



## **SENTENCIA ESTABLECE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO QUE NO DETECTÓ ANOMALÍAS DEL HIJO DEL RECLAMANTE ANTES DE NACER, IMPIDIÉNDOLE OPTAR POR UN ABORTO**

Se aprecia responsabilidad civil médica en la actuación de un ginecólogo, pues no detectó las anomalías que presentaba el hijo de la reclamante al no valorar adecuadamente las pruebas ecográficas realizadas

Se interpone recurso de casación contra la sentencia que estimó la demanda de responsabilidad civil médica promovida contra el recurrente, condenándole solidariamente junto con la aseguradora codemandada, a **indemnizar a la demandante por no haber detectado, en su actuación como ginecólogo, las anomalías que presentaba su hijo antes de nacer mediante las pruebas pertinentes.**

La Sala no aprecia la denunciada infracción del art. 1902 CC, que se habría producido por apreciarse mala praxis cuando se realizaron las pruebas ecográficas necesarias, pues del relato de hechos probados **se desprende que no se valoraron adecuadamente esas pruebas, desencadenando con ello un desarrollo del embarazo de tal grado que impidió un eventual aborto por el que podría haber optado la demandante de tener conocimiento de las anomalías del feto, por lo que se desestima el recurso al quedar sobradamente probada la existencia de una relación de causalidad entre la práctica médica del recurrente y el daño causado a la demandante.**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia 157/2013, de 14 de marzo de 2013

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1785/2010

Ponente Excmo. Sr. JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio menor cuantía 43/1994, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Las Palmas, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Bienvenido, la procurada doña Laura Baude González y la mercantil Ges Seguros S.A por el procurador don Antonio Alvarez Buylla Ballesteros. Habiendo comparecido en



calidad de recurrido el procurador don Domingo José Collado Molinero, en nombre y representación de doña Palmira.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Agustina García Santana, en nombre y representación de doña Palmira, interpuso demanda de juicio de menor cuantía, contra don Bienvenido y contra General Española de Seguros S.A (GESA) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando la pretensión material que se ejercita y se condene de forma solidaria a los demandados Bienvenido y General Española de Seguros S.A al pago de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 ptas), en concepto de indemnización y perjuicios sufridos, y daños morales, así como al pago de los intereses de la expresada cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, y al pago de las costas del procedimiento.

2.- El procurador don Francisco Bethencourt Manrique de Lara, en nombre y representación de G E S de Seguros S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestimen todos los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

La procuradora doña Carmen Sosa Doreste, en nombre y representación de don Bienvenido, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que sin entra en el fondo, se decreta la prescripción de la acción, o, subsidiariamente, se desestime en todos sus puntos las peticiones contenidas en el suplico de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la procuradora doña Juana Agustina García Santana en nombre y representación de doña Palmira contra don Bienvenido, representado por la procuradora doña Maria del Carmen Sosa Doreste y contra la entidad G.E.S. de Seguros S.A., representada por el procurador don Francisco de Bethencourt y Manrique de Lara debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones de la actora en esta causa, con expresa imposición a esta de las costas causadas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Palmira, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha tres de mayo de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en la



representación de doña Palmira, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número once de esta Ciudad de 15 de marzo de 1995, la confirmamos en sus pronunciamientos, salvo en el de costas en que la revocamos no procediendo su imposición en ninguna de las instancias.

Se remitieron los autos a este Tribunal que con fecha 19 de julio de 2007, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Estimar el recurso interpuesto por la procuradora doña Marta Sanz Amaro, en la representación que acredita de doña Palmira, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas con fecha 3 de mayo de 2000, y en su vista casar la misma debiendo reponerse las actuaciones al estado y momento en que se denegó el recibimiento de la prueba en segunda instancia, para que se practique la prueba ya referida, propuesta por la entonces apelante, y se continúe el procedimiento por sus trámites, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en este recurso.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó nueva sentencia con fecha 17 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Palmira, contra la sentencia de fecha 18 de mayo de 1994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Las Palmas de Gran Canarias, revocamos parcialmente la expresada resolución acordando en su lugar:

1.º.- Estimamos parcialmente la demanda formulada por la procuradora doña Juana Agustina García Santana en nombre y representación de doña Palmira, contra don Bienvenido y contra la entidad G.E.S. S.A.

