

TSJ de Valencia

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª

Procedimiento Ordinario 450/2012

Presidenta

Dª. Alicia Millán Herrandis

Magistrados

D. Miguel Soler Margarit

D. Ricardo Fernández Carballo - Calero

Alvaro Sardinero García

Abogado

C/ Rafael Calvo, 15 - 6º C

28010 - MADRID

Tel. y Fax: 91 308 37 60

Valencia, 5 de abril de 2016

VISTO, por este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº450/2012, promovido por _____ en su propio nombre y en el de su hija _____ en materia de responsabilidad patrimonial, en el que han sido partes, los actores, representados por el Procurador de los Tribunales Carlos Solsona Espriú, siendo demandada la Administración Autonómica Valenciana por medio de sus servicios jurídicos.

Personada en calidad de codemandada la aseguradora _____ representada por la Procuradora de los Tribunales Begoña Irene Camps Sáez.

SENTENCIA nº 162/16

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación de la desestimación entendida primeramente por silencio administrativo y después sustituida por resolución de 2 de febrero de 2016 de la Consellería de Sanidad _____ en virtud de la cual se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los hoy actores y registrada en dependencias administrativas en fecha 23/5/2011 y en cuya virtud solicitaron aquellos el verse indemnizados en la cuantía de 1.000.000 €.

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso con registro 9/11/2012 y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a los recurrentes para que formalizaran la demanda, lo que se verificó, a través de escrito registrado en 6/2/2013 con ocasión del cual se suplica,

tras argumentar, el dictado de sentencia por la que "1º) Se requiera a la Administración demandada a fin de que dicten resolución expresa. 2º) Se declare la responsabilidad de la demandada por los daños provocados y consecuentemente, se condene a la demandada a indemnizar a mi representado en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, de conformidad con los Arts. 42.2 y 71.1.d) de la LJCA toda vez que junto con pretensiones difícilmente evaluables económicamente se acumulan otras no susceptibles de tal valoración en este momento procesal, siendo la cuantía del presente pleito indeterminada. Dicha cantidad indemnizatoria que se calculará en ejecución de sentencia en atención a los criterios que queden probados según lo indicado en el hecho décimo-segundo de la presente demanda deberá incluir, además, intereses desde la fecha de la reclamación administrativa y, si se personara la compañía aseguradora, los intereses del Art.20 de la L.C.S, por los daños y perjuicios sufridos. Todo ello con expresa imposición de costas".

Contestó la demanda, la Abogada [redacted] mediante escrito registrado en 4/3/2013 con ocasión del cual, tras argumentar, suplica el dictado de sentencia "desestimando la demanda formulada de contrario con todos los pronunciamientos favorables a esta administración"

La Aseguradora [redacted] a través de su representación procesal, formuló contestación a la demanda por escrito registrado en 9/4/2013, solicitando, tras argumentar el dictado de sentencia por la que "1º) Absuelva a mi representada de las pretensiones deducidas en la demanda, desde el momento en que se reclaman en la misma unos daños carentes de cobertura bajo la póliza de seguro suscrita entre [redacted] con expresa condena en costas a la parte actora. 2º) Se proceda a desestimar íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto (..) y absuelva a mi mandante de todas sus pretensiones, con expresa condena en costas a la parte actora".

TERCERO.- La cuantía del recurso fue establecida en 1.000.000€ en virtud de resolución de 12/4/2013.

CUARTO.- Recibido el proceso a prueba, y concedido trámite de conclusiones a las partes quedaron los autos pendientes para votación y fallo. Se señaló la votación el día 26/5/2015, fecha en la que se apreció por la Sala la necesidad de practicar determinada diligencia final. Una vez practicada y valorada por las partes fue señalado definitivamente el proceso para votación y fallo para el 5/4/2016.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las sustanciales prescripciones legales.

