

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 71 DE MADRID
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 7 - 28020
Tfno: 914932900,01, 02
Fax: 914932904

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0040550

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 318/2019

Materia: Responsabilidad civil

Demandante: D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. F

S E N T E N C I A NÚMERO 192/2020

En Madrid a nueve de diciembre de dos mil veinte

Vistos por el Sr. D _____ z, Magistrado Juez del Juzgado de 1ª. Instancia nº 71 de Madrid los autos de juicio ordinario señalados con el número **318/2019** de los de este Juzgado, seguidos a instancias del **Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña** en nombre y representación de **D.**

y de **Dª.**

, asistida por el Letrado Sr.

, contra

, **S. A.**,

, representado por la **Procuradora Dª.**

, y asistida

por el Letrado Sr. Pflüger Samper, y

ANTECEDENTES DE HECHO

1º) Con fecha 15/02/2019, por el **Procurador Sr. Melchor de Oruña** en la representación indicada se presentó ante el Decanato de estos Juzgados para su reparto la demanda origen de estos autos, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó aplicables al caso, y que aquí se dan por íntegramente reproducidos, terminaba suplicando se dictara Sentencia por la que se condenara a los demandados al pago de la cantidad reclamada.

2º) Por Decreto de veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, se admitió a trámite la demanda, acordándose igualmente se diera traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara, lo que verificó en el término legalmente establecido al efecto.

3º) En la misma resolución se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa legalmente prevenida para esta clase de juicios, a cuyo efecto se señaló día y

hora, y en la que las partes, no siendo posible el acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Recibido el artículo a prueba se propusieron por las partes los medios que estimaron oportunos, admitiéndose la totalidad de la propuesta, señalándose finalmente fecha para la celebración del juicio.

4º) Por Auto de quince de octubre de dos mil diecinueve se admitió la *intervención voluntaria* en el proceso de D. O, personándose en los autos bajo la representación de la **Procuradora D^a**.

5º) En la fecha previamente señalada al efecto tuvo lugar el acto de la vista, en la que fue practicada la prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, recogido soporte audiovisual al efecto instalado en la Sala de audiencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Acción que se ejercita. De la acción directa contra la aseguradora.* Se deduce por la actora, *demanda de Juicio Ordinario, por reclamación de cantidad, y en ejercicio de acción de responsabilidad contractual*, contra la ya expresada parte demandada, S S. A.

Según la demandante (hecho PRIMERO, I.1) (...) *la presente demanda se refiere a una defectuosa asistencia sanitaria prestada a la Sra. M - por parte de la , de su ginecólogo Dr. , del Hospital Quirón y de sus médicos Dr. y cubierta bajo un contrato*

de seguro de asistencia sanitaria de los denominados de cuadro médico y no de reembolso firmado entre demandante y demandado. En concreto, --según el apartado I.2 del mismo ordinal PRIMERO del escrito de demanda-- (...) *la defectuosa asistencia sanitaria se refiere principalmente a un grave error de diagnóstico prenatal de un síndrome de Down en el embarazo de la Sra. , consecuencia principalmente de no tener en cuenta el signo de alarma que implicaban las medidas apreciadas en ecografía* Página 2 de 31 de TN y PN *(translucencia nuchal y pliegue nuchal, respectivamente) y de no realizar cribado combinado en el primer trimestre, que hubiera requerido a su vez realizar biopsia corial, o amniocentesis o test prenatal no invasivo, que hubieran diagnosticado el síndrome de Down con certeza, habiendo tenido oportunidad médica y legal para realizar IVE (interrupción voluntaria de embarazo).* Esquemáticamente expuestas, y según se deduce de la Historia Clínica, destaca la actora los siguientes hitos a que se refiere su aportación documental al procedimiento: con fecha 13/03/15, se suscribe el consentimiento informado para la realización de prueba de cromosomopatías en el primer trimestre, y, con la misma fecha, se emite el informe de ecografía, que se repite con fechas 27/03/15 y 17/04/15; 17/04/15 analítica/cribado, y 20/05/15 informe de ecografía; finalmente, desde 27/01/15 hasta 26/10/15, constan hojas de evolución de , a cargo del Dr.

Se ejercita por la actora, en definitiva, la denominada *acción directa* frente a la ya expresada parte demandada, en su calidad de aseguradora en el *seguro de asistencia sanitaria*, considerando como riesgo objeto de cobertura, y que constituye el siniestro que fundamenta la reclamación que se actúa, (...) *una defectuosa asistencia sanitaria prestada a la Sra. , -por parte de la , de su ginecólogo Dr. , del Hospital Quirón y de sus médicos Dr.*

y - y cubierta bajo un contrato de los denominados de *cuadro médico y no de reembolso, firmado entre demandante y demandado*. La acción aquí ejercitada se prevé en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, del siguiente tenor literal: *«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido»*. De esta forma, se facilita al perjudicado la reclamación del daño imputable al asegurado, y cubierto por el asegurador, configurando así una acción autónoma reconocida al perjudicado, independiente de la que pudiere ejercitar frente al causante del daño. El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 5 de junio de 2019** señala como (...) *hitos relevantes de la doctrina jurisprudencial* en relación a la acción directa, los siguientes: (i) *Se trata de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado* (S. T.S. 484/2018, de 11 de septiembre). (ii) *Implica "un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido [...] y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad"* (STS 87/2015, de 4 de marzo). (iii) *El derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. Es decir, el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: "la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)"* (STS 200/2015, de 17 de abril , que cita la deS12 de noviembre de 2013). (iv) *La conexidad de ambos obligados resulta de su condición de deudores solidarios. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los dos responsables solidarios extingue la obligación por efecto del art. 1145.1 CC* (STS 87/2015, de 4 de marzo). (v) *El art. 76 LCS , al establecer que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, configura una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley* (STS 200/2015). (vi) *La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro* (STS 200/2015, de 17 de abril , con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009). (vii) *En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable,*

porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (STS 730/2018, de 20 de diciembre, que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre; 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril ; 200/2015, de 17 de abril ; y 484/2018, de 11 de septiembre). (viii) **La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado;** precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado. (ix) Su regulación no impide que la pretensión objeto de la acción se someta al régimen del art. 219 LEC , dejando la cuantificación de la indemnización para un momento posterior (STS 213/2015, de 17 de abril): la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro "pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo". En esencia, el tratamiento jurisprudencial se basa en tres principios destacados por doctrina autorizada: autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado (...).