2.º.- Condenamos a los demandados con carácter solidario a pagar a la actora la cantidad de trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos de euro ( 300.506,05 euros) así como al pago de los intereses de la mora procesal desde la fecha de la presente sentencia.

3.º.- No procede hacer expresa imposición en las cosas causadas en ambas instancias.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal don Bienvenido con apoyo en los siguientes MOTIVOS:PRIMERO.- Al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC denuncia la vulneración del derecho a la tutela efectiva del art. 24 de la constitución por infracción de los artículos 317.1.º y 5.º y art. 319, pues los documentos aportados con el número 3 y 12 unidos con la contestación a la demanda determinan que las malformaciones en un número importante de los casos son indetectables. SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1, 4º de la LEC, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución por infracción de lo dispuesto en el art. 376 de la LEC, al recoger la Sentencia de Apelación una consecuencia ilógica de una afirmación de un testigo, pues ante una pregunta genérica como



si existían en el año 1988 los medios técnicos necesarios para plasmar en papel la imágenes ecográficas, el testigo contesta que si se pueden plasmar en papel aunque no con la calidad actual. TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1, 4º de la LEC, con vulneración del derecho a una sentencia congruente reconocido como derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, en cuanto la Sentencia concluye que hay indicios cualificados como anormales en el cumplimiento de los deberes médicos pues el demandado realizó tres ecografías, y no hay constancia alguna en la historia clínica, se infringe el art. 386 de la LEC, pues es indiscutido por los profesionales sanitarios que han intervenido en el procedimiento que no todas las anomalías son detectables y no cabía sospechar la existencia de las mismas, pues no se daba ningún elemento que pudiera llevar a pensar que pudieran existir, teniendo en cuenta la mayor dificultad esto, es por el aumento de peso y la posición fetal. CUARTO.- Al amparo del art. 469.1, 4º de la LEC, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución se denuncia la infracción del art. 348 de la LEC, por error en la valoración de las tres pruebas periciales practicadas pues los datos existentes son concluyentes, en ningún caso los datos llevan a suponer la existencia de malformaciones y pueden pasar desapercibidas a pesar de buscarlas, de manera que resulta arbitraria la valoración del la Sentencia de Apelación en cuanto ha presumido de manera absolutamente contraria a la lógica unos indicios muy calificados como anormales cuando en los informes periciales practicados se concluye de forma contraria. QUINTO.- Al amparo del art. 469.1, 4º de la LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se denuncia la infracción del art. 217 de la LEC por cuanto corresponde a la actora probar los hechos alegados, y en el presente caso no hay constancia de que se haya infringido la *lex artis ad hoc*, pues en el momento en el que opusieron los hechos las técnicas ecográficas no permitían la detección total de las malformaciones teniendo en cuenta además que existían circunstancias que suponían una dificultad añadida en la posible detección de las malformaciones cuales son el elevado peso y la posición transversal del feto. SEXTO.- Al amparo del art. 469.1, 4º, de la LEC, también por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, en relación al fundamento que recoge la Sentencia impugnada sobre la indemnización por importe de 50.000.000 de pesetas, pues no existe daño alguno, ya que las malformaciones no fueron causadas por el médico ginecólogo, y eran inevitables, por lo que resulta arbitrario y desproporcionado establecer la indemnización por ese importe.

El recurso de casación se articula en los siguientes MOTIVOS.PRIMERO.- Denuncia la infracción del art. 1902 y la jurisprudencia que lo interpreta en cuanto que en ningún caso se produjo la infracción de la *Lex artis ad hoc*, denuncia el recurrente que no cabe una objetivación de la responsabilidad por el resultado, y en este caso constan los datos de las ecografías en la cartilla de la embarazada, documento que fue aportado con la demanda. SEGUNDO.- Alega la infracción del art. 1902 en relación con el art. 1101 y 1104 del Código Civil, y la Jurisprudencia que los interpretan, en cuanto que no existe daño y



