

Audiencia Provincial Civil de Madrid  
Sección Decimotercera  
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035  
Tfno.: 914933911

3700740  
N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0179901  
**Recurso de Apelación 2/2019**

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 96 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 1060/2016

APELANTE: NECTAR (SAHNA-E SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD SA)  
PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]  
APELADO: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]  
PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

SENTENCIA Nº236/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

IL.MO. SR.PRESIDENTE:  
D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS  
IL.MOS. SRES. MAGISTRADOS:  
Dña. Mª CARMEN ROYO JIMÉNEZ  
D.LUIS PUENTE DE PINEDO

En Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diecinueve. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio ordinario sobre reclamación de indemnización por daños y perjuicios, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 96 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandantes-apelados [REDACTED] y [REDACTED] representados por la Procuradora Dña. [REDACTED] y asistido del Letrado D. Ignacio Martínez García, y de otra, como demandado-apelante NÉCTAR SEGUROS DE

SALUD (SAHNA-E SERVICIOS INTEGRALES DE SALUD. SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SOCIEDAD UNIPERSONAL), representado por el Procurador D. [REDACTED] y asistido del Letrado D. [REDACTED]

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 96, de Madrid, en fecha veintisiete de julio de dos mil dieciocho, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimo la demanda formulada por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] contra Néctar Seguros de Salud condeno a la demandada conforme al artículo 219-3 de la LEC a indemnizar a los actores por todos los daños derivados de la privación del derecho a la voluntaria interrupción del embarazo de su hijo dejando para un pleito posterior la determinación de las cantidades con imposición de las costas a la demandada."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **veintiocho diciembre de dos mil dieciocho**, para resolver el recurso.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento

Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **veintiséis de junio de dos mil diecinueve**.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Planteamiento y antecedentes.** Doña [REDACTED] y don [REDACTED] interpusieron demanda de juicio ordinario contra la compañía Néctar Seguros de Salud, S.A. manifestando que los demandantes concibieron un hijo encargando el control de evolución del embarazo a la clínica concertada por la aseguradora demandada en Ibiza, Policlínica Nuestra Señora del Rosario, donde nació su hijo, [REDACTED] el día 29 de agosto de 2013. Al nacer se observó la existencia de una malformación congénita de miembros, por lo que procedió a su traslado para estudio en el Hospital Can Misses, donde se detectó la existencia de frente prominente, diástasis de sutura sagital, fontanela anterior y posterior amplias. Aplanamiento occipital. Hipertelorismo, epicantus, ligera inclinación antimongoloide de las hendiduras palpebrales, raíz nasal hundida. Pabellones auditivos normoconfigurados, de implantación normal. Cuello corto. Sindactilia de todos los dedos de ambos pies y mano izquierda, y del tercer y cuarto dedo de la mano derecha. Además, se observaron otros padecimientos con un retraso mental y de desarrollo, precisando de cuidados y vigilancia constante, por todo lo cual presenta un grado de discapacidad del 75%, con previsión de que se pueda ver incrementada en el futuro.

En definitiva, las malformaciones múltiples genéticas, posteriormente diagnosticadas como síndrome de Apert, no fueron detectadas a través de un examen prenatal, pues con un análisis más riguroso hubieran sido observadas todas las malformaciones, lo que hubiera permitido optar por la interrupción voluntaria del embarazo, incluso más allá de las veintidós semanas de gestación. La actuación contraria a la lex artis de los servicios médicos motivaba la interposición de la demanda que instaba un pronunciamiento meramente declarativo que obligase a la aseguradora demandada a indemnizar a los actores con los daños y perjuicios derivados de la privación del derecho a la voluntad una interrupción del embarazo de su hijo.

Néctar Seguros de Salud, S.A. presentó escrito de contestación a la demanda alegando la falta de legitimación pasiva ad causam de esa entidad, puesto que era simplemente la aseguradora que había asumido los gastos sanitarios derivados de la asistencia médica, pero que sin que en ningún momento hubiera prestado los servicios, ni lo hubieran hecho personas de ella dependientes. Se consideraba que únicamente cubría los gastos o costes sanitarios derivados de la asistencia, pero no podía responder en el supuesto de que los servicios médicos no hubieran respondido a la lex artis, al no actuar los profesionales con dependencia a la aseguradora, sino desde su plena independencia y libertad profesional. En paralelo a ello, y al tratarse de una acción meramente declarativa, se entendía que la aseguradora carecía igualmente de legitimación pasiva.