SEGUNDO.- Oposición de la demanda. Excepciones. La parte demandada, S. A, , invoca con carácter previo la *falta de litisconsorcio pasivo necesario*, y su propia *falta de legitimación pasiva*, oponiéndose a lo solicitado en la demanda, por cuanto entiende que --a la vista de la documentación médica aportada en la demanda-- *no se desprende la existencia de una mala 'praxis' médica*, solicitando, en consecuencia, la desestimación de la demanda. Por el interviniente voluntario se llega a idéntica conclusión, aportando informe pericial médico con su escrito de contestación a la demanda, en fundamento de su oposición sobre el fondo del asunto.

No habiéndose integrado voluntariamente la litis por la parte actora, y (como la propia demandada señala en su escrito de conformidad con la intervención voluntaria solicitada por el Dr.), se ha de estimar bien constituida la relación jurídico-procesal según aparece en la demanda, dado el ejercicio de la *acción directa* --según lo ya anteriormente expuesto-- frente a la aseguradora, considerando que la solidaridad excluye el necesario litisconsorcio pasivo, por cuanto la acreedora puede dirigirse contra cualquiera de las personas o entidades que pueda considerar responsable del daño cuyo resarcimiento reclama, y de sus aseguradoras --si se tratara de actividades de obligatorio aseguramiento, especialmente--, y ello sin perjuicio de las relaciones internas y derecho de repetición entre los eventuales deudores mancomunados solidarios. Finalmente, y en relación a la falta de legitimación pasiva que alega la demandada, los mismos argumentos expuestos en el FD anterior deben ahora, a estos efectos, tenerse por reproducidos para sostener la legitimación pasiva cuestionada, dada la naturaleza de la acción que se ejerce, y su fundamentación.

TERCERO.- Resume la parte demandante los comportamientos y decisiones de los facultativos que atendieron a la demandante D^a. M , en el apartado que denomina *conclusiones*, señalando lo siguiente:

1.- En la primera ecografía del primer trimestre no se mide la TN (translucencia nuchal), dato fundamental que hay que medir, por ser indicativo de ciertas enfermedades frecuentes y graves como el síndrome de Down.

2.- En la segunda ecografía del primer trimestre se mide la TN y resulta un valor de 3,34 que supera el 99% del percentil, lo que incrementa el riesgo de padecer síndrome de Down por 9, y que hubiera obligado a realizar unas pruebas (biopsia de corion, entre otras), con las que se hubiera diagnosticado el síndrome de Down.

3.- No se realiza el cribado combinado del primer trimestre que combina la medida de TN y dos datos bioquímicos, prueba protocolizada y generalizada en todos los Hospitales españoles, además de sencilla, rápida y barata.

4.- En su lugar, se realiza un test doble de cribado en el segundo trimestre que combina dos datos bioquímicos y ningún dato ecográfico, que es el que tiene menor tasa de detección de enfermedades de este tipo, pese a hacerse una ecografía en esa misma fecha (primera en segundo trimestre), lo que hubiera permitido, al menos, hacer test cuádruple del segundo trimestre, de mejores tasas estadísticas de detección.

5.- En la cuarta ecografía (segunda en segundo trimestre), ni si quiera se mide el PN (pliegue nucal), dato que sigue siendo fundamental para diagnosticar estas enfermedades, pese a estar totalmente protocolizado y pese a los antecedentes de una TN aumentada en el primer trimestre. Además, no se presta atención a otros signos característicos de síndrome de Down, como foco hiperecogénico intracardiaco (FOCI), hidronefrosis, aplanamiento facial y la implantación baja de las orejas, signo del limón.

6.- En conclusión, el seguimiento de este embarazo fue un auténtico desastre, tanto desde un punto de vista profesional del Dr. (Clínica Cisme), del Dr.

y de la Dra. (Quirón), como de coordinación del propio Dr. , por un incumplimiento flagrante y reiterado de actuaciones claramente protocolizadas y basadas en la evidencia científica, probablemente motivadas por el exceso de trabajo impuesto a los médicos que trabajan con Entidades Aseguradas Sanitarias consecuencia de los bajísimos e indignos precios que abonan a éstos, incompatible con un buen trabajo.

7.- Esta actuación implicó la pérdida [...] de oportunidad de haber diagnosticado un síndrome de Down y haberse acogido a la opción legal que hubiera tenido la Sra. por encontrarse dentro de las primeras 22 semanas de gestación, de una interrupción voluntaria de embarazo.

CUARTO.- Sobre la responsabilidad médica. La Sentencia de 31 marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), tras la mención de los requisitos exigidos para el éxito de la acción por culpa civil extracontractual, añade que (...) sobre la responsabilidad médica es doctrina reiterada y consolidada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, contenida entre otras en Sentencias de 16 de diciembre de 1997 (y 19 de febrero de 1998, la que indica que conviene verificar las siguientes precisiones ajustadas a una respetuosa hermenéutica de nuestro Derecho Positivo, en relación con la cuestionada carga de la prueba: A) que ante todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícito la carga de la prueba (...) es inevitable: el actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento reclama, y el demandado la extinción de esa obligación por su no incumplimiento; en consecuencia, aquel actor habrá de acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino que el obligado no la ha cumplido por no actuar adecuadamente en la observancia de su prestación; B) trasladada esa teoría a las clases de responsabilidad contractual como extracontractual –pues en ambas opera– resulta: 1. En la contractual, el acreedor o perjudicado que acciona, deberá acreditar la obligación y características de la prestación –si es de hacer o de dar, si es de medios o de resultado– así como el no