cuando el médico realizó las tres últimas ecografías en las semanas 31 y siguientes no podía practicarse el aborto por lo avanzado de la gestación, de manera que no existe nexo causal entre la acción y el daño, teniendo en cuenta que la propia Sentencia declara que las malformaciones en el feto no se debe a la actuación del médico, y si se hubieran detectado no hubiese variado en nada el resultado final producido. TERCERO.- Invoca la infracción del art. 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 10 apartado 5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril vigente cuando ocurren los hechos y la jurisprudencia que los interpreta, pues el deber de información se ha cumplido por el demandado, al no poder dar otra información distinta que la facilitada al carecer los ecógrafos en 1988 de la alta resolución en la práctica de estas pruebas. CUARTO.- Denuncia la infracción del art. 1902 del Código Civil, en relación con el art. 1101, del mismo texto legal, puesto que no hay daño alguno acreditado por la recurrente. QUINTO.- Cita la infracción por aplicación indebida de los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, y la jurisprudencia que los interpreta, al establecer la Sentencia la existencia de una actuación sanitaria deficiente, al no detectarse las anomalías del feto, cuando no hubo ni culpa ni negligencia, en la actuación del médico, que actuó con los medios adecuados a la situación y existentes en el momento en que sucedieron los acontecimientos. SEXTO.- Alega la infracción del art. 1105 del Código Civil, y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran evitables, así las malformaciones eran imprevisibles habida cuenta que en el momento en que tienen lugar los hechos las ecografías solo permitían detectar el 80% de las malformaciones, porcentaje que se reducía si había retención de líquidos, aumento excesivo de peso y posición transversal del feto, a lo que había que añadir el carácter absolutamente normal del embarazo, y aunque las malformaciones hubieran sido detectadas, el resultado dañoso era inevitable. SEPTIMO.- Denuncia la infracción del art. 1902 del Código Civil, en relación con el art. 1103 del mismo texto legal, y de la jurisprudencia que los interpretan. Se sustenta sobre la base subsidiaria para el caso que la Sala entienda que existió una actuación sanitaria deficiente, el daño nunca podría alcanzar una cifra superior a uno por ciento de lo reclamado, pues sólo podría englobar la indemnización la ausencia de conocimiento de malformaciones durante las nueve semanas previas al parto, no puede englobar la indemnización las expectativas ni la repercusión de tal hecho en su vida" puesto que el hecho en si era inevitable. OCTAVO.- Alega la infracción del art. 1902 del Código Civil, en relación a la doctrina jurisprudencial aplicable recogida en las Sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1997, 4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de diciembre de 2003, y 21 de diciembre de 2005, de manera que en el presente caso para que prospere la acción es preciso que el ordenamiento jurídico admita la despenalización del aborto eugenésico, y que en el momento en que el médico omitió negligentemente la información necesaria concurren las condiciones previstas por la ley para proceder legalmente a una interrupción voluntaria del embarazo. Infringe la Sentencia la doctrina Jurisprudencial del Wrongful Birth, estableciendo la existencia del nexo de causalidad entre acción u omisión cuando la propia Sentencia constata que el daño era inevitable puesto que aunque se hubiese podido detectar la existencia



de malformaciones, en las ecografías realizadas las semanas 31, 35 y 39 nada húbiese podido hacer la demandante, al tener ya su embarazo un estado muy avanzado y no poderse practicar el aborto conforme a la legislación vigente en ese momento.

Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de la mercantil GES SEGUROS SA con apoyo en los siguientes MOTIVOS:PRIMERO.- Interpretación incorrecta del artículo 1902 del Código Civil, en relación al 1104.2 del mismo texto legal, con vulneración de los mismos, lo cual implica una infracción normativa justificativa del acceso a la casación con fundamento en el artículo 477.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 218 apartados 1.º y 2.º de la Ley Procesal Civil.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de octubre de 2011 se acordó:

1.º) No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil GES SEGUROS S.A., contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 20190, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 5.º), en el rollo de apelación 222/1995, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía n.º 43/1994 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de las Palmas de Gran Canarias. Con imposición de las costas causadas, por la inadmisión de su recurso.