Siendo ponente el magistrado Ricardo Fernández Carballo -Calero, expresando el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Identificado sucintamente el objeto del presente recurso, ha de exponerse que es combatida, la resolución administrativa impugnada, al considerar los actores, progenitores de [redacted] deben resultar indemnizados oportunamente tras estimarse ha de ser declarada la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria demandada, toda vez que se habría desplegado con ocasión de la asistencia

prestada a _____ en dependencias del "Hospital _____"
una "valoración irresponsable o descuidada" de la resonancia magnética fetal realizada en la persona de la misma en fecha _____ / ello ante el previo diagnóstico de agenesia parcial de vermis inferior en el nasciturus, evidenciado en tres ecografías realizadas, una en fecha 19/1/2010 _____ Hospital _____) y dos en fecha 20/1/2010 ("Hospital _____ y _____ Hospital _____).
Sostienen que tal circunstancia resultó asimismo evidenciada en posteriores ecografías con cita de las realizadas en 28/1/2010 y 11/2/2010, las cuales, sin embargo, minusvaloraron tal evidencia conforme al resultado informado de la RM. Nacida _____ en fecha _____, fue confirmada la "malformación del cerebelo con hipoplasia del vermis _____" motivando un retraso psicomotor global de la menor con tratamiento rehabilitador, fisioterápico y psicomotriz, menoscabo y perjuicio por el cual se reclama, sumando a tal concepto indemnizatorio el propio a relacionar con los daños "morales, anímicos y económicos" ocasionados a los progenitores ante tales circunstancias, sumando a ello la privación indebida en la posibilidad de interrumpir oportunamente el embarazo en cuestión.

La administración demandada con base en los informes técnicos desplegados en el expediente administrativo, considera no acreditado que los servicios sanitarios hubieran actuado de forma contraria a la *lex artis ad hoc*, remarcando la oportunidad en la realización de la RNM con anterioridad a la semana 22 del embarazo no confirmatoria de la sospecha diagnóstica que las ecografías previas revelaron. Impugna en cualquier caso la pretensión indemnizatoria reclamada por los actores entendiendo que esta debe limitarse "a una cuantía en torno a los 30.000 €".

La Aseguradora personada en actuaciones, por su parte, tras poner en cuestión la cobertura por la póliza suscrita con la administración en el caso que nos ocupa, comparte con la administración sanitaria el hallamos ante una conducta médica desplegada conforme a la *lex artis ad hoc*, enfatizando, en cualquier caso, el considerar como desproporcionada la cantidad reclamada.

SEGUNDO.- En materia de responsabilidad sanitaria, en tanto modalidad de la genérica responsabilidad patrimonial, ha de partirse de lo prevenido en el Art. 43 de la propia CE que, como es sabido, reconoce "el derecho a la protección de la salud" disponiendo a continuación que "Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios"; así, estas precisiones no pueden dejar de ponerse en relación con el Art. 106.2 de la *norma* *norma* *norma* rezar "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Estas referencias derivan en el desarrollo legal efectuado por la Ley 30/92 de RJAAPP y PAC cuyo Art 139 dispone 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" especificando que " En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia partiendo de estos parámetros normativos se ha consolidado en la exigencia de entender que tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y para que surja el reconocimiento de la misma, se exige, además de la interposición conforme al oportuno plazo procesal, que concurren una serie de requisitos que pueden sintetizarse en los siguientes:

- 1) hecho imputable a la Administración,
- 2) lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
- 3) relación de causalidad entre hecho y lesión, y
- 4) que no concorra fuerza mayor.

Debe especialmente recordarse como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de incidir en la importancia de la *lex artis*, como parámetro trascendental para evaluar la eventual responsabilidad de la administración en el ámbito del servicio sanitario alcanzando a manifestar, con profusa cita jurisprudencial, 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”(Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 4ª, S 29-6-2011, rec. 2950/2007).

TERCERO.- Pergeñado el debate procesal, es cuestión nuclear del proceso el verificar la eventual incorrección de la actuación público sanitaria desplegada en la persona de en cuanto la misma nacida en gestante con fecha de última regla en 28/8/2009, resultó sometida en fecha 26/1/2010 a resonancia magnética fetal al específico efecto de descartar malformación vermiana defendiendo los actores que el resultado informado de la misma en cuanto referido a “el estudio se realiza tras administración de Diacepan a la madre. No se objetivan malformaciones significativas en el feto. Sin evidencia de anomalía del cuarto ventrículo o tentorio. Presencia de amplios espacios subaracnoideos y migración neuronal en bandas en relación con la edad fetal. Impresión diagnóstica: Sin alteraciones significativas fetales”(F.27 Exp.) resultó erróneo, precipitado, irresponsable y descuidado, siendo determinante no sólo a la hora de no evaluarse por los progenitores, la eventual interrupción del embarazo (en plazo legal al efecto, en vigor la Ley Orgánica 9/85 de 5 de julio, de reforma del artículo 417bis del Código Penal) cuanto del propio nacimiento de la menor con las graves secuelas a las que tendremos ocasión de hacer referencia.