*cumplimiento porque el deudor, no ha actuado bajo la observancia de los deberes de esa prestación (artículo 1101 del mismo texto legal), al no concurrir la exoneración del «casus» del artículo 1105, mientras que el deudor puede oponer, previa prueba, el pago o cumplimiento. 2. En la extracontractual, el perjudicado o dañado que acciona, habrá de acreditar no sólo ese daño sino también la autoría por el demandado de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringirse deberes de prevención o el general «naeminem laedere»; siendo obvio que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado (antes del «factum» dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación, salvo el genérico «alterum non laedere»), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual; al autor demandado, le basta con oponerse a la reclamación. 3. En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será el acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o «lex artis ad hoc»; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales –entre los que está, sin duda, el de información adecuada–, o sea los «medios para curar» y no el resultado o la curación del paciente, no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico. 4. Por ello, cuando se ubica la responsabilidad del médico en sede extracontractual la jurisprudencia ha sostenido la excepción a referida inversión del «onus probandi» o el seguimiento de que «al actor le incumbe la prueba», con lo que, por este camino, se alcanza igual solución a la de la contractual. 5. En definitiva, el médico se obliga a «procurar la salud o curación-medios» pero no a la curación efectiva-resultado; luego sólo cuando en esa procura se demuestre su culpa o falta de diligencia responderá, y claro es, que ese presupuesto entra de lleno en el «onus probandi» del actor o paciente, siendo pacífica la doctrina Jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo la que reitera que en sede de responsabilidad médica –tanto contractual como en la extracontractual– opera la excepción a la inversión de la carga de la prueba por lo que la culpa así como relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de probarla el paciente (Sentencias de 13 julio 1987, 12 julio 1988, 6 noviembre, 7 febrero y 6 junio 1990, 8 octubre 1992, 4 abril, 2 y 15 febrero y 23 marzo 1993, 29 marzo, 25 abril, 12 julio y 14 noviembre 1994, 16 y 20 febrero 1995, 10 febrero, 8 abril, 1 junio, 25 y 31 de julio, 23 septiembre y 10 diciembre 1996, 20 junio y 10 noviembre 1997, entre otras), **excepcionándose esta doctrina** en dos supuestos: a) cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de «locatio operis» – Sentencias 25 abril 1994 y 11 febrero 1997–; y b) **en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme** (...) (Sentencias de 29 julio 1994, 2 diciembre 1996, 21 julio 1997 y 22 de mayo de 1998).*

Recuerda, por otra parte, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 23 febrero de 1998**, citando a la importante Sentencia de 11 marzo 1988 del Tribunal Supremo, (...) *que la doctrina jurídica vertida en torno a la problemática planteada por la relación de causalidad nos muestra la existencia de dos teorías sucesivamente dominantes. La de la equivalencia de condiciones, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado («condictio sine qua non»), y la*

de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada y, solamente en el supuesto de que la contestación sea afirmativa, cabría apreciar la existencia de un nexo causal que abra paso a la exigencia de responsabilidad, bien sea ésta civil o penal (...). [y que] dentro ya del campo de la responsabilidad civil extracontractual, la moderna doctrina jurisprudencial de esta Sala ha venido evolucionando en el sentido de abandonar posturas cercanas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, a la que en otros tiempos se mostró propicia y, aún sin adscribirse expresamente a la de la causalidad adecuada ni a cualquier otra de análoga significación, optar decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y buena muestra de ello es la Sentencia de 13 octubre 1979, en la que se proclama que si ciertamente la actual orientación jurisprudencial, en orden a la aplicación del art. 1902 del CC se viene produciendo en el sentido de que, en determinadas circunstancias, la responsabilidad se presume culposa, lo que impone que el autor del daño deba acreditar, en tales supuestos, haber actuado con la diligencia y cuidado que requieran las circunstancias del tiempo y lugar concurrentes, es igualmente exacto que, en todo caso, esa manifestación objetivista que emana del principio de derecho «ubi commodum, ibi est incommodum», con influencia en la interpretación judicial de la culpa, requiere, por esencia de las bases informadoras de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, la apreciación de causa a efecto de la acción y omisión culposa que se alega y el daño que se pretende producido, (Sentencias de 13 junio 1942, 30 enero 1951, 30 junio 1954 y 29 octubre 1967), cuya apreciación sólo es adecuada cuando exista una verdadera relación entre el hecho generador y su resultado, es decir, en la culpa extracontractual la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal y concretamente de las de dimensiones filosóficas que agrupan, de un lado, a los partidarios de la causa eficiente y, de otro, a los que más bien se apoyan en el principio de razón suficiente, ni adoptar una postura intermedia a favor de la «condictio sine qua non» o del factor predominante, de la circunstancia principal o de cualquier otro elemento (...)

Finalmente, la **Sentencia de 5 diciembre 1994 de la Audiencia Provincial de Valladolid** precisa que, (...) la doctrina jurisprudencial en aquellos supuestos de intervenciones y operaciones médicas necesarias para una **finalidad curativa o terapéutica**, viene, de forma unánime y reiterada, configurando la responsabilidad del facultativo como una obligación de medios y no de resultados, aplicando la denominada «lex artis ad hoc», imponiendo a quien pretende la indemnización de los daños causados la carga de probar, además de estos daños, la culpa o actuación negligente del profesional interviniente así como la relación causal entre su conducta y el resultado lesivo producido (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1990, 20 febrero 1992, 2 febrero 1993, 4 y 23 marzo 1993, entre otras muchas).