En lo relativo al fondo de la demanda, se entendía que la asistencia sanitaria se había prestado en todo momento conforme a la lex artis, practicándose las pruebas diagnósticas contempladas por los protocolos

médicos aplicables al caso, sin que en ningún momento se hubieran podido observar las malformaciones que el niño presentó a su nacimiento. Por ello, que solicitaba la desestimación de la demanda interpuesta.

Seguidos los pertinentes trámites ante el Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, el 27 de julio de 2018 se dictó sentencia estimando íntegramente la demanda y condenando a la aseguradora demandada a indemnizar por los daños derivados de la privación del derecho a la voluntaria interrupción del embarazo de su hijo, dejando para un pleito posterior la determinación de las cantidades correspondientes, y con imposición de costas a la parte demandada.

**SEGUNDO.- Recurso de apelación.** Néctar Seguros de Salud, S.A. interpuso recurso de apelación contra esta sentencia considerando, en primer lugar, que la sentencia dictada infringía la doctrina jurisprudencial sobre la mala praxis médica, pues se recordaba que en los casos de negligencia médica debía existir prueba suficiente por la parte actora de un acto negligente que tuviera relación de causalidad con el daño reclamado, tratándose esta actividad médica de una obligación de medios y no de resultado.

En tal sentido se consideraba que la sentencia no había valorado correctamente la prueba al prescindir de la declaración de la testigo perito, doctora Sicco y del informe pericial acompañado a la contestación a la demanda del doctor [REDACTED]. El error de valoración de prueba se evidenciaba al prescindir de esos medios, sin haber tenido en cuenta, en primer lugar, la existencia de una predisposición muy baja para que hubieran síndromes o malformaciones. En segundo lugar, porque se valoraba la ecografía morfológica de la vigésima semana de gestación de forma parcial y alejada de los criterios médicos científicos objetivos. En tercer lugar, porque

ambas partes coincidían en que la ecografía de la vigésimo segunda semana había dado resultados normales. En cuarto lugar, porque se había prescindido de otros exámenes o pruebas, como que las fotografías de la ecografía 4D no se correspondían, según su fecha, con el embarazo de la parte demandante, habiéndose elaborado las conclusiones retrorayéndose, una vez conocidos los resultados. Finalmente, se concluía que todos los elementos anteriores descartaban la existencia de una mala praxis médica que se evidenciara por la falta de diagnóstico prenatal de malformaciones que el niño presentaba a su nacimiento.

En segundo lugar, se apeló la sentencia reiterando la alegación de falta de legitimación pasiva ad causam de la aseguradora demandada que se limitaba a abonar el coste de los servicios médicos, sin relación alguna dependencia en cuanto a los facultativos que la asistieron.

En tercer lugar, se impugnó la sentencia en relación a la falta de cuantificación de la indemnización, que podía haber sido determinada en la demanda y que se planteó como una estrategia procesal encaminada únicamente a eludir los posibles efectos perjudiciales para la demandante, con clara vulneración del principio de economía procesal.

En cuarto lugar se entendía que la sentencia infringía los preceptos legales aplicables al caso en el momento de dictar sentencia, pues el ordenamiento jurídico ampara y protege al concebido no nacido en los artículos 29 y 30 del Código Civil, de forma que toda interrupción del embarazo más allá de las veintidós semanas de gestación hubiera supuesto una vulneración del derecho a la vida del pequeño [REDACTED].

Por la parte demandante se presentó escrito de oposición al recurso de apelación en el que se reiteró su planteamiento conforme al escrito de demanda, interesando la íntegra confirmación de la resolución apelada.

**TERCERO.- Falta de legitimación pasiva.** Pese a que la parte apelante articuló el recurso comenzando por un error en la valoración probatoria, como con acierto se señala por la parte apelada en su escrito de oposición, el correcto análisis debe comenzar por abordar la excepción de falta de legitimación pasiva desestimada en la sentencia de primera instancia y reiterada como uno de los motivos de recurso por la parte apelante.

Se argumentaba por la demandada en su escrito de contestación que su intervención resultaba por completo ajena a la asistencia médica que se recibió durante la gestación, sin que existiese ningún tipo de dependencia, entre los facultativos que asistieron y la aseguradora, de forma que no podía reconocerse responsabilidad alguna por parte de esa entidad.

Tal y como la sentencia de primera instancia argumentaba, lejos de entenderse que carece de legitimación pasiva, existe una amplia línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha venido reconociendo la legitimación pasiva de las entidades aseguradoras en casos como el que nos ocupa, sin perjuicio de su derecho de repetición frente a los facultativos que intervinieron y que pudieron actuar de forma negligente convirtiéndose por ello en causantes de los perjuicios que en última instancia en este proceso deberían ser asumidos por la aseguradora demandada.

