



SENTENCIA

ILMOS. SRES.

D.Heriberto Asencio Cantisán
D.Guillermo Sanchis Fdez.-Mensaque
D.José Ángel Vázquez García
D.Eduardo Hinojosa Martínez
D.Javier Rodríguez Moral

En Sevilla, a cinco de abril de dos mil dieciséis.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso de apelación registrado con el número de rollo 471/2014, dimanante de recurso contencioso administrativo número 522/2012, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cinco de los de Sevilla, en virtud de recurso de apelación formulado por la demanda en aquellos autos, El servicio Andaluz de Salud; siendo apeladas los demandantes, doña [REDACTED] y [REDACTED]. Ha sido ponente Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo que se dice en el encabezamiento, con fecha 1 de septiembre de 2014, se dictó sentencia por la que se estimaba en parte recurso contencioso-administrativo interpuesto por los apelantes contra acuerdo del Servicio Andaluz de Salud de 11 de octubre de 2006 por el que se estima en parte reclamación de responsabilidad patrimonial, y se condena al SAS a incrementar la indemnización reconocida (67.304'09 euros) hasta los 500.000 euros.

SEGUNDO.- Notificada que fue dicha resolución, por la parte que se dice en el encabezamiento se interpuso recurso de apelación, de cuyo escrito se dio traslado a las demás partes para su impugnación, con el resultado que consta en las actuaciones, tras lo que se acordó remitirlas.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones, se mandó formar el rollo,

quedando el asunto pendiente de señalamiento. La votación y fallo tuvo lugar el día señalado, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Nadie cuestiona aquí que, las secuelas que padece el hijo de la actora menor de edad, [REDACTED], síndrome de Cornelia Lange, con graves secuelas físicas y neurológicas, pudieron detectarse con los medios adecuados, de los que disponía el Hospital, y que venían indicados desde la semana once de gestación; pero no se emplearon adecuadamente, lo que privó a la madre del derecho a optar por el aborto por malformaciones dentro de las 22 semanas.

SEGUNDO.- La cuestión, por tanto se limita al importe de la indemnización fijada. En su demanda, los demandantes distinguían entre daños para los padres y para el menor, mientras que la sentencia acuerda una indemnización global por todos los conceptos para los tres. Pero esto es algo que nadie ataca de la sentencia apelada, por lo que nada tenemos que decir.

El recurso del SAS se centra en la idea de pérdida de oportunidad, que debe traducirse en una menor indemnización que si se tratase de un daño derivado de una mala práctica médica. Así, las secuelas que sufre el menor no son consecuencias de una mala práctica, por lo que no cabe tomarlas en cuenta para fijar el importe de la indemnización.

Entendemos que este planteamiento no es el adecuado, ya que, por lo que se indemniza es por la privación del derecho a la autodeterminación genésica, lo que ha provocado sufrimiento y gastos derivados de un nacimiento que pudo y quiso evitarse, cuando la gestante se sometió a pruebas dirigidas a detectar la malformación.

En consecuencia, está de más la alegación acerca de que las secuelas del menor no derivan de una mala práctica médica.

Se alude a la idea de pérdida de oportunidad, no sabemos en qué sentido, ya que, si se refiere a la pérdida de la posibilidad de interrupción legal del embarazo, a lo dicho hemos de estar. Y si se refiere a que, en todo caso, la prueba podría no haber detectado la malformación que determinaba el supuesto de interrupción legal del embarazo, es cierto que, en el informe de Aseguramiento y Riesgos, se habla de que la ecografía quizás hubiese permitido detectar la malformación; pero es llano que, tratándose de una malformación tan detectable y que lo que se omitió fue precisamente la ecografía dirigida a detectarla, el mero empleo del término quizás no puede excluir la responsabilidad de quien omitió la prestación debida. Y es que es a quien omitió la diligencia debida a quien corresponde acreditar que el resultado habría sido igual o podría haberlo sido con determinada probabilidad. A falta de dicha prueba hemos de entender que la malformación se habría detectado de llevarse a cabo la prueba que no se

realizó.

TERCERO.- Despejado lo anterior, no cuestionándose la distribución de las indemnizaciones entre los distintos afectados, la cuestión queda aquí reducida al importe de la indemnización ni la existencia misma en nuestro derecho de la acción de indemnización por los daños derivados del nacimiento mismo. No se cuestiona la existencia misma de la acción de resarcimiento por el hecho mismo del nacimiento, *wrongful life*, ni que se englobe todo en un concepto general, como admite a sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se cita, Sección 4ª, de 25 de mayo de 2010 (recurso 3021/2008) sino que la apelante entiende que es excesiva por cuanto esta Sala en sentencia de la Sección Segunda de 30 de diciembre de 2010 consideró suficiente la cantidad de 180.000 euros.

Pero, si aplicamos la doctrina de la Sala que se cita, lo que allí se dice es que la Sala tiene que estar a lo resuelto en primera instancia, sin que pueda sin más alterar el criterio del Juez *a quo*, salvo que aprecie arbitrariedad o desproporción, lo que difícilmente puede apreciarse aquí cuando toma como precedente un supuesto idéntico apreciado por el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada.

Por todo ello, no cuestionados los restantes extremos, como hemos dicho, en los mismos términos de la sentencia dicha, teniendo en cuenta el daño moral producido a la madre al privarle de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo por parte de quien se sometió a pruebas dirigido a ello, con las graves consecuencias de todo tipo para ella y para el menor, no apreciándose arbitrariedad ni desproporción en una determinación de la indemnización que se funda en precedentes idénticos, aquí sólo nos queda la desestimación del recurso.

TERCERO.- De acuerdo con lo previsto por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, aun desestimándose el recurso, son serias las dudas que suscita el asunto, por lo que no procede hacer expresa imposición de la alzada.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por El servicio Andaluz de Salud contra la sentencia que se dice en el antecedente primero de esta sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación.

Devuélvase las actuaciones al Juzgado con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

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