QUINTO.- 'Onus probandi' o carga de la prueba. En particular, de la prueba pericial. Recuerda la **Sentencia de 2 marzo de 2012 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª)** que la materia relativa a la carga de la prueba y las consecuencias derivadas de la falta de probanza está regulada en el artículo 217 LEC, precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor y al demandado reconviniente la

carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, e incumbe al demandado y al actor reconvenido 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 a que se refiere el apartado anterior (...), [para lo cual] el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio (...). Por ello la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la *doctrina de la flexibilidad*, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la **STS de 20 de marzo de 1987**, y la *doctrina de la facilidad*, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC. Concretamente, la **STS de 18 de mayo de 1988** declara en relación con la doctrina legal de la carga de la prueba que ha de interpretarse: *"según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte"*. Por ello, continúa diciendo la Sentencia que citamos, la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, en el sentido que no puede realizarse una interpretación rigurosa y rígida de dicha regla, como dice la **STS de 20 de marzo de 1987**, y la doctrina de la facilidad, desplazando la carga de una a otra parte según la facilidad y disponibilidad que expresamente contempla el apartado sexto del artículo 217 LEC. Finalmente, la misma Sentencia de la A.P de Islas Baleares, recuerda que, por principio general, la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorada por el Juez según su prudencia arbitrio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, pues ni los anteriores preceptos que regulaban la materia, ni el actual artículo 348 LEC, tienen carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación para acreditar el *error de derecho*, pues la prueba en general es repetitiva, de libre apreciación por el Juez (SSTS 17 de julio de 1987, 12 de noviembre de 1988 y 9 de diciembre de 1989, entre otras). Y es que las reglas de la sana crítica *no están codificadas, han de ser atendidas como las más elementales directrices de lo lógico* (...).

Por otra parte, y en particular, en lo referido a la prueba de peritos la **SAP de Islas Baleares (sección 5) de 23 de marzo de 2015** explica las «reglas de valoración de la prueba pericial»: *Con el sistema instaurado por la nueva LEC se establece que con los escritos rectores del procedimiento (demanda y contestación) se aporten los dictámenes elaborados por los peritos de que los litigantes dispongan y consideren necesarios para la defensa de sus derechos (art. 336) y, siguiendo la tendencia apuntada en algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, para acabar con la discusión acerca de la naturaleza y valor probatorio de los dictámenes aportados unilateralmente por las partes (SSTS 18-5-93, 3-3-95) regula de forma minuciosa tal aportación (art. 335) dándoles valor de verdadera prueba (art. 299.4) con traslado a la parte contraria y manifestación del deseo de que el perito comparezca a la vista del juicio (art. 337.2 y 338), sin que por esa obtención la ley rebaje el valor de su naturaleza probatoria, frente al designado por el Tribunal (art. 339. 2); y nada impide que en la dualidad comparativa de ambos pueda el Juzgado desde ese análisis crítico del mismo fundar su resolución en una u otra pericia o integrar todas ellas en un proceso lógico y racional de deducción. Y que en la valoración de la prueba pericial el Juez o Tribunal deberá ponderar, entre otras, las siguientes cuestiones: a) Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o*

aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro (STS 10 de febrero de 1994); b) Deberá, también, tener en cuenta el Tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre de 1989); c) Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1995); d) También deberá ponderar el Tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema de la nueva LEC, a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes (STS 31 de marzo de 1997).

SEXTO.- Los Informes Periciales aportados. Conclusiones. En las páginas 100 a 106 del Informe (**documento 1** de la demanda), suscrito por el Dr. D.

, Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista en Obstetricia y Ginecología, Miembro numerario de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), Ex Jefe Clínico de Obstetricia y Ginecología del Distrito Sanitario Sierra de Huelva, Ginecólogo Experto (nivel IV) de cualificación en Ecografía obstétrico-ginecológica de la SEGO, Perito Judicial para la especialidad de Ginecología y Obstetricia del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, se enumeran las incidencias ocurridas *en el transcurso de las 20 primeras semanas de embarazo* de la gestante D^a.

, y las posibilidades que se tuvieron de conseguir el diagnóstico de Trisomía 21 ante los hallazgos que escalonadamente se fueron sucediendo. Las conclusiones del referido informe pericial se corresponden con el tenor literal siguiente:

Primera.- PRIMER TRIMESTRE.

En el año 2015 r era una mujer de 36 años en su segundo embarazo. Por media de edad afrontaba el riesgo de tener un producto de la concepción con Trisomía 21 de 1/274, y desde el primer momento confió el diagnóstico o exclusión de esta posibilidad a su ginecólogo el Dr. . Sus reglas eran normales y la edad gestacional por ecografía concordaba con la de su fecha de última regla.

Estando de 11+2 semanas de embarazo este doctor remitió a la gestante a la Clínica Quirón donde firma al Dr a Documento de consentimiento informado para Cribado combinado de cromosomopatías, consistente en analítica de dos hormonas, B-HCG y PAPP-A, y medición por ecografía de la translucencia nuchal. Este cribado se considera el más eficaz para valorar el riesgo de trisomías en la primera mitad del embarazo. **La edad gestacional era la adecuada para realizar la analítica pero nadie la citó.** Tampoco el Dr. obtuvo un plano óptimo para la medición la Translucencia nuchal, pese a estar en una edad gestacional acorde para hacerlo, y emplazó a la gestante para repetirla dos semanas más tarde. El Dr. recibe a su paciente tras esta ecografía y **conocía la ausencia de analítica bioquímica.** No pone en su conocimiento la necesidad de que se la haga. Igualmente **conocía el intento fallido de medir la TN y el hallazgo de una vesícula vitelina** edematosa e inflamada (hidrópica).

Segunda.- La ecografía de Primer trimestre se repite el día estando de 13+2 semanas, y el actuante es nuevamente el Dr. f remitida por el Dr. . **Ninguno de los dos facultativos emplaza a la gestante para completar la analítica de primer**

trimestre necesaria para el cribado combinado cuyo DCI tenía firmado. La edad gestacional seguía siendo igualmente adecuada para hacerla.