2.º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Bienvenido contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2010 por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canarias (Sección 5.º), en el rollo de apelación n.º 222/1995, dimanante de los autos de juicio de menor cuantía n.º 43/1994 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de las Palmas de Gran Canarias.

Dese traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Domingo Collado Molinero, en nombre y representación de doña Palmira presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de febrero del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Se somete a la consideración de esta Sala la actuación profesional del ahora recurrente, don Bienvenido, médico ginecólogo, en el seguimiento del embarazo de doña Palmira, del que resultó el nacimiento de su hija Evelyn ( NUM000 1988), con graves malformaciones que no fueron advertidas durante el periodo de gestación. Conviene precisar, porque va a ser de interés a la solución de los recursos que se formulan, extraordinario por infracción procesal y de casación, que este mismo Tribunal anuló la sentencia de la Audiencia Provincial en sentencia de 19 de julio de 2007, porque se había denegado indebidamente a la actora la practica de una prueba consistente en un requerimiento al demandado para que aportara el historial médico y las ecografías realizadas en su consulta privada puesto que "la prueba interesada podía constituir un medio de prueba idóneo para acreditar alguno de los hechos básicos de la pretensión resarcitoria ejercitada en la demanda, sin perjuicio, naturalmente, de la valoración que merezca al Tribunal, que no la tuvo a su alcance por una injustificada e inmotivada denegación, determinante de indefensión real o efectiva, puesto que se trata de completar todo el proceso del embarazo, no solo en el Hospital, sino en el despacho particular del demandado". Con esta libertad de criterio analizó nuevamente la Audiencia los hechos y dictó una sentencia distinta de la anterior en la que, con revocación de la del Juzgado, desestimatoria de la demanda, condenó al demandado a indemnizar, junto a la compañía de seguros G.E.S de Seguros SA, a doña Palmira en la suma de 300.506,05 euros, así como al pago de los intereses de la mora procesal desde la fecha de esta sentencia, dado que entendió que se había acreditado que existió una actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse unas anomalías en el feto.

Frente a la anterior sentencia don Bienvenido, formuló un doble recurso extraordinario por infracción procesal y casación, mientras que la representación de la mercantil GES SEGUROS S.A, interpuso recurso de casación. Este último ha sido inadmitido por atacar la base fáctica, por plantear cuestiones que exceden del ámbito propio del recurso y citar preceptos que no fueron alegados en preparación.

#### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se desarrolla en seis motivos. Los cuatro primeros tienen que ver con la valoración de la prueba. En el primero denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que se va reproducir en los siguientes, por infracción de los artículos 317,1º y 5º y artículo 319, pues los documentos aportados con los números 3 al 12 unidos con la contestación a la demanda, determinan que las malformaciones en un numero importante de los casos son indetectables. El segundo se formula por infracción de lo dispuesto en el artículo 376 de la LEC, al recoger la Sentencia de Apelación una consecuencia ilógica de una afirmación de un testigo, pues ante una pregunta genérica sobre si existían en el año 1988 los medios técnicos necesarios para plasmar en papel las imágenes ecográficas, el testigo contesta que si se pueden plasmar en papel aunque no con la calidad actual. El tercero refiere la infracción del artículo. 386 de la LEC en cuanto la Sentencia



concluye que hay indicios cualificados como anormales en el cumplimiento de los deberes médicos pues el demandado realizó tres ecografías, y no hay constancia alguna en la historia clínica, siendo un hecho indiscutido por los profesionales sanitarios que intervinieron en el procedimiento que no todas las anomalías son detectables y que no cabía sospechar la existencia de las mismas, pues no se daba ningún elemento que pudiera llevar a pensar que pudieran existir, teniendo en cuenta la mayor dificultad, esto es por el aumento de peso y la posición fetal. Finalmente, en el cuarto se denuncia la infracción del artículo 348 de la LEC, por error en la valoración de las tres pruebas periciales practicadas pues los datos existentes son concluyentes y en ningún caso llevan a suponer la existencia de malformaciones y pueden pasar desapercibidas a pesar de buscarlas, de manera que resulta arbitraria la valoración de la Sentencia de Apelación en cuanto ha presumido de manera absolutamente contraria a la lógica unos indicios muy cualificados como anormales cuando en los informes periciales practicados se concluye de forma contraria.