En efecto, baste citar en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 que señalaba al respecto: "... *la responsabilidad de las*

*entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio 2009, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:*

*(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV Código Civil (...).*

*(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica ( SSTS de 4 de octubre de 2004, 17 de noviembre de 2004 ) (...).*

*(c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores ( STS 2 de noviembre 1999 : el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). (...)*

*(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación*

(STS 2 de noviembre de 1999). Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extrac contractual. (...)

(e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).(...)

En el caso enjuiciado, (análogo al que es objeto de esta litis) ha de entenderse, como expresa la sentencia, que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada (...) el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato". Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados "estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extrac contractual por hecho ajeno, establecida con

carácter general en el art. 1903,4º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo".

Así pues, es incuestionable que existe una responsabilidad de la aseguradora demandada vinculada con una defectuosa prestación del servicio médico por parte de los facultativos y hospitales integrantes de su cuadro médico, sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera ejercitar, en su caso, pues, como señalaban las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016, 4 de diciembre 2007, 4 de junio de 2009, 4 de noviembre y 22 de diciembre 2010 y 16 de enero de 2012, "proyectándose sobre el ámbito del aseguramiento sanitario privado, tiene reconocida la legitimación de las compañías aseguradoras de salud para ejercitar la acción de regreso contra el auxiliar causante del daño en los casos en que son condenados en su condición de garantes de la calidad de la prestación sanitaria.

La condena viene determinada porque el daño se produjo en el ámbito de la responsabilidad contractual que mediaba entre la demandada y la ahora recurrente y porque la aseguradora sanitaria había asumido la obligación de prestar a sus afiliados los servicios médicos y promocionaba estos, no solo destacando las ventajas de los mismos sino garantizando expresamente una correcta atención al enfermo; prestación de garantía incluida en la oferta del contrato que resultó incumplida". No puede, por ello, prosperar ese motivo de recurso planteado como segundo en el escrito de la parte apelante.

#### **CUARTO.- Falta de cuantificación de la indemnización a reclamar.**

El tercer motivo de recurso de apelación alegado por la parte apelante se centró en que no se había cuantificado el daño, pese a disponer la parte demandante de toda la información necesaria para reclamar la suma derivada de los perjuicios

invocados, lo que calificaba de artimaña procesal, pues pretendía esquivar los efectos perjudiciales que pudieran producirse, vulnerando el principio de economía procesal.

En este sentido, lo primero que debe señalarse es que no se opuso la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda en el momento de contestarla, lo que hubiera podido permitir que se analizase la excepción opuesta y se dictase el pronunciamiento correspondiente durante la audiencia previa. De este modo, la alegación en esta segunda instancia resulta extemporánea.

En todo caso, la controversia que pretende ahora introducirse no resulta procedente. El escrito de demanda se ampara en lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge como principio general la obligación de reclamar por los perjuicios sufridos, permitiéndose al demandante dejar para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades. Si esta era o no una opción posible, y si ello debería o no derivar en la aplicación del principio de preclusión recogidos en el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es algo que nada tiene que ver con la acción ejercitada y con el pronunciamiento judicial adoptado que, en virtud del principio de congruencia, se pronunció exclusivamente sobre la acción ejercitada, en la que existió una reserva expresa al amparo de lo previsto en el citado artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que tampoco en este punto procedería estimar la el recurso de apelación interpuesto.

**QUINTO.- La acción ejercitada: “*wrongful birth*”.** Seguidamente, y con carácter previo a analizarse el primer motivo del recurso recogido en el escrito de apelación, centrado en el error de valoración de prueba cometido en

la sentencia a la hora de ponderar la actuación que se imputaba a los servicios médicos, y si podía o no ser considerada negligente y si había existido o no una mala praxis médica que pudiera justificar la estimación de la demanda en los términos acordados en la sentencia apelada, es necesario entrar a analizar las especiales características de la acción ejercitada.

El punto de partida, como en cualquier otro supuesto de negligencia médica, ha de ser que no nos hallamos en el marco de una responsabilidad objetiva, sino que corresponde a la parte demandante probar la existencia de una actuación negligente relacionada con el resultado dañoso que motiva la reclamación, precisando en todo caso que la obligación en ese ámbito sanitario es de medios y de resultado concreto.

En tal sentido, la STS de 11-6-2011, declara que: “ En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005; 10 de junio 2008 ; 20 noviembre 2009 ).