Tercera.- Una vez corroborada por esta ecografía la edad gestacional acorde, semana 13, con diámetro craneocaudal (CRL) de 64 mm se obtiene una Translucencia nuchal de 3,34 mm. **Medida que multiplica por 9 el riesgo basal de Trisomía 21** (D. Consenso SEGO Diagnóstico prenatal), se sitúa por encima del percentil 99 correspondiente a CRI- y obliga a unas pautas de protocolización que se omiten:

- a) Biopsia corial para realizar cariotipo molecular precoz y conseguir el diagnóstico de T21 ya en el primer trimestre o en el segundo por amniocentesis.
- b) En su defecto, completar el Cribado combinado de Primer trimestre para riesgo de cromosomopatías (Triple screening) completando la analítica bioquímica.
- c) Realizar un Test Prenatal no invasivo en sangre materna.

Cualquiera de estas pruebas hubiera conseguido o al menos aproximado de manera fidedigna el diagnóstico de T21 incluso en el primer trimestre de embarazo y su justificación venía dada por el grosor de la TN y la inexplicable ausencia de analítica hormonal.

Cuarta.- En la ecografía de la semana 13+2 no solo se detecta un aumento anormal de la TN, sino que se chequean marcadores secundarios: presencia de hueso nasal, ductus venoso cuya documentación gráfica no se aporta. Igualmente **se menciona un posible higroma quístico, hallazgo de enorme importancia porque supone una probabilidad no menor del 75% de riesgo de estar antes una cromosomopatía.** Sorprendentemente esta situación no es valorada por ninguno de los facultativos. Ya dos semanas antes habían dejado anotado un detalle de importancia como la vesícula vitelina edematosa e inflamada (hidrópica)

Durante el primer trimestre existió una inacción por parte del facultativo responsable de la dirección médica del embarazo al omitir los pasos protocolizados que se debían seguir y para los que la gestante había dado su total aceptación, constituyendo una mala praxis médica.

SEGUNDO TRIMESTRE.-

Quinta.- El Dr. *o* emplaza a la paciente a una ecografía que se realiza en la semana 16, 17-04-2015, y la recibe una semana más tarde con los resultados. Después de haber ignorado el valor de la TN en el primer trimestre y haber perdido la ocasión de realizar Cribado más eficaz para evaluar riesgo de cromosomopatías, solicita en el segundo trimestre el cribado menos fiable de cuantos se pueden hacer en este trimestre (tasa detección 60% con una tasa de falsos positivos del 5%).

Para este cribado aporta una edad gestacional, 15 semanas, que no es la correcta, 16+2, el mismo día en que se hace la ecografía. El resultado del Laboratorio IASA arroja un índice de riesgo de 1/369 para T21.

Sexta.- Tras el valor obtenido de la TN en un feto que se califica de edematoso, compatible con un higroma quístico en el que de forma incomprensible no se profundiza, **no se mide el Pliegue nuchal**, parámetro equivalente a la TN del primer trimestre y de la misma importancia.

Séptima.- En esta edad gestacional se estaba a tiempo tanto de hacer cariotipo por amniocentesis, definitivo para diagnóstico de T21, como Test pre natal no invasivo en sangre materna, con resultados en cinco días y fiabilidad del 99% para las Trisomías más frecuentes, principalmente la 21.

Octava.- El desconocimiento de la pauta a seguir ante los diversos procedimientos hace que no se preste atención al examen del corazón fetal, preceptivo ante TN elevada en primer trimestre. Del mismo modo y pese a disponer de planos ecográfico idóneos se

ignoran características morfológicas orofaciales de trisomías y triploidias como la retromicrognatia, explicadas en su apartado correspondiente.

Novena.- La actitud del Dr. [redacted] no puede ser más vaga al recibir a la gestante después de una ecografía, semana 16, infrecuente y no protocolizada a menos que se tenga alguna duda especial. Nada aclara su expresión Posibilidad de amniocentesis tras las ecografías que ha aportado..., cuando tenía delante estas ecografías prescritas por él desde el primer día. **Lo que se imponía era tomar decisiones** y solicitar pruebas, ampliamente explicadas, que estaban a la mano y para las que se disponía aún de 5 semanas por delante.

SEMANA 20

Décima.- [redacted] llegaba a la mitad de su embarazo con una medida de Translucencia nuchal en primer trimestre que no se había tenido en cuenta para estudio del cariotipo, ni empleada como parámetro principal en el cribado combinado para cromosomopatías del primer trimestre. Tampoco se había profundizado en la sospecha de higroma quístico, ni recomendado un Test Prenatal no invasivo. El único bagaje de seguridad con el que se contaba era el menos fiable de todos, un Test doble exclusivamente bioquímico en segundo trimestre con un índice de riesgo 1/369, para el que se había aportado como información una semana de gestación no acorde al día de la extracción.

Undécima.- De nuevo el Dr. [redacted] deriva a la gestante a un centro ajeno a su consulta, la Clínica Quirón, y a una ecografista diferente, la Dra. [redacted]. **La ecografía de la semana 20 por sí sola tiene capacidad para establecer la sospecha y posterior confirmación de un feto portador de Trisomía 21** en el 40% de los casos.

Duodécima.- La sospecha diagnóstica pasaba forzosamente por **medir el pliegue nuchal** como principal parámetro de cromosomopatía, máxime habiendo obtenido una elevación de la translucencia nuchal en el primer trimestre. En el informe que firma la Dra. Núñez no hay referencia alguna a que se hiciera esta medición. Tampoco el Dr. [redacted] cuando recibe a la gestante cinco días más tarde presta atención a esta omisión.

Decimotercera.- La Dra. [redacted] describe un foco ecogénico intracardiaco en ventrículo izquierdo. Este hallazgo como marcador para aneuploidías hubiese potenciado su importancia como indicador de riesgo de haber escrutado el resto de marcadores principalmente el pliegue nuchal.

