

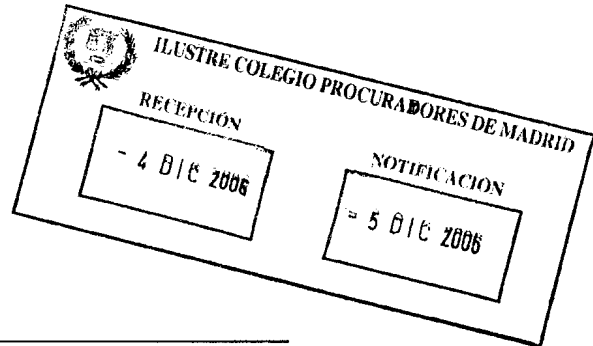
S E N T E N C I A nº 1281

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION OCTAVA**

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE:
DÑA. INES HUERTA GARICANO

MAGISTRADOS:
D. MIGUEL ANGEL VEGAS VALIENTE
DÑA. CARMEN RODRIGUEZ RODRIGO



En Madrid, a tres de noviembre de dos mil seis.

Visto por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el Recurso Contencioso-Administrativo nº 2318/2003, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Paloma Solera Lama, en nombre y representación de D.

Salud _____, contra el _____, por la desestimación presunta de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial en la cantidad de 600.000 euros -presentada con fecha 17 de octubre de 2002- por la deficiente prestación de asistencia sanitaria en el Centro de Especialidades _____ de Madrid, dependiente del Hospital _____ durante el embarazo de su hijo _____, nacido el 22 de octubre de 2000.

Siendo parte demandada la _____ representada y defendida por la Letrada Dña. _____ y habiendo comparecido como codemandada la Compañía de Seguros y Reaseguros _____, representada por el Procurador D. _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte sentencia por la que, estimando el recurso se revoque el acuerdo recurrido, declarando la responsabilidad de la demandada y se le condene a indemnizar en la cantidad de 600.000 euros, más los intereses por los daños y perjuicios sufridos, con expresa imposición de costas.



SEGUNDO.- El Letrado de la ... y la representación de la codemandada contestaron a la demanda, mediante escritos en los que suplicaron se dicte Sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba, y si evacuado el trámite de conclusiones prevenido por la Ley, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia del día veintiséis de septiembre de dos mil seis, teniendo así lugar.

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

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección ILTMA. SRA. DÑA. CARMEN RODRIGUEZ RODRIGO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente Recurso Contencioso-Administrativo se dirige contra el Instituto ..., por la desestimación presunta de la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial en la cantidad de 600.000 euros -presentada con fecha 17 de octubre de 2002- por la deficiente prestación de asistencia sanitaria en el Centro de Especialidades ' ... de Madrid, dependiente del Hospital ..., durante el embarazo de su hijo ... nacido el 22 de octubre de 2000.

Pretende la parte recurrente la nulidad de la expresada resolución por estimar que es contraria a Derecho, aduciendo, en apoyo de su pretensión y, en esencia, las siguientes alegaciones:

- la madre, Dña. ... fue diagnosticada de embarazo el 15 de febrero de 2000, mediante test de embarazo positivo (folio 15) y con fecha 17 de abril de 2000, se le practicó la primera ecografía en la semana 13 de gestación (folio 34) y con fecha 17 de julio de 2000 se le practicó la segunda ecografía en la semana 25 de gestación (folio 35). En ninguna de estas ecografías se establece la existencia de defectos en el cierre del tubo neural. Con fecha 22 de octubre de 2000 tuvo lugar el parto vaginal a término de ..., que presentó gravísimas anomalías sobre las que los padres jamás habían sido informados. Se trataba de una Espina Bífida acompañada de las siguientes malformaciones: - Mielomeningocele en región dorso-lumbar; - Malformación del tronco cerebral (Arnold Chiari); - Dificultad de circulación del líquido



cefalorraquídeo; - Luxación de caderas; - Hernias inguinales; - Conjuntivitis;

- el día 24 de octubre de 2000 se realiza a ...) intervención quirúrgica con cierre del defecto medular y colocación de válvula de derivación ventrículo-peritoneal; el día 16 de noviembre de 2000 se realiza retirada de la válvula con colocación de drenaje exterior y el día 5 de diciembre de 2000 se vuelve a implantar la válvula, siendo dado de alta el 20 de diciembre de 2000 (folios 36 a 38). El estado clínico de ...) es de pronóstico sombrío debido a las numerosas complicaciones que lleva aparejado el padecimiento de una Espina.Bífida. Los daños y perjuicios físicos, psicológicos y morales son de incalculable valor, teniendo en la condición de minusválido con un grado del 77%, según resolución de la Comunidad de Madrid de 24 de enero de 2001 (folios 25 a 27);
- por estos hechos se formuló querrela contra el cuerpo médico responsable del seguimiento del embarazo, que dio lugar a las Diligencias Previas 2181/2001 del Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid, constando en las mismas Informe del Médico Forense (folios 23 y 24) en el que expresamente consta que "la patología aquí comentada con la entidad (tamaño) que valoramos suele diagnosticarse mediante pruebas ecográficas; parece, pues, tratarse de un error lo que motivó la falta de diagnóstico". Por Auto de 8 de febrero de 2002 se procedió al sobreseimiento y archivo de la causa por apreciar que falta la relación de causalidad entre el actuar de los médicos y el resultado producido;
- se aporta diversa información bibliográfica acerca de la Espina-Bífida (diagnóstico, pronóstico y tratamiento), así como Informe Pericial emitido por el Dr. ... , Especialista en Ginecología y Obstetricia (folios 61 a 106 de autos) en el que destaca que "tal defecto es objetivable desde las ecografías más tempranas, debiendo haberse detectado en la semana 13 de gestación (y por supuesto en la semana 25), siendo inexplicable las razones por las que no se realizó ecografía en la semana 20 que es la especialmente destinada al cribaje de malformaciones congénitas, según marcan los Protocolos Médicos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (S.E.G.O.), y nadie del ...) da respuesta a esta pregunta crucial, lo que ha privado a los padres de la información a la que tienen derecho, a fin de realizar la preparación psicológica y emocional, material y económica para afrontar una situación tan delicada, o bien de la posibilidad de elegir libremente la interrupción del embarazo en base a la presunción de graves taras físicas o psíquicas que contempla el art. 417 bis del Código Penal dentro de las 22 primeras semanas de la gestación;
- existió, pues, una omisión de los deberes exigibles a un Servicio Público de Salud, toda vez que en las dos únicas ecografías realizadas en la semana 13 y semana 25 de la gestación, la malformación en el feto no fue diagnosticada ni detectada; y una omisión por no realizarse una ecografía en la semana 20, según indican los citados Protocolos, de forma que el seguimiento del embarazo fue deficiente existiendo una vidente relación de causalidad entre la omisión imputable al ... y los perjuicios sufridos que se reclaman, al