La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva ( SSTS 11 de febrero de 1998 ; 30 de junio de 2000 ; 20 de febrero de 2003 ) y ha de resultar

de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades ( SSTS 6 de febrero y 31 de julio de 1999 , 8 de febrero de 2000 ), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido ( SSTS de 8 de mayo de 1991 , 20 de febrero de 1992 , 13 de octubre de 1992 , 2 de febrero de 1993 , 7 de julio de 1993 , 15 de noviembre de 1993 , 12 de julio de 1994 , 24 de septiembre de 1994 , 16 de febrero de 1995 , 23 de septiembre de 1996 , 15 de octubre de 1996 , 22 de abril de 1997 , 30 de noviembre de 2001 , 7 de junio y 23 de diciembre de 2002 , 29 de septiembre y 21 de diciembre de 2005 ; 19 de junio , 12 de septiembre , 19 y 24 de octubre 2007 , 13 de julio 2010 )".

Sobre esa base, la demanda ejercita la acción de responsabilidad denominada como "*wrongful birth*", o "incorrecto nacimiento" por la falta de diligencia del personal sanitario que no actuó conforme a la *lex artis* en las pruebas practicadas para detectar la existencia de graves malformaciones en el feto durante el embarazo, perdiendo los demandantes la oportunidad de optar por interrumpirlo ante el riesgo de graves anomalías que sólo fueron detectadas tras el nacimiento de su hijo.

En relación a este tipo de acciones la doctrina jurisprudencial existente, perfectamente sintetizada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2013, permite delimitarla bajo los siguientes caracteres:

**1º.- Fundamento de la acción:** tal y como señala la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, "el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, pues no cabe en el ordenamiento español

lo que, en terminología inglesa, se denomina *wrongful birth*. No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida". El fundamento último de esa clase de acciones debe encontrarse en el daño que se derivan del nacimiento de una persona, sea por el simple hecho de nacer cuando no se esperaba ese acontecimiento, sea por el hecho de que nazca un ser humano con malformaciones no conocidas ni esperadas, o sea por el hecho mismo de vivir con malformaciones, siendo el hecho causante de la responsabilidad una infracción de la "*lex artis ad hoc*".

Las reclamaciones planteadas frente al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, se basan en que, si se hubieran conocido a tiempo, habrían permitido a los progenitores la posibilidad de abortar.

Sobre la base de que nuestro ordenamiento jurídico admite la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de grave enfermedad o malformación del feto y de que concurre la culpa, como criterio general de imputación, sólo habrá responsabilidad cuando la privación de la posibilidad de abortar de la mujer sea debida a una conducta negligente del médico, contraria a la *lex artis*, de acuerdo con los conocimientos del momento. En definitiva, el daño por el que se puede reclamar, en la acción ejercitada ("*wrongful birth*"), se materializa en la privación de la gestante de su derecho a seguir con el embarazo; dicho de otro modo, el comportamiento médico priva de ese derecho a la gestante y por ello puede solicitar una indemnización.

**2º.- Legitimación:** debe reconocerse tanto al padre como a la madre. Se ha cuestionado que el padre estuviera legitimado, puesto que se ha expuesto anteriormente que se basa en la privación de la posibilidad de decidir sobre la

interrupción voluntaria del embarazo, lo que aparentemente afectaría a la madre únicamente. En este sentido, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 no reconoció legitimación activa al padre por entender " la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del art. 5 de la Ley General de Sanidad, art. 417 bis del C. Penal, y 9 del RD 2409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985; lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento".

Un sector doctrinal, sostiene, sin embargo, que no es la mera pérdida de la facultad de abortar lo que justifica la indemnización, sino la lesión que con esa pérdida se produce en uno de los intereses jurídicos de la madre, que son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad ( art. 10CE ). Entienden que el padre está legitimado para el ejercicio de este tipo de acciones afirmando que los daños son extensibles al padre de rebote o "par ricochet", como víctima indirecta de la privación a la mujer de su facultad de abortar.

Sin embargo, como señala la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, al tratarse de un caso en que lo que hubiera podido practicarse hubiera sido un aborto eugenésico o embriopático, el impacto psicológico y la obligación de un cuidado más intenso del hijo, sin olvidar la inquietud, angustia y lógica preocupación por su futuro, pertenecen por igual a ambos progenitores. En tal supuesto no hay duda de la existencia de un daño moral para el padre.

En situaciones familiares normales, el padre del niño participa activamente en el seguimiento del embarazo, de modo que se crea también en

él una actitud de confianza en el médico que atiende a su mujer, confianza que se verá traicionada por la negligencia de aquél.