Decimocuarta.- No obstante, aunque no se reseñe en el informe, se adjunta un repertorio iconográfico donde se hacen evidentes hallazgos que por sí solos tienen la suficiente entidad para sospechar una anomalía fetal, de índole cromosómica o de otro tipo, con o sin pliegue nuchal engrosado: Signo del limón en cráneo, sospecha de hidronefrosis, de ventriculomegalia, anomalías orofaciales.

Decimoquinta.- La revisión posterior en la [redacted] con el ginecólogo que llevaba la dirección médica de su embarazo, el Dr. [redacted], sexta en las primeras 20 semanas, es lacónica, y cinco días más tarde de esta última ecografía y a punto de cumplir la semana límite para obtener un diagnóstico de anomalía cromosómica severa y tomar una decisión al respecto la única anotación en su historia clínica es: Feto único y vivo, biometría correspondiente. Foco ecogénico en V.I.

Decimosexta.- Por todo lo anterior, este perito concluye que hasta la semana 22 en el embarazo de [redacted] se sucedieron una concatenación de irregularidades en la solicitud de analíticas, hallazgos ecográficos no tenidos en cuenta y signos clínicos que hacían evidente la sospecha fundada de cromosomopatía, principalmente Trisomía 21 o Síndrome de Down. No atenderlos mediante las pruebas oportunas supuso una mala praxis médica o infracción a la lex artis ad hoc en las personas que intervinieron durante la vigilancia y control del embarazo de esta paciente.

Por la representación del interviniente, se aporta informe suscrito por el Dr. D.

, Especialista en Obstetricia y Ginecología, Doctor en Medicina y Cirugía, Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Gregorio Marañón de Madrid (2015), Presidente del Comité de Ética Asistencial del Hospital Universitario Gregorio Marañón de Madrid (2015), Profesor de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Complutense de Madrid, Exprofesor de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Pontificia de Salamanca, Master en Derecho Sanitario, Profesor del Master en Derecho Sanitario de la Universidad Europea de Madrid, Profesor del Diploma de Responsabilidad Profesional Sanitaria de la Universidad Complutense de Madrid, Miembro del Comité de Expertos en Ginecología y Obstetricia de la Comunidad de Madrid, Socio de Honor de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) Perito Especialista en Ginecología y Obstetricia de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) y del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid. En dicho informe se hacen constar (páginas çags jlafkdjal), la siguientes conclusiones:

- 1- D^a. , fue controlada durante su gestación por el Dr. .
- 2- En la ecografía realizada en la semana 11+ 2 días, se informa de la presencia de una vesícula vitelina “algo hidrópica” término confuso e impreciso.
- 3- Aunque se asegurase la presencia de una vesícula vitelina hidrópica, ésta tendría importancia a la hora de determinar la buena o mala evolución del embarazo en cuanto a la posibilidad de tener un aborto, pero no tiene ninguna relación con la presencia de una cromosomopatía.
- 4- En la ecografía realizada a las 11 semanas más 1 día, se refleja en el informe “Feto edematoso”, pero en ningún momento de Hidrops fetal 35 o Higroma Quístico que sí podría tener relación con la presencia de aneuploidías.
- 5- Aunque sí se hiciese referencia a la existencia de un Hidrops fetal, hay más de 100 causas que podrían dar lugar a un Hidrops, el 20% idiopáticas.
- 6- En ésta ecografía realizada en las 11 semanas, la paciente firma el Consentimiento Informado para la realización del cribado del primer trimestre.
- 7- A pesar de firmar el CI no se le realizaron el cribado del primer trimestre consistente en la determinación de la TN y la determinación de β hCG y PAPP-A.
- 8- Tres días después de ésta ecografía, el Dr. le realiza la segunda consulta y ante la ecografía dudosa en su diagnóstico y el informe incompleto, le pide una nueva ecografía, ya que la paciente se encuentra dentro del plazo para la realización del cribado del primer trimestre (semana 11 más 5 días).
- 9- Ésta ecografía se realiza 11 días después de la segunda consulta del Dr. , estando aún la paciente de 13 semanas y un día, siendo por la medida del CRL de 12 más 6 días.
- 10- Tampoco se le realiza ésta vez el cribado del primer trimestre a pesar de tener una TN aumentada para la medida de la Longitud cráneo rabadilla (CRL de 64 mm) y de haber firmado anteriormente el CI para su realización.
- 11- La paciente vuelve a la consulta del Dr. con 15 semanas de gestación, totalmente fuera de plazo para la realización del cribado del primer trimestre, ya que recordemos éste cribado debe realizarse entre la 11 y la 13+ 6 semanas.
- 12- Al presentarse la paciente fuera del plazo para la realización del cribado del primer trimestre, obliga al Dr. a realizar el cribado del segundo trimestre.

13- El resultado del cribado del segundo trimestre da como resultado bajo riesgo para la trisomía 21.

14- A pesar del resultado de bajo riesgo para síndrome de Down, el Dr. _____, le ofrece a la paciente la posibilidad de realizar una amniocentesis, prueba definitiva para un diagnóstico de la existencia de aneuploidías.

15- Es verdad que a la paciente se le realiza el test doble del segundo trimestre que tiene una sensibilidad de hasta un 70%, mientras que si se le hubiese realizado el test cuádruple que mide además el Estriol conjugado y la Inhibina A, la sensibilidad para la detección de trisomía 21 es mayor (entre un 85% y 90%).

16- Pero también es verdad que se le ofreció la realización de una amniocentesis que es la prueba definitiva y que presenta una sensibilidad del 100%.

17- Si se le hubiese realizado el cribado del primer trimestre o el test cuádruple del segundo trimestre y éstos hubiesen dado dudosos o por encima del corte es decir de alto riesgo para trisomía 21, obligatoriamente se tendría que haber realizado igualmente una amniocentesis de confirmación.

18- Se le ofrece la posibilidad de ésta prueba invasiva, según la historia clínica por las ecografías de dudoso diagnóstico realizadas .