Todos ellos se desestiman.

El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia ( STS de 29 de septiembre de 2009, RC núm. 1417/2005 ), impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio ( SSTs de 9 de mayo de 2007, RC núm. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, RC núm. 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC núm. 424/2001, 30 de junio de 2009, RC núm. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, RC núm. 1417/2005 ) y, en concreto, por lo que se refiere a la prueba pericial la Sala viene admitiendo con carácter excepcional su revisión: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio ( SSTs 8 y 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002 ); b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica ( SSTs 28 junio y 18 diciembre 2001; 8 febrero 2002; 21 febrero y 13 diciembre 2003, 31 marzo y 9 junio 2004 ), o se adopten criterios desorbitados o irracionales ( SS 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002 ); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial ( SSTs 20 febrero 1992; 28 junio 2001; 19 junio y 19 julio 2002; 21 y 28 febrero 2003; 24 mayo, 13 junio, 19 julio y 30 noviembre 2004 ); y, d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias ( STS 3 marzo 2004 ) o contrarias a las reglas de la común experiencia ( SSTs. 24 diciembre 1994 y 18 diciembre 2001 ).

Nada de esto ocurre en este caso.

Son hechos probados de la sentencia los siguientes:



1.º) La historia clínica de la paciente que aporta el demandado es incompleta, al no constar reseña alguna del curso del embarazo desde el 11 de diciembre de 1987 hasta el 29 de julio de 1988, fecha del parto, a pesar de que, según manifiesta la paciente, le realizó tres estudios ecográficos, con fechas 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988.

2.º) El demandado había apreciado que el tamaño del saco gestacional era menor del correspondiente al tiempo de embarazo, por lo que requirió los Servicios del Hospital Materno Infantil, efectuándosele a la actora en este Centro Sanitario dos ecografías por el Jefe de Servicio de Ecografía, los días 7 y 19 de enero de 1988, sin que se apreciase ninguna anomalía.

3.º) Los estudios científicos hasta el año 1988 sobre ecografías en los defectos congénitos, sólo garantizan un 80% de diagnósticos correctos; que según la postura del feto, puede ser imposible visualizar las extremidades, especialmente las partes distales, así como que una retención de líquido y un aumento de peso por encima de lo permitido contribuyen a una peor definición de la imagen.

4.º) El perito nombrado por insaculación, Dr. Salvador, especialista en Obstetricia y Ginecología, calificó el embarazo de normal, aseverando que los datos existentes en ningún caso llevan a suponer la existencia de malformaciones en el feto. Y, desde el ángulo de perito, Dr. Artemio, especialista en Radiodiagnósticos, también nombrado por insaculación, se afirmó que la anomalía presentada por la hija de la actora (ausencia de ambas manos y antebrazos) puede pasar desapercibida a pesar de buscarla; y la Dra. Remedios, especialista en Ecografía del Hospital Materno Infantil, manifiesta que los ecógrafos de que se disponía en 1988 carecían de la alta resolución de los actuales (se refiere al 7 de noviembre de 1994), con lo que no es posible realizar un diagnóstico del cien por cien de las malformaciones.

5.º) A la actora se le practicaron siete ecografías en total, tres de ellas las llevó a cabo el demandado los días 24 de abril, 23 de junio y 20 de julio de 1988 ( el parto se produjo el 29 de julio de 1988).

6.º) De las tres ecografías no hay constancia alguna en la historia clínica abierta por el demandado a la actora; y

7.º) Las anomalías del feto consistían en la ausencia de ambas manos y antebrazos.

La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida no es ilógica ni arbitraria como tampoco lo son las conclusiones que se obtienen de la misma. Es cierto que la sala de apelación tuvo en cuenta los informes periciales practicados en el proceso civil y una cosa es el margen de error que puedan tener las pruebas ecografías y otra distinta si este caso se incardina en uno de estos supuestos cuando es la propia recurrente la que impidió inicialmente que se analizaran los hechos ocurridos mediante la aportación de la historia clínica



y de las ecografías realizadas por el mismo, sin que tampoco exista dato alguno de que estas no se podían recoger en soporte papel cuando tuvo la ocasión de acreditarlo en su momento mediante la incorporación a los autos de los datos de prueba que consideraba necesarios en orden a determinar las circunstancias reales y específicas del embarazo, antes incluso de las tres últimas ecografías, pues en definitiva sustrajo del debate el contenido de estas ecografías y la historia médica, en la que no solo no se recoge ninguna actuación del demandado desde el 11 de diciembre de 1987, sino que han dificultado sin duda la emisión de los informes periciales.