**3º.- Requisitos:** dado que no existe una responsabilidad objetiva, deberá acreditarse la existencia de un nexo causal entre la falta de detección de las malformaciones por el facultativo o facultativos que realizaron el diagnóstico prenatal y los daños morales y patrimoniales que puedan derivarse del nacimiento de una persona con malformaciones, pudiendo establecerse a partir de una actuación facultativa negligente y/o en su caso una deficiente información al paciente (la paciente embarazada; incumpliendo así los presupuestos previstos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre estatal o la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de Cataluña), lo que privó a los padres de la posibilidad de decidir sobre la práctica de un aborto eugenésico dentro del plazo legal, además de las consecuencias morales y patrimoniales que el nacimiento del niño con malformaciones conlleva normalmente.

El daño que se produce como consecuencia de la privación de la libertad de decidir sobre la posibilidad de abortar en el plazo legal pasa a ser un daño indemnizable para los principales afectados por esa falsa información: los progenitores y, en su caso, el propio nacido.

En este sentido, y respecto de la falta de información, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007, en el que se trataba de un embarazo normal, sin circunstancias de riesgo, el Tribunal Supremo entendió que existía responsabilidad por no haber informado a la gestante de la posibilidad de realizar un triple screening, análisis de sangre que no detecta por sí la existencia

de cromosomopatías, pero sí puede detectar la existencia de sustancias que estadísticamente aconsejen la realización de otras pruebas más fiables como una amniocentesis. En esta el Tribunal Supremo dijo " que la información constituye un elemento esencial de la *lex artis*, que en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras la de someterse a las pruebas (triple screening) a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia coral y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de este tipo de cromosomopatías".

**4º.- Daños reclamables:** con carácter general la jurisprudencia entiende que está constituido por la privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, concretándose en un daño moral y un daño patrimonial por el coste extra de la discapacidad del niño. Sin embargo, en algunas resoluciones únicamente se ha reconocido un daño moral (sentencias de 6 de julio de 2007 o 23 de noviembre de 2007).

La sentencia de 24 de octubre de 2008 recogió nuevamente la obligación de indemnizar el daño moral y el patrimonial derivado de la condición de discapacidad del niño, estableciendo que el daño resulta no solo de haber privado a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar, sino de los efectos que dicha privación conlleva. En la sentencia de 16 junio 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se definen dos tipos de daños: por un lado, la privación de la posibilidad por parte de la madre de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo; y, por el otro, la lesión económica derivada de los gastos extraordinarios para la crianza del niño.

La Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 157/2013, de 14 de marzo y de 31 de mayo de 2011 ha entendido que el daño se deriva no sólo de "haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

**5º.- Carga de la prueba:** tal y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona ya mencionada, al encontrarnos ante un caso de responsabilidad médica basada en un "no hacer", pues la culpa del médico consiste en un error "que ha conducido al nacimiento" del hijo, las dificultades probatorias de una actividad sumamente especializada, como es la práctica de la medicina, y la invocación de la regla "*res ipsa loquitur*", en que se fundamenta la doctrina jurisprudencial de los daños desproporcionados, justifican una inversión de la carga de la prueba, debiendo probarse que la actuación de los profesionales sanitarios se ajustó en todo momento a la "*lex artis ad hoc*" y que no pueden achacarse los daños reclamados a una actuación u omisión culpable o negligente por su parte. De manera, entonces, que bastará a la parte demandante con probar la certeza de los hechos de lo que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (art. 217.2

LEC), incumbiendo al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos alegados por el demandante (art. 217.3 LEC). En la misma línea las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 595/2011, de 30 de diciembre y Salamanca, núm. 485/2006 de 29 noviembre.

La observancia o no de los protocolos y de la praxis médica habitual es clave para determinar la responsabilidad del médico. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1577/2013, de 14 de marzo, señala que "para responsabilizar una determinada actuación médica no sirven simples hipótesis o especulaciones sobre lo que se debió hacer y no se hizo (STS 29 de enero 2010), y es claro que los hechos probados de la sentencia permiten sostener que "hay indicios cualificados por anormales en el cumplimiento de los deberes médicos para emitir su diagnóstico, aunque evidentemente no se pueda imputar a dicho profesional las malformaciones sufridas por la hija de la actora...resulta contrario a la lógica, con las circunstancias concurrentes, no visualizar en las tres últimas ecografías (sobre todo en las dos últimas muy próximas al final de la gestación) anomalías físicas como las del presente caso".

En definitiva, deberá en este caso analizarse:

1º.- Si la praxis médica fue respetuosa con los protocolos aplicables.

2º.- Si existían indicios cualificados de incumplimiento de los deberes médicos para emitir su diagnóstico. En este sentido, ese incumplimiento debe centrarse en el desacierto del facultativo -al no efectuar correctamente el diagnóstico prenatal, o al no informar en términos adecuados sobre su

resultado, si éste fuera acertado, o al no sugerir la práctica de pruebas complementarias, cuando fuera razonable hacerlo.