19- No se le realizó a la paciente el test no invasivo (Determinación del DNA fetal en sangre materna) ya que ésta determinación no estaba protocolizada en el año 2015, fecha en que ocurrieron los hechos que nos ocupan.

20- Aunque hubiese sido posible realizar ésta determinación del DNA fetal y resultase dudosa o positiva, siempre según todos los protocolos de diagnóstico prenatal hay que confirmarlo con la realización de una amniocentesis, prueba que recordemos se le ofreció a la paciente.

21- Se le realiza a la paciente una nueva ecografía a las 16 semanas, cuyo diagnóstico es una gestación evolutiva normal, sin detectarse malformaciones.

22- En ecografía realizada en la 20 semanas de gestación donde se realiza un estudio morfológico fetal, se detecta un foco hiperecogénico en ventrículo izquierdo.

23- Las prevalencias de quistes de plexo coroideo, pielectasia, y foco hiperecogénico cardíaco son del 2,2, 0,9 y 0,6%.

24- El cálculo de cocientes de probabilidad requiere el estudio de muchos más fetos con anomalías cromosómicas para determinar la verdadera prevalencia de estos marcadores.

25- El hallazgo aislado de marcadores ecográficos de cromosomopatía tales como engrosamiento nucal $\geq 6\text{mm}$, ectasia piélica y foco hiperecogénico intracardiaco, en una gestante sometida previamente a un programa de cribado, no constituye indicación de estudio citogenético, sino que se recomienda tener en cuenta el riesgo estimado previamente y recalcular el riesgo a tenor de las likelihood ratios de cada uno de los marcadores.

26- Cabe destacar que la ectasia piélica y el foco hiperecogénico intracardiaco presentan un likelihood ratio de 1 y que, por tanto, no modifican el riesgo previo de trisomía 21'.

27- Si la paciente no ha sido sometida previamente a dicho programa de cribado, la identificación de estos marcadores del ii trimestre sí puede aconsejar la realización de una técnica invasiva, técnica invasiva que recordemos se ofreció a la paciente.

28- Por lo tanto creo sinceramente que el Dr. _____ actuó según la lex artis y por tanto no existió mala praxis o negligencia.

SÉPTIMO.- *Valoración de la prueba.* No obstante la obligada valoración conjunta de la prueba practicada en estos autos, deviene de singular importancia la prueba de peritos, cuyas conclusiones quedaron expuestas en el párrafo anterior. Se ha significado la titulación de los autores de los informes aportados (ciertamente, muy similar, y, en cualquier caso, en ambos casos, autorizada para la emisión de los informes). No obstante, atendida la *naturaleza y valor probatorio de los dictámenes aportados unilateralmente por las partes* a que más arriba se ha hecho referencia [vid. la citada S. A.P. de Islas Baleares (sección 5ª) de 23 de marzo de 2015 sobre las «reglas de valoración de la prueba pericial»], y a la vista de la documental médica obrante en los autos, se ha de concluir que en la (continuada) atención médica prestada a la codemandante se aprecia una insuficiencia de los medios (especialmente de naturaleza diagnóstica) que los distintos profesionales que intervinieron en el proceso habrían tenido a su alcance para el correcto seguimiento del embarazo (y de los posibles riesgos asociados al mismo), lo que, según se deduce de los informes periciales ya mencionados, aparece causalmente vinculado al resultado producido. De los mismos informes periciales, en primer lugar, según conviene destacar, se puede deducir la amplitud de los medios diagnósticos al alcance de los facultativos para el diagnóstico precoz de la trisomía 21; medios o técnicas tanto invasivas como no invasivas, tanto de diagnóstico por imágenes como de tipo analítico; por otra parte, de la prueba pericial obrante en autos, igualmente puede colegirse que tales pruebas diagnósticas son susceptibles de realizar en una edad de gestación que hubiera permitido a la madre decidir sobre la continuación del embarazo, o acogerse a la posibilidad del aborto terapéutico, con el límite de las 22 semanas.

Harto significativa resulta la exposición de la conclusión final de los informes médico-periciales; según el emitido por el Dr. D. _____, (aportado por la parte demandante con _____) *o se sucedieron una concatenación de irregularidades en la solicitud de analíticas, hallazgos ecográficos no tenidos en cuenta y signos clínicos que hacían evidente la sospecha fundada de cromosomopatía, principalmente Trisomía 21 o Síndrome de Down. No atenderlos mediante las pruebas oportunas supuso una mala praxis médica o infracción a la lex artis ad hoc en las personas que intervinieron durante la vigilancia y control del embarazo (...).* En el suscrito por el Dr. D. _____ (que se aportó por el coadyuvante de la demandada) se llega por el perito a la conclusión siguiente: *por lo tanto creo sinceramente que el Dr. _____ actuó según la lex artis y por tanto no existió mala praxis o negligencia.*

Sin embargo, es lo cierto que --aunque descritos de distinta forma- tras su análisis y valoración conforme a las *reglas de la sana crítica*, ambos informes establecen hitos o momentos en que resulta evidenciada la ausencia de un control y seguimiento adecuados del embarazo. Pudiendo, desde esta óptica, destacarse, según el **informe suscrito por el Dr. _____**, que a la paciente *no se le realizó el cribado del primer trimestre para la determinación de la TN y de β hCG y PAPP-A; ante la ecografía dudosa en su diagnóstico y el informe incompleto (...)* el Dr. _____ *le realiza la segunda consulta y, le pide una nueva ecografía, ya que la paciente se encuentra dentro del plazo para la realización del cribado del primer trimestre (semana 11 más 5 días), sin embargo (...) tampoco se le realiza esta vez el cribado del primer trimestre a pesar de tener una TN aumentada; la ecografía se realizó 11 días después de la segunda consulta; posteriormente, (...) a la paciente se le realiza el test doble del segundo trimestre que tiene una sensibilidad de hasta un 70%, mientras que si se le hubiese realizado el test cuádruple que mide además el Estriol conjugado y la*