amparo del art. 139 de la LJCA.

Por su parte la Letrada de [redacted] y la representación de la codemandada interesaron la desestimación del presente recurso, argumentando, en líneas generales que la actuación cuestionada se ajusta a la legalidad.

SEGUNDO.- El art. 139 de la Ley 30/1992, dispone textualmente: “1.- *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.* 2.- *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas ...*”; y el art. 141.1 dice que “*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

Dichos preceptos establecen, en sintonía con el art. 106.2 de la C.E., un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad –por acción u omisión– derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde, directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse **la causalidad en pilar esencial del sistema**, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y e) tiende a la reparación integral.

Por tanto, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso:

- 1) Que se aprecie **una relación de causalidad** entre la acción /omisión y el resultado lesivo.
- 2) Que **el daño sea antijurídico** o, lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, y ello supone: a) que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y b) que el ordenamiento no imponga al perjudicado expresamente el deber de soportar el daño.
- 3) Que el daño sea **indemnizable**: a) daño efectivo; b) evaluable económicamente; y c) individualizable en relación a una persona o grupo de personas.

En este sentido cabe recordar, entre otras, la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de noviembre de 1998 (RJA 9920).



TERCERO.- En materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la *Lex Artis*, de suerte que **la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: la obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.** Por ello, la *Lex Artis* constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos, imponiendo al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en este ámbito, exigiéndose para su existencia, no sólo la lesión sino también la infracción de dicha *Lex Artis*. Si sólo bastara la lesión se incurriría en una excesiva objetivación de la responsabilidad. Al respecto, cabe cita la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 2000 (RJ 9404), en la que se recuerda: *“Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano”*.

CUARTO.- Desde las precedentes consideraciones legales y doctrinales en el supuesto de autos, esta Sala y Sección considera que concurren todos los presupuestos para la aplicación del expresado art. 139 de la LJCA.

Es un hecho no controvertido que en la gestación están protocolizadas tres ecografías, según consta en las periciales de las partes. A partir de la 10 semana de gestación ya es posible utilizar una medición fiable de los huesos largos y valoración del tubo neural. La ecografía realizada con 13 semanas de gestación sólo midió la longitud del cráneo caudal (L.C.C.) sin aportar ningún otro tipo de información, siendo evidenciable el tipo de malformación del que era portador el feto. La ecografía realizada en la 25 semana de la gestación, la patología de la que era portador el niño Pablo ya se evidenciaba a esa edad gestacional. Esto significa que se hicieron ecografías básicas, destinadas a determinar la estática, vitalidad, biometría fetal, localización placentaria y cantidad de líquido amniótico, que son distintas de las ecografías destinadas al diagnóstico prenatal de malformaciones congénitas, que precisa de alto nivel y experiencia del ecografista (Nivel IV de la Sección de Ecografía de la SEGO).

Las dos ecografías realizadas a la madre, son ecografías que pueden ser catalogadas como Nivel I o, a lo máximo, Nivel II de la SESEGO. Falta la ecografía de la semana 20 protocolizada por la SEGO y la SESEGO para poder haber diagnosticado, sin lugar a dudas, la grave alteración del Sistema Nervioso Central (S.N.C.) de la que es el acompañante óseo y defecto vertebral, la Espina-Bífida, con las malformaciones asociadas que se han expresado.

Existe, pues, una inequívoca relación de causa-efecto entre la malformación que padece el niño y la falta de utilización de los medios necesarios para un correcto control de la gestación y diagnóstico ecográfico que se han practicado a su madre. Este diagnóstico a tiempo, si bien no hubiera modificado la realidad de las malformaciones en cuanto no existía posibilidad terapéutica de clase

intereses procesales devengados desde la fecha de notificación de esta Sentencia. Sin costas.

Líbrese y únase certificación literal de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Contra la anterior Sentencia **cabe** interponer **Recurso de Casación**, que deberá prepararse en este mismo órgano jurisdiccional, en el plazo de **diez días**, contados a partir de su notificación, y que se substanciará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

PUBLICACION.- En el mismo día de su fecha fue publicada la anterior Sentencia dictada por la Magistrada Ponente Il^{ta}m. Sra. Dña. Carmen Rodríguez Rodrigo, de lo que como Secretario de la Sección, doy fe.