3º.- Si se ha acreditado de forma adecuada la relación de causalidad y la determinación del daño resarcible. El problema surge ante el denominado concepto de los «cursos causales no verificables», donde el demandado puede razonar y exponer la incertidumbre relativa a la decisión de la madre de abortar si hubiese conocido la enfermedad congénita del feto; esta determinación de la gestante se constituye, de este modo, en una mera hipótesis, no siendo, por tanto, una certeza.

En estos casos, surgen, de este modo, dos concretas cuestiones que, en tanto que afectan a la relación de causalidad, deben quedar perfectamente ventiladas. La primera, supone la determinación de si la negligencia del facultativo fue la causa de que la madre no pudiera abortar. La segunda, consiste en resolver si, concurriendo el primer curso causal, es decir, encontrándose la gestante ante la posibilidad física y legal de abortar, ésta habría o no decidido hacerlo. Ha de darse respuesta, en su caso, al problema de si existe relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado acontecido, cuando no sea posible asegurar, con toda certeza, que la madre habría abortado si hubiere conocido la enfermedad que afectaba al nasciturus.

**SEXTO.- El error de valoración de prueba.** Conocidas las características de la acción ejercitada, el recurso de apelación entiende que la sentencia dictada no había realizado una correcta valoración probatoria, pues se había omitido todo análisis sobre los medios de prueba aportados por esa parte. Debemos remitirnos a las consideraciones anteriormente expuestas en relación

a la carga probatoria que a cada una de las partes incumbe, por lo que deberá seguidamente analizarse si la sentencia ha efectuado o no una correcta valoración de los medios probatorios.

Comenzando por la declaración como testigo-perito de la doctora Stocco, se indica por la parte apelante que era un testimonio especialmente relevante por su directo conocimiento de los hechos y porque intervino con total objetividad al no tener ningún tipo de relación contractual con la parte demandada. Sin embargo, el planteamiento prescinde de la analizada posibilidad de que la parte apelante ejercite de una acción de repetición, de modo que su testimonio no sólo estaría afectado por su personal implicación en los hechos, así como una natural resistencia a asumir como propias las responsabilidades derivadas de esos hechos, sino por la eventual posibilidad de que pueda ser demandada judicialmente en esa acción de repetición de la parte apelante. No es el elemento probatorio más objetivo, como parece evidente, de modo que la praxis médica desarrollada por esa profesional debe ser evaluada a la luz de los restantes medios probatorios, y muy especialmente en las dos pruebas periciales, además de los elementos objetivos obrantes en las actuaciones.

Entiende la parte apelante, por otro lado, que no se ha tenido en cuenta la valoración del perito propuesto por esa parte, doctor [REDACTED] dando por buenas las conclusiones del informe pericial de la parte demandante. Se comienza por señalar que existe una obligación de medios, y no de resultados, y que en este sentido se observaron escrupulosamente las prescripciones del protocolo SEGO y que no existió en tal sentido vulneración alguna.

Pues bien, en el presente caso la responsabilidad se articula en el escrito de demanda no desde ese punto de vista como elemento esencial, sino, por un lado, por la inexistencia de un consentimiento informado, y por la falta de diligencia al no apreciar las malformaciones que el feto presentaba a través de las pruebas que efectivamente se practicaron, tanto las ecografías, que, de haberse practicado con la exhaustividad y diligencia exigible, hubieran permitido a la profesional actuante ver tales malformaciones, como por otros datos, como la evolución en el peso, que debieron alertarle para practicar otras pruebas complementarias. Así pues, el solo hecho de que se observaran los protocolos en cuanto a las pruebas diagnósticas durante el embarazo no excluye la responsabilidad de la aseguradora demandada a la vista de las pruebas practicadas.

Esas mismas consideraciones son igualmente válidas en cuanto a la alegación relativa a la baja predisposición en relación al índice de riesgo combinado para cromosomopatías. Los dos informes periciales coinciden en señalar que el síndrome que presentaba el niño no tenía naturaleza cromosómica, sino genética, por lo que el screening bioquímico y el cariotipo mediante amniocentesis poco podrían haber aportado para su diagnóstico. Las alteraciones cromosómicas no son el único elemento a valorar durante el embarazo para determinar la posible existencia de malformaciones o enfermedades graves e incurables, de forma que lo que debe analizarse es si las pruebas practicadas hubieran debido detectarlo, es decir, si permitían a la médico que las llevó a cabo observar tales malformaciones o, al menos, alertarla para la práctica de nuevas pruebas diagnósticas.