Inhibina A, la sensibilidad para la detección de trisomía 21 es mayor (entre un 85% y 90%). De esta forma, el Dr. [redacted] concluye (apartado 17 de sus conclusiones) que (...) si se le hubiese realizado el cribado del primer trimestre o el test cuádruple del segundo trimestre [ergo, no se le realizaron, pudiendo haberse hecho, y controlado] y éstos hubiesen dado dudosos o por encima del corte es decir de alto riesgo para trisomía 21 [lo cual, a la vista del resultado producido], obligatoriamente se tendría que haber realizado igualmente una amniocentesis de confirmación, (...) que es la prueba definitiva y presenta una sensibilidad del 100%, posibilidad que se le ofreció a la paciente, ofrecimiento que vendría recomendado por las ecografías de dudoso diagnóstico realizadas, que son de apreciar en la Historia Clínica; en cualquier caso, al no haber sido la paciente sometida previamente al programa de cribado [test cuádruple], la identificación de estos marcadores del segundo trimestre sí puede aconsejar la realización de una técnica invasiva [amniocentesis], que, según ya se ha referido, se le ofreció a la paciente, pero que no se practicó.

En el **informe pericial médico que suscribe el Dr. [redacted]**, se destaca que estando de 11+2 semanas de embarazo fue remitida por el Dr. [redacted] (...) a la Clínica Quirón donde firma al Dr. [redacted] a documento de consentimiento informado (DCI) para Cribado combinado de cromosomopatías, consistente en analítica de dos hormonas, B-HCG y PAPP-A, y medición por ecografía de la translucencia nuchal, siendo, según se hace constar en el mismo informe, la edad gestacional adecuada para realizar la analítica pero nadie la citó, sin que se hubiera obtenido un plano óptimo para la medición de la Translucencia Nuchal (TN), (...) emplazando a la gestante para repetirla dos semanas más tarde. Practicada la ecografía, en una nueva consulta con el Dr. [redacted], conociendo –o habiendo podido conocer– la ausencia de analítica bioquímica, no ordena su práctica, ni tiene en cuenta (...) el intento fallido de medir la TN y el hallazgo de una vesícula vitelina edematosa e inflamada (hidrópica). La ecografía de se repite el día estando de 13+2 semanas, si bien ninguno de los dos facultativos [Dr. [redacted] remitida por el Dr. [redacted]] emplazó a la gestante (...) para completar la analítica de primer trimestre, la cual resultaba necesaria para el cribado combinado cuyo DCI tenía firmado la paciente. (...) siendo la edad gestacional igualmente adecuada para hacerla. Determinada la edad gestacional acorde por la misma ecografía, (...) se obtiene una Translucencia Nuchal de 3,34 mm. medida que multiplica por 9 el riesgo basal de Trisomía 21. Realizada con fecha 17-04-2015 (semana 16 de gestación) una nueva ecografía ordenada por el Dr. [redacted] [habiendo ignorado el valor de la TN en el primer trimestre y haber perdido la ocasión de realizar cribado más eficaz para evaluar riesgo de cromosomopatías] solicita dentro del segundo trimestre (...) el cribado menos fiable de cuantos se pueden hacer en este trimestre (tasa detección 60% con una tasa de falsos positivos del 5%), afirmación que viene a coincidir con lo manifestado por el Dr. [redacted] en su informe a propósito de la realización de un test doble del segundo trimestre en lugar del test cuádruple). De esta forma, (...) tras el valor obtenido de la TN en un feto que se califica de edematoso (...) no se mide el Pliegue nuchal, parámetro que sería equivalente a la TN del primer trimestre, y de análoga trascendencia; todo ello conduce a que no se preste atención al examen del corazón fetal, preceptivo ante TN elevada en primer trimestre (...). Ya dentro de la semana 20ª de gestación, la paciente es derivada por el Dr. [redacted] a la Clínica Quirón, donde le fue practicada por la Dra. [redacted] una nueva ecografía, la cual, según el Perito informante, (...) tiene por si sola capacidad para establecer la sospecha y posterior confirmación de un feto portador de Trisomía 21 en el 40% de los casos. Ante la sospecha diagnóstica, y habiendo obtenido una medición elevada de la TN en el primer trimestre, obligaba a (...) medir el pliegue nuchal como

principal parámetro de cromosomopatía; sin embargo, (...) en el informe que firma la Dra. no hay referencia alguna a que se hiciera esta medición (...) ni por el Dr.

, cuando recibe a la gestante cinco días más tarde, [se] presta atención a esta omisión (...), considerando, además, que en el informe de la ecografía se describe un foco ecogénico intracardiaco en ventrículo izquierdo, lo que debió tomarse en consideración como indicador de riesgo para aneuploidías, lo cual obligaba a haber escrutado el resto de marcadores, principalmente el pliegue nucal (...)

Cuanto antecede, y resultado de la valoración conjunta de la prueba, conduce a la apreciación de una negligencia profesional, causalmente vinculada al resultado producido, daño que se ha de considerar, en este caso, indudablemente, *desproporcionado, o enorme*, lo que hace que se traslade a la exigencia por los facultativos que han intervenido en el proceso de seguimiento del embarazo de la codemandante, D^a. N

∇ se evitara un resultado como el finalmente producido; no obstante, la mayor exigencia, -y consiguiente mayor reproche- se ha de predicar del Dr.

, en tanto que le correspondía adoptar la práctica de cuantas pruebas diagnósticas hubieren sido precisas para evitar el resultado producido, y, en particular, de interpretar los resultados de las ya practicadas, que, según se ha visto, contenían indicadores de factores de riesgo que no fueron correcta ni suficientemente valorados, sin que, excluidos los motivos que se acaban de exponer, se pueda atribuir el dañoso resultado padecido a una causa distinta, que fuera igualmente eficiente, y no mera condición de dicho resultado. Se ha de estimar por todo ello la demanda, acogiendo la acción ejercitada, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá sobre el quantum indemnizatorio.

OCