

Roj: STSJ MAD 6284/2007
Id Cendoj: 28079330092007100643
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 9
Nº de Recurso: 32/2004
Nº de Resolución: 531/2007
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: RAMON VERON OLARTE
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.9

MADRID

SENTENCIA: 00531/2007

SENTENCIA Nº 531

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Ramón Verón Olarte

Magistrados:

Doña Ángeles Huet de Sande

Don Juan Miguel Massigoge Benegiu

Don Jose Luis Quesada Varea

Doña Margarita Pazos Pita

Don Juan Ignacio González Escribano

En la Villa de Madrid a veintiséis de abril de dos mil siete.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo nº 32/04, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Orquín Cedenilla, en nombre y representación de don Casimiro y doña María Cristina , contra la resolución presunta por la que se desestima su reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 5 de junio de 2003; habiendo sido parte la Administración demandada representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO.- El Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Habiéndose recibido el presente proceso a prueba con el resultado que obra en autos, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el *artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción* y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación el día 19 de abril de 2007, teniendo lugar así.

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

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ramón Verón Olarte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso el Procurador de los Tribunales Sr. Orquín Cedenilla, en nombre y representación de don Casimiro y doña María Cristina, impugnan la resolución presunta por la que se desestima su reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 5 de junio de 2003.

SEGUNDO.- La resolución del presente litigio requiere el previo análisis de los siguientes hechos:

a) Como consecuencia del nacimiento de un sobrino carnal del actor, Sr. Casimiro, aquejado de la enfermedad de **fibrosis quística**, de carácter hereditario, el matrimonio recurrente se sometió a un análisis genético molecular de **fibrosis quística** en el Hospital La Paz de Madrid.

Tras el análisis se emite informe en fecha 25 de enero de 1996 el correspondiente informe en el que se pone de manifiesto que el marido era portador de la mutación FQ en tanto que la esposa de éste no lo era. Ello quería decir que su descendencia podría o no ser portadora pero que no la padecería.

b) El 8 de agosto de 2001 los actores tienen su segundo hijo (Francisco Javier) que tras sufrir frecuentes enfermedades, se le diagnostica la **fibrosis quística** que padece en fecha 27 de noviembre de 2001.

Como consecuencia de ello, se someten de nuevo a un análisis genético molecular de **fibrosis quística**. El resultado referido al marido se emite el 30 de octubre de 2001, confirmando el anterior de ser portador de la enfermedad, en tanto que el de la esposa se retrasa al 15 de mayo de 2002 dando como resultado uno completamente contrario al inicial toda vez que, ahora, sí se dice que era portadora de la enfermedad al igual que su esposo.

c) El 5 de junio de 2003 el actor presenta escrito por el que deduce responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que no ha sido resuelto expresamente.

TERCERO.- La parte recurrente fundamenta su impugnación en que el error diagnóstico ha causado importantes daños al hijo de los recurrentes (Francisco Javier) y a ellos mismos.

La Administración demandada, por medio de su representación procesal, niega que el error en el diagnóstico haya producido la enfermedad de Francisco Javier; entiende que no existe un daño material sino meramente moral; no es cierto que se encuentre acreditado que, si no se hubiere producido el error diagnóstico, los actores no habrían tenido descendencia pues con un riesgo de 1/200 tuvieron dos hijos; por último, sostiene que la indemnización debería situarse sobre los 60.000 #.

CUARTO.- Hallándonos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conviene recordar como, dentro del principio general de responsabilidad de los poderes públicos recogido en el Título Preliminar de la Constitución, *artículo 9.3* in fine, la responsabilidad del Poder Ejecutivo se concreta en el *art. 106.2* de la Constitución al disponer que "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".

La remisión legal viene ahora cubierta por la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable en este supuesto, la cual en los dos primeros apartados de su artículo 139* establece que "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 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 ha precisado que para apreciar la existencia de esta responsabilidad son precisos los siguientes requisitos a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas, b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a

efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal, c) ausencia de fuerza mayor y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta.

A lo expuesto cabe añadir, como viene significando esta Sala en reiteradas sentencias, la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

En el caso que se somete a la consideración de la Sala es de señalar que los propios servicios técnicos de la Administración, comenzando con el laboratorio en que se hicieron los análisis, han reconocido la existencia de un error en el análisis inicial por lo que la concurrencia de la responsabilidad patrimonial resulta indiscutible. Sin que, por otro lado, sean admisibles las razones expuestas por la Administración en su contestación a la demanda de que los recurrentes en ningún caso habrían renunciado a tener el hijo por haber sostenido la jurisprudencia que tal afirmación ha de acreditarse, lo que la Administración no ha realizado. En efecto, son relativamente frecuentes en la jurisprudencia casos en que se producen nacimientos sin haber sido informados los progenitores de riesgos insitos en el propio acto. Así, en sentencia de 30 de junio de 2006 se recoge que "esta Sala y Sección , en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 14 de julio de 2.001... y 18 de mayo de 2.002 , ha tenido en cuenta a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

Cuestión distinta es la de si la Administración debe hacer frente a todas las partidas reclamadas por la actora.

QUINTO.- La actora interesa en su demanda:

1º.- Que se indemnice al menor por el sufrimiento físico que implica el vivir con una enfermedad...en la cantidad ... de 313.426'77.-#, que se obtiene por aplicación analógica de los baremos de indemnizaciones por accidentes de circulación, aplicando a una expectativa de vida de 20 años la indemnización diaria marcada por día de incapacitación.