En relación a esta cuestión, se argumenta en el recurso que la valoración del informe pericial de la parte demandante se basa en fotografías aisladas de

las pruebas ecográficas realizadas de manera parcial y alejada de criterios científicos. Sin embargo, como bien señala la sentencia apelada, la ecografía practicada a las veinte semanas se denomina ecografía morfológica, siendo su finalidad esencial descartar malformaciones, pues el feto está prácticamente formado y es posible estudiar su anatomía. De este modo, resultaba necesario un examen pormenorizado de todas las extremidades, lo que queda en evidencia que no se hizo al faltar cortes que mostraran de cerca pies y manos, así como una imagen frontotangencial para poder identificar correctamente la nariz y los ojos. Así pues, no se realizó un examen minucioso y pormenorizado para lograr todas las imágenes que hubieran permitido llevar a cabo un diagnóstico certero sobre la presencia de malformaciones, pudiendo afirmarse que, de haberlo hecho, hubieran podido comprobarse unas malformaciones que no puede cuestionarse que en ese momento eran ya visibles, al menos parcialmente. En definitiva, no se efectuó una detallada y exhaustiva valoración para detectar posibles anomalías, sin que, caso de haber resultado imposible por la posición fetal realizar determinadas comprobaciones, se completaran en las ecografías que posteriormente se le realizaran.

A ello debe añadirse la existencia de una ecografía 4D que no ha sido posible determinar la fecha en que fue practicada y en la que sí que se observa con claridad la existencia de malformaciones. A todo lo anterior debe sumarse que tampoco se detectaron malformaciones en el cráneo, que se entendían imposibles de apreciar en las ecografías, extremo en el que los dos peritos discrepan, pero cuya evidencia se puso de manifiesto al nacimiento del niño, lo que pone de relieve de manera absoluta que tenía que ser visible en la ecografía practicada en la vigésima semana para detectar malformaciones y en todas las posteriores. De todo lo anterior se desprende que la ecografía practicada en la vigésima semana no se efectuó con la exhaustividad y diligencia exigible, pues

hubiera debido permitir al facultativo que la practicó detectar las malformaciones craneales y la sindactilia, extremo que debió haberse ratificado por posteriores exámenes ecográficos y cuando se revisaron las fotografías de la ecografía 4D, aunque se desconozca la fecha en que se verificó.

En este sentido se alude por la parte apelante a la irrelevancia de cualquier anomalía que hubiera podido ser detectada con posterioridad a la vigésimosegunda semana de gestación. Se basa esa alegación en lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, que contemplaba, según la redacción vigente a la fecha de los hechos enjuiciados, la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo por malformaciones en el feto siempre que no superasen las veintidós semanas de gestación. En efecto, el artículo 15 de la citada Ley Orgánica limitaba a las veintidós primeras semanas de gestación la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos de graves anomalías en el feto, pero en el apartado C) de ese mismo precepto se contemplaba, sin limitación temporal, la posibilidad de practicarse legalmente un aborto cuando se detectase una enfermedad en el feto extremadamente grave o incurable en el momento del diagnóstico, si así lo confirmase un comité clínico. Por ello, pese a que se argumente que toda interrupción del embarazo más allá de las veintidós semanas hubiera supuesto una vulneración del derecho a la vida de menor [REDACTED] lo cierto es que no puede cuestionarse que padecía en ese momento de una enfermedad incurable, cuya extrema gravedad resulta evidente a la vista de las malformaciones con las que nació, por lo que, de haberse detectado, incluso después de las veintidós semanas de gestación, hubiera quedado sujeta a la decisión de la madre y a la confirmación del diagnóstico a través de un comité clínico.

No puede por ello eludirse la responsabilidad por error de diagnóstico tras las primeras veintidós semanas de gestación, pues incluso una detección o diagnóstico tardío hubiera podido permitir una interrupción del embarazo con las limitaciones legalmente previstas. El hecho de que en una ecografía posterior no fuesen visibles esas deformaciones no obsta a todas las consideraciones anteriormente expuestas, especialmente con la evidencia de que eran perfectamente perceptibles en la ecografía 4D. No se está, en consecuencia, determinando la responsabilidad a partir de la evolución posterior, como se señala por la parte apelante, sino que las pruebas practicadas permiten afirmar que no se empleó la diligencia exigible cuando se practicó la ecografía morfológica en la vigésima semana y que tampoco se extremó la diligencia en el examen y práctica de posteriores pruebas diagnósticas, que hubieran facilitado información complementaria que se hubiera tenido que poner en conocimiento de los demandantes para valorar, en su caso, bien la realización de otras pruebas complementarias, o bien incluso plantear la posibilidad de una interrupción voluntaria del embarazo más allá de las veintidós semanas de gestación.