La Sala comparte parcialmente el reproche imputado. Efectivamente, es relevante indicar que tal resultado informado en los términos expresados se alcanza tras haberse practicado con inmediatez hasta tres ecografías previas que revelaban la patología finalmente sufrida por el nasciturus, y así el día 19/01/10 en que la Unidad de diagnóstico ecográfico del Hospital , (gestación de 20 semanas más 5 días), revela imagen compatible con agenesia parcial de vermis, sin confirmar por lo que citan a la paciente para nueva valoración ecográfica el día 20/01/10 (vid documental acompañada a la demanda, 2 y 3); realizada ésta, se informó como “Dilatación del IV ventrículo con cisterna magna a través de zona inferior del vermis (agenesia parcial de vermis inferior)”. Es determinante igualmente, enfatizar que el día 20/01/10 La Unidad de Diagnóstico Prenatal. Ecografía Dismorfológica del Hospital

Informa que la anatomía fetal (órganos y sistemas revisados según protocolo del centro), es normal a excepción de la cabeza fetal sobre la que emite un comentario que dice "Datos ecográficos corresponden a una gestación de 20+5 semana. Imagen en parte inferior de cerebelo de sospecha de agenesia de vermis, aunque en planos superiores se objetivan normales. Resto de estructuras de inferior craneal normales. Art pericallosa visible. Tamaño de Cisterna magna normal. Solicito RNM SNC fetal."

Ciertamente sostienen las codemandadas que la RM fue practicada oportunamente ante tales sospechas ecográficas, mas sin negarse ello por la parte actora, de la prueba desplegada en el proceso se ha alcanzado a evidenciar el error no excusable en lo informado, el cual resulta no sólo ante los controles ecográficos circundantes a la práctica de tal RM, cuanto de lo informado por el Dr. perito médico en radiodiagnóstico (con experiencia clínica en la valoración de resonancia magnéticas fetales, min. 9.30/10.20 grabación), el cual partiendo de la propia imagen ligada a la resonancia magnética fetal específica como las alteraciones indiciariamente reveladas en las pruebas ecográficas "resultaban perfectamente visibles en la imagen de la RNM de 26/1/2010"(vid pgs. 8 y 10 dictamen y Anexo I) concluyendo como "en el Hospital : existió un error evidente e inexcusable en la valoración de la resonancia magnética fetal cerebral de fecha 26/1/2010" al "no detectar la existencia de malformación por ausencia del vermis cerebeloso" enfatizando que "la agenesia es fácilmente identificable en la imagen de la RNM de 26/1/2010 tal como se explica y demuestra en el presente informe y en el Anexo I". Por lo demás comparecido tal perito en inmediación judicial y contradicción de partes fue el mismo ratificado en tal dictamen, sin cuestionamiento eficiente al efecto, considerándose por la Sala que sus conclusiones han de prevalecer sobre lo informado en el expediente (especialmente por la médico inspectora), la cual ni atiende específicamente a tal cuestión nuclear y ni siquiera consta haya examinado las imágenes de la RM conforme a la documentación que la misma relaciona como fundamento de sus conclusiones (vid. F.159 Exp. y Pg 11 del dictamen).

CUARTO.- Precisado lo anterior, es necesario reprochar a la parte actora el que en esta fase procesal trate de diferir a ejecución de sentencia la cuantificación de la indemnización pretendida, no sólo por cuanto existen en las actuaciones elementos probatorios aptos al efecto de cuantificar tal indemnización, cuanto por resultar tal posición claramente contradictoria con la sostenida en el expediente administrativo al reflejarse específicamente en la reclamación administrativa la cantidad pretendida (1.000.000 €). Es igualmente necesario dejar precisado que no demandada la aseguradora de la administración (a pesar de incluirse en la demanda una puntual mención a "los intereses del Art.20 de la L.C.S" si se personara la compañía aseguradora), la Sala ha de ceñir el pronunciamiento de condena a la propia administración, dejando imperejuzgado tal aspecto, y siguiéndose en este extremo, lo sostenido por el Tribunal Supremo en STS Sala 3ª, sec. 6ª, de 25-5-2010, rec. 7584/2005, Pte: Díez-Picazo Giménez, Luis María al afirmar "Que quepa dirigirse directamente contra el asegurador no exime de la carga de ejercer la acción. En otras palabras, si, aun teniendo acción directa contra el asegurador, el perjudicado no lo demanda, no es posible que el órgano judicial extienda al asegurador la condena pronunciada contra el causante del daño".