TERCERO.- El quinto motivo denuncia la infracción del artículo 217 de la LEC por cuanto corresponde a la actora probar los hechos alegados, y en el presente caso no hay constancia de que se haya infringido la *lex artis ad hoc*, pues en el momento en el que ocurrieron los hechos las técnicas ecográficas no permitían la detección total de las malformaciones teniendo en cuenta además que existían circunstancias que suponían una dificultad añadida en la posible detección cuales son el elevado peso y la posición transversal del feto.

Se desestima.

El principio sobre reparto de la carga de la prueba regulado en el artículo 217 de la LEC es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba ( SSTS 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000, 29 de abril de 2009, RC núm. 1259/2006, 8 de julio de 2009, RC núm. 13/2004 ). No es este el caso en el que se confunde carga de la prueba con su valoración respecto de la apreciación de las malformaciones con los aparatos existentes en el momento en que se hicieron.

CUARTO.- En el sexto, al amparo del artículo 469.1, 4º, de la LEC, también por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, en relación al fundamento que recoge la Sentencia impugnada sobre el importe de la indemnización, pues no existe daño alguno, ya que las malformaciones no fueron causadas por el médico ginecólogo, y eran inevitables, por lo que resulta arbitrario y desproporcionado establecer la indemnización por ese importe.

Se desestima.

El motivo viene referido a los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, sobre el contenido y alcance de la indemnización, es decir, a cuestiones sustantivas impropias del recurso extraordinario por infracción procesal.

RECURSO DE CASACIÓN.



QUINTO.- Se articula en ocho motivos. En el primero denuncia la infracción del artículo 1902 y la jurisprudencia que lo interpreta en cuanto que en ningún caso se produjo la infracción de la Lex artis ad hoc, y no cabe una objetivación de la responsabilidad por el resultado, constando los datos de las ecografías en la cartilla de la embarazada, documento que fue aportado con la demanda.

Se desestima.

Los hechos probados de la sentencia no permiten sostener una calificación jurídica de los mismos distinta de la que hizo la Audiencia y lo que se pretende es que la Sala haga una nueva valoración sobre el contenido de la cartilla de embarazada, que no ha sido planteada con motivo del recurso anterior. La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, y es evidente 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".

SEXTO.- En el segundo alega la infracción del artículo 1902, en relación con el artículo 1101 y 1104 del Código Civil, y la Jurisprudencia que los interpreta, en cuanto que no existe daño y cuando el médico realizó las tres últimas ecografías en las semanas 31 y siguientes no podía practicarse el aborto por lo avanzado de la gestación, de manera que no existe nexo causal entre la acción y el daño, teniendo en cuenta que la propia Sentencia declara que las malformaciones en el feto no se deben a la actuación del médico, y si se hubieran detectado no hubiese variado en nada el resultado final producido.

Se desestima. El daño que fundamenta la responsabilidad existe. Estamos ante de una indebida gestión médica del embarazo que impidió detectar a tiempo las malformaciones y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial. El daño, dice la STS 31 de mayo de 2011, "es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho 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".

SÉPTIMO.- En el tercero, invoca la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 10 apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril, vigente cuando ocurren los hechos, y la jurisprudencia que los interpreta, pues el deber de información se ha cumplido por el demandado, al no poder dar otra información distinta que la facilitada al carecer los ecógrafos en 1988 de la alta resolución en la práctica de estas pruebas.

El motivo parte de que no hubo información adecuada sobre las malformaciones del feto puesto que no pudieron ser detectadas cuando es hecho probado de la sentencia lo contrario. Se desestima.

OCTAVO.- En el cuarto denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 1101, del mismo texto legal, puesto que no hay daño alguno acreditado por la recurrente.