Pese a la insistencia en las alegaciones de la parte apelante de que la técnica ecográfica no es infalible y presenta limitaciones, lo que es incuestionable, no es menos cierto que la obligación del facultativo es agotar los medios para obtener toda la información que esa prueba diagnóstica puede proporcionarle, para que le facilite toda la información que debe ser puesta en conocimiento de los progenitores. En este caso, por un lado, puede afirmarse que la ecografía morfológica no se practicó con la exhaustividad necesaria, pues hubiera permitido detectar anomalías morfológicas, y también que las pruebas posteriores, como la ecografía 4D, aunque se desconozca la fecha en que se practicó (por estar datada en un momento posterior a la gestación,

probablemente relacionado con el momento en que se expidió esa copia), debieron proporcionar información suficiente para detectar esas anomalías, por lo que ni se agotaron las posibilidades de información que esos medios diagnósticos pudieran dar, ni se examinaron la totalidad de pruebas practicadas para trasladar toda la información recabada los progenitores, sin que por todo ello pueda apreciarse un error valoración probatoria en la sentencia apelada.

**SÉPTIMO.- Infracción legal en relación a los preceptos aplicables a la acción ejercitada.** El último de los motivos de recurso recogidos en el escrito de la parte apelante se centraba en la pretendida vulneración de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 del Código Civil, en cuanto a la protección legal al concebido y no nacido, lo que hubiera convertido en contraria al ordenamiento jurídico toda interrupción del embarazo más allá de las veintidós semanas de gestación.

Debemos remitirnos en este extremo a las consideraciones anteriormente expuestas en cuanto a la normativa aplicable y lo señalado en el apartado C) del artículo 15, de forma que no puede entenderse, como pretende el apelante, contraria al ordenamiento jurídico toda interrupción del embarazo más allá de las veintidós semanas de gestación. La normativa vigente al momento en que sucedieron los hechos objeto de análisis en esta resolución establecía con carácter general la limitación a las veintidós primeras semanas de gestación, pero contemplaba también la posibilidad de una interrupción del embarazo posterior en determinados casos. Lo argumentado por la parte apelante implicaría, o que entiende que la enfermedad no era extraordinariamente grave e incurable, pues en esos casos se contemplaba legalmente la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo, o que, pese a ser una enfermedad

extremadamente grave, no sería viable que los progenitores adoptaran la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo.

La extrema gravedad de los padecimientos del menor [REDACTED] parece incuestionable, dadas las limitaciones que ha presentado desde su nacimiento, por lo que tal conclusión debe quedar rotundamente descartada. Por otro lado, poner en cuestión la capacidad de que los padres de decidir en tales circunstancias la interrupción voluntaria del embarazo resulta inadmisibile, pues no solo resulta inaceptable que cualquier persona pretenda arrogarse la capacidad de decidir en unas circunstancias tan trágicas para el entorno familiar, sino que la decisión que en condiciones tan adversas tuviera que tomarse, con implicaciones religiosas, morales, afectivas y familiares, nunca podrá ser puesta en cuestión, cualquiera que fuera el resultado, pues sólo compete a sus progenitores, como únicos afectados y perjudicados, con independencia de que hubiesen decidido continuar con el embarazo o interrumpirlo de manera voluntaria, por lo que se estaría atentando directamente contra su capacidad de decidir, que es precisamente lo que motiva su reclamación a través de la demanda interpuesta.

No se trata de saber si finalmente habrían optado por interrumpir el embarazo, dado la avanzada de la gestación, sino de que se les ha privado en esas extremas circunstancias de la posibilidad de adoptar la decisión que considerasen más idónea desde todas las perspectivas expuestas, decisión soberana de los padres, que nadie podría nunca cuestionar y que sólo compete a los principales perjudicados por las circunstancias tan adversas que les ha tocado afrontar. En consecuencia, no se aprecia infracción de precepto legal alguno, como ha pretendido invocarse en el cuarto motivo de recurso, por lo

que debe ser íntegramente confirmada la resolución dictada en primera instancia.

**OCTAVO.- Costas de la segunda instancia.** De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al desestimarse el recurso de apelación, las costas se imponen a la parte apelante.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **F A L L A M O S**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Néctar Seguros de Salud, S.A., representada por el Procurador D. [REDACTED] contra la sentencia dictada en fecha 27 de julio de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, en autos nº 1060/2016, en los que fueron partes la apelante y Dª [REDACTED] y D. [REDACTED] representados por la Procuradora Dª [REDACTED] debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3-de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.