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, es necesario remarcar que la perspectiva indemnizatoria adoptada en la demanda está lejos de resultar asumible;

así de descartarse la cuantía a relacionar con las secuelas físicas de la menor (retraso psicomotor, hipotonía, nistagmus ocular) que se citan en la demanda, acompañadas de los demás conceptos que faltos de toda precisión se refieren (pg 10. con cita de "perjuicio estético-estático muy importante, incapacidad, factores de corrección aplicables, daños morales aparejados") toda vez que los mismos, no derivan de la infracción a la lex artis identificada con ocasión de la prueba diagnóstica referenciada, cuanto de la propia patología padecida por la menor con la que aquella no presenta nexo de causalidad.

Sí cabe, sin embargo, considerar resarcibles los menoscabos morales vinculados a la situación creada ante la privación de la información a proporcionar a los progenitores al efecto de que pudiesen legítimamente adoptar la decisión de interrumpir el embarazo ante la patología sufrida por la menor, cuanto los propios a relacionar con el mayor coste que supone la crianza de un hijo afectado con una patologías como la descritas pues "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" (por todas sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 28 Mar. 2012, Rec. 2362/2011, Ponente: Lecumberri Martí, Enrique, con cita de las precedentes sentencias 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").

Pues bien, consta aportado en ramo de prueba, documental médica que refleja el tratamiento de la menor en iniciado en septiembre de 2011 y sin fecha prevista de finalización acompañada por sus padres las mañanas de lunes a viernes (salvo martes), con tratamiento sintomático y multidisciplinar (estimulación especial de psicología, terapeuta, fisioterapia, logopeda) y fijación de grado de discapacidad del 66% en categoría física y psíquica (10/11/2011) y de dependencia 3 (9/1/2013); el propio servicio de rehabilitación del Hospital informe la persistencia (a los 14 meses de vida) de un retraso psicomotor global "con probable necesidad de tratamiento fisioterápico, psicomotriz y logopédico a lo largo del crecimiento" (Dosc.5/24). Parece por tanto evidente la necesaria atención y cuidados continuos, ciertamente especiales con relación al cuidado de una menor nacida en circunstancias diferenciadas.

Tales elementos de convicción unidos a la recusable privación de la voluntad de los padres a la hora de considerar la interrupción voluntaria del embarazo, que cabalmente se afirma y asume, conlleva en definitiva la procedencia de fijar, en atención a las concretas circunstancias objetivas y subjetivas del caso, una indemnización en favor de cada uno de los progenitores de 50.000 €, a la que sumar la propia de 200.000 € en favor de la menor en orden el sobre coste que comporta la especial crianza y educación de aquella. Ambas cuantías han de entenderse actualizadas por todos los conceptos a la fecha del dictado de la presente sentencia.

QUINTO.- Sin especial pronunciamiento en materia de costas, conforme el Art.139.1 LJCA.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

1º) ESTIMAR PARCIALMENTE el Recurso Contencioso-Administrativo nº450/2012, promovido por [redacted] - (en su propio nombre y en el de su hija [redacted], frente a resolución de 2 de febrero de 2016 de la Consellería de Sanidad [redacted] en virtud de la cual se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los hoy actores y registrada en dependencias administrativas en fecha 23/5/2011 y en cuya virtud solicitaron aquellos el verse indemnizados en la cuantía de 1.000.000 € (Exp. RP 227/11) la cual se anula como disconforme a derecho.

2º) En su consecuencia declaramos la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, reconociendo como situación jurídica individualizada de [redacted], su derecho a ser indemnizados en la cuantía de 50.000 € cada uno de ellos, reconociéndose en favor de la menor, [redacted]; [redacted] la propia de 200.000 €. Ambas cantidades convenientemente actualizadas a la fecha de la presente sentencia.

3º) Intereses procesales (Art. 106 LJCA) y sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso ordinario de casación conforme a lo previsto en el Art.86 de la LJCA.

A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma, certifico. Valencia, en la fecha arriba indicada.