2º.- Que se indemnice al menor por los daños psicológicos y morales que implica el desarrollo de la enfermedad, donde se ven frustradas, parcial o totalmente las expectativas de unas relaciones afectivas normales; de relación con sus iguales (otros menores, compañeros de colegio, amigos,...) en condiciones de normalidad... Todo ello indemnizable en la cantidad de 313.426'77.-#.

3º.- Que se indemnice a la familia del menor, es decir, a los padres del mismo e indirectamente a la hermana del menor, por los daños morales que implica el no haber podido optar por tener un hijo sabiendo que los dos eran portadores del gen de la **fibrosis quística**, por los tratamientos que dicha enfermedad conlleva, la dedicación, sufrimiento y transformación de la vida diaria, relaciones con terceros, traslado de domicilio,... valorando la misma en 156.713'39.-#

4º.- Que se indemnice a los padres del menor, por los perjuicios económicos que implica la dedicación de uno de ellos a los cuidados del menor, siendo prácticamente incompatible tal dedicación con el desempeño de un puesto de trabajo, valorando la misma en función del Salario Mínimo Interprofesional en los veinte años (expectativa de vida del menor), a razón de 6.192.-C por año, dando un total de 123.840.-#

5º.- Que se tenga en cuenta y se condene a la parte demandada, para el caso de asumir (sic) el sistema de salud la atención psicológica y social que precisa el enfermo y su familia, deberá de indemnizarse con una cantidad para dicho tratamiento. Habiendo solicitado presupuesto esta parte y ascendiendo el mismo a 9.504.-# anuales.

Así pues, los actores interesan la indemnización de daños morales y materiales tanto para el menor como para su familia, así como los gastos del tratamiento psicológico a que el menor pueda verse sometido si no lo cubre la Seguridad Social (aunque en la redacción no se expresa así, ésta parece ser la interpretación de su voluntad).

Pues bien, en los casos en que se ha producido un embarazo no deseado o cuando por error o negligencia no se ha informado a la embarazada de riesgo en el nacimiento por malformaciones o por otras causas, el Tribunal Supremo viene sosteniendo que lo que se causa es un daño moral consistente en haber provocado la pérdida de la facultad o de la opción de decidir interrumpir voluntariamente el embarazo. Por eso, en el presente caso, la existencia de un daño material resulta innegable.

Así, el TS en diversas sentencias (de 3 de octubre de 2.000, de 29 de marzo de 2006, de 30 de julio de 2006 , etc.) afirma que "el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad".

Tal doctrina ha de ser aplicada al presente caso en que sin perderse la opción de la interrupción, sí se ha perdido la opción anticonceptiva por la mala y errónea información suministrada por el laboratorio del Hospital La Paz.

Así, el TS ha manifestado en la última de las sentencias citadas que "sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr., FJ 8 EDJ 1985/53 , "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (*artículo 10*)" .

SEXTO.- Igualmente, tampoco cabe las indemnizaciones interesadas a favor del menor y ello independientemente de la adecuación técnica procesal dado la persona que reclama.

Lo cierto es que entre la actuación administrativa y la enfermedad padecida por el menor no existe ningún elemento causal. El nacimiento se ha debido a la exclusiva voluntad de los padres y la enfermedad, al estado y condición de los genes de ambos, sin que el error padecido en el informe analítico haya provocado, obviamente, ni la enfermedad ni el nacimiento. Tal actuación administrativa ha provocado única y exclusivamente un error al formar la voluntad de la pareja acerca de la concepción y eso constituye un daño moral que es el único que ha de indemnizarse.

SÉPTIMO.- Respecto de la última partida del suplico, la Sala no puede acceder a ella dado que, además de que se trata de una petición condicionada, los órganos públicos vienen obligados por ley a prestar la atención que se reclama por lo que la petición condicionada de los actores carece de sentido.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, este Tribunal acoge el criterio de la actora en cuanto al daño moral de los padres se refiere por lo que la Administración habrá de proceder al abono de la suma de 156.713,39 euros a los padres del menor "por los daños morales que implica el no haber podido optar por tener un hijo sabiendo que los dos eran portadores del gen de la **fibrosis quística**."

Asimismo, entiende la Sección que resulta innegable que, además del daño moral, el matrimonio recurrente ha visto aumentados los gastos derivados de la atención y el cuidado del menor, aumentando considerablemente la vigilancia del mismo hasta el punto de que se requiere la dedicación permanente de uno de los esposos o de un tercero por lo que la Sala acepta la indemnización solicitada en el aparta 4º del suplico de la demanda, concretando la indemnización en la suma de 123.840 #.

NOVENO.- Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el *artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción* .

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Orquín Cedenilla, en nombre y representación de don Casimiro y doña María Cristina , contra la resolución presunta por la que se desestima su reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 5 de junio de 2003, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS las citadas resoluciones por no ser conformes a derecho, CONDENANDO a la Administración demandada a que abone a la actora las sumas indicadas de ciento cincuenta y seis mil, setecientos trece (156.713) y de ciento veintitrés mil, ochocientos cuarenta (123.840) euros.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

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

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Verón Olarte, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma doy fe.