las pruebas correspondientes, todo lo cual conduce a una estimación parcial de la demanda fijando ponderadamente la indemnización que deben percibir los reclamantes en la cantidad de cien mil euros (100.000”).

SEGUNDO.- Disconforme con esta decisión, la parte recurrente sustenta en realidad un único motivo de impugnación al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA, que divide en tres motivos referidos a cada uno de los criterios que usa la Sala para minorar la indemnización y en la cuantía de ésta.

En cuanto a la falta de interés en la realización de la prueba de cribado combinado del primer trimestre, se centra en señalar que la propia sentencia recoge el informe del médico inspector, en el que se afirma que la cita para el cribado se demoró “por causas ajenas a la Sra. Nérida” y esto viene corroborado por el servicio de admisión. Por ello pretende que la Sala ha actuado de forma ilógica o arbitraria al achacar a la paciente falta de interés.

En cuanto a que no consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable y tras la realización de las pruebas correspondientes, también alude a lo ilógico y arbitrario de dicha precisión, fundamentalmente en cuanto se pretende una manifestación de voluntad respecto de una prueba que no se ha realizado y una eventualidad que no era conocida.

Y en cuanto a la cuantía la impugnación de los dos criterios de minoración de la misma, lleva a la parte a insistir en la reclamación ya efectuada.

TERCERO.- La Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia de veintiocho de septiembre de dos mil, seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con síndrome de Down, concluimos afirmando que además del daño moral “procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades.

En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”. Y que “los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida”.

Expuesto lo anterior, ya hemos reflejado el razonamiento de la sentencia de instancia para fijar la indemnización en la cuantía de 100.000 euros y hemos reflejado como dicha sentencia disminuye la que se había solicitado por dos circunstancias: falta de interés o consentimiento de la actora para realizar el cribado combinado y que no consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable y tras la realización de las pruebas correspondientes. Precisamente en dichos extremos se centra el presente recurso de casación.

En el presente caso, entiende la Sala que la sentencia no efectúa una valoración adecuada de los propios datos que refleja como acreditados en autos, y ello en los dos criterios que utiliza para minorar la indemnización y que son objeto de impugnación.

Efectivamente, la propia sentencia recoge que la no realización de la consulta del día 19 de octubre se debió a causas ajenas a la voluntad de la interesada, quien sí realizó

las gestiones precisas para adelantar la consulta respecto de la fecha inicial que se había ofrecido. Son las circunstancias de saturación del servicio las que provocaron la consulta tardía de la paciente y no consta, salvo la mera suposición, que ésta se negara a firmar el consentimiento o no tuviera interés en la realización de la prueba. De hecho no consta ni siquiera que se le haya ofrecido esa posibilidad. Si las circunstancias del servicio impidieron la consulta dentro del primer trimestre, nada se ha acreditado respecto de que en la consulta realizada, ya en el segundo, se ofreciera la realización de la prueba de cribado combinado.

La sentencia parte de un planteamiento que no es correcto, pues afirma que no consta que la paciente se haya interesado por dichas pruebas, olvidando que lo relevante no es que la paciente se “interese” por unas pruebas, sino que la administración sanitaria las ofrezca en los tiempos y condiciones adecuados. Menos aún podemos considerar adecuado que, respecto de la prueba en el segundo trimestre, se afirme que “es posible” que viniese influida por la falta de interés. Si no podemos coincidir con la Sala de instancia en cuanto a la falta de interés de la paciente, menos podemos suscribir que sea “posible” que no se realice u ofrezca una prueba por dicha falta de interés. Es la administración quien debe acreditar que se intentó prestar el servicio y no el paciente quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene por qué conocer de su existencia ni de su momento de realización. Y debemos volver a resaltar que la propia sentencia refleja que “no fue responsabilidad de la paciente el no acudir a la cita del 19 de octubre de 2007, fecha para la que estaba planificada la realización de las pruebas de cribado combinado del primer trimestre”.

En definitiva, este primer criterio de minoración de la indemnización no puede considerarse conforme a derecho y con él se ha infringido la norma que se cita en el motivo, en cuanto a la doctrina interpretativa de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92, al amparo del 88.1.d) LRJCA.

Y lo mismo debemos concluir respecto del segundo criterio que maneja la sentencia impugnada para fijar la indemnización. Aquí se afirma que tampoco consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable y tras la realización de las pruebas correspondientes. Criterio que también vulnera la doctrina citada por ser ilógico exigir a la parte una demostración de voluntad ante una eventualidad incierta. Tal y como afirma la recurrente en el escrito de interposición, si a la paciente no se le realizan las pruebas del cribado y no se le informa de las malformaciones de su hija, es difícil pensar que pueda manifestar su voluntad interruptiva para el supuesto de que unas pruebas, no realizadas, den un resultado negativo. Lo cierto es que se detecta una vulneración de la *lex artis ad hoc*, no discutida en este recurso y se invierte la necesidad de acreditación de extremos cuya carga pesa, sin género de duda, sobre la administración demandada.

Concluimos, pues, que no existe causa para minorar la indemnización, y que los criterios que ha manejado la Sala de instancia, en una suerte de compensación de culpas, no pueden considerarse ajustados a derecho.

El recurso debe ser estimado.

CUARTO.- En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando la cuantía reclamada procede fijar la indemnización en los mismos que ya hemos hecho en nuestra reciente sentencia recaída en el recurso 4165/2010, donde señalamos que en casos de síndrome de Down, procede establecer la cuantía de 280.000,- euros. Y en dicha cuantía lo fijamos en el presente supuesto. De dicha cantidad, corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de ochenta mil euros (80.000 euros) y para la menor, entendiéndose que se indemniza el sobre coste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de doscientos mil euros (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas ocasionadas por este recurso de casación ni por las devengadas en la instancia.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Ha lugar al recurso de casación 2362/2011 interpuesto por la representación en autos de D. César y D^a Nérida contra la sentencia de quince de febrero de dos mil once, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, Sección 8^a, en los autos 677/2009, la cual se anula y se deja sin efecto en el extremo relativo a la indemnización a reconocer a los recurrentes.

Se reconoce la indemnización de 280.000 euros, según la distribución y garantías contenida en el fundamento 4^o de esta sentencia. Dicha cantidad se considera actualizada a la fecha de esta sentencia.

Sin costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Celsa Pico Lorenzo.- Santiago Martínez-Vares García.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.