Se desestima por lo argumentado en el Fundamento Jurídico Sexto, sobre la realidad del daño.

NOVENO.- En el quinto, cita la infracción por aplicación indebida de los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, y la jurisprudencia que los interpreta, al establecer la Sentencia la existencia de una actuación sanitaria deficiente, al no detectarse las anomalías del feto, cuando no hubo ni culpa ni negligencia, en la actuación del médico, que actuó con los medios adecuados a la situación existente en el momento en que sucedieron los acontecimientos.

Se desestima por las razones ya expuestas respecto de los medios que se pudieron al alcance del paciente y de la negligencia del demandado. Es cierto que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médica debe descartarse la responsabilidad objetiva, pero no es ese el caso. Lo cierto es que existió una actuación médica deficiente al no detectarse unas anomalías de un feto, y como consecuencia se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a la progenitora la información adecuada a la que tenía legítimo derecho.

DECIMO.- En el sexto, alega la infracción del artículo 1105 del Código Civil, y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran evitables, así las malformaciones eran imprevisibles habida cuenta que en el momento en que tienen lugar los hechos las ecografías solo permitían detectar el 80% de las malformaciones, porcentaje que se reducía si había retención de líquidos, aumento excesivo de peso y posición transversal del feto, a lo que había que añadir el carácter absolutamente normal del embarazo, y aunque las malformaciones hubieran sido detectadas, el resultado dañoso era inevitable.

Se desestima por lo razonado.



UNDECIMO.- En el séptimo, denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con el artículo 1103 del mismo texto legal, y de la jurisprudencia que los interpretan, se sustenta sobre la base subsidiaria para el caso que la Sala entienda que existió una actuación sanitaria deficiente, el daño nunca podría alcanzar una cifra superior a uno por ciento de lo reclamado, pues sólo podría englobar la indemnización la ausencia de conocimiento de malformaciones durante las nueve semanas previas al parto, no puede englobar la indemnización "las expectativas ni la repercusión de tal hecho en su vida" puesto que el hecho en si era inevitable.

Se desestima. Quien ahora cuestiona la indemnización por manifiestamente errónea e ilógica, nada dijo al respecto en el escrito de contestación a la demanda.

DUODECIMO.- Finalmente en el octavo, alega la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación a la doctrina jurisprudencial aplicable recogida en las Sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1997, 4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de diciembre de 2003, y 21 de diciembre de 2005, de manera que en el presente caso para que prospere la acción es preciso que el ordenamiento jurídico admita la despenalización del aborto eugenésico, y que en el momento en que el médico omitió negligentemente la información necesaria concurren las condiciones previstas por la ley para proceder legalmente a una interrupción voluntaria del embarazo. Infringe la Sentencia la doctrina Jurisprudencial del Wrongful Birth, estableciendo la existencia del nexo de causalidad entre acción u omisión cuando la propia Sentencia constata que el daño era inevitable puesto que aunque se hubiese podido detectar la existencia de malformaciones, en las ecografías realizadas las semanas 31, 35 y 39 nada hubiese podido hacer la demandante, al tener ya su embarazo un estado muy avanzado y no poderse practicar el aborto conforme a la legislación vigente en ese momento.

Se desestima. En ningún momento la sentencia sostiene que es en las tres últimas ecografías donde se pueden advertir las malformaciones. Lo que dice es que "no se aportaron las ecografías con el pretexto de no recogerse en soporte papel, a lo que se le añade la falta de constancia en la Historia Clínica de la valoración del resultado de dichas pruebas por parte del demandado, y la parquedad e insuficiencia de datos de seguimiento de la gestación de la paciente en la Historia Clínica aportada en esta alzada, sin que existan anotaciones posteriores hasta diciembre de 1987".

DECIMOTERCERO.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación de ambos recursos y la imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.



## FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por la representación procesal de don Bienvenido, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.<sup>a</sup> de fecha 17 de mayo de 2010, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

© PortalDerecho 2011-2013  
Diario del Derecho  
Iustel  
2 de julio de 2013

[http://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1115314&nl=1](http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1115314&nl=1)  
(20 de agosto de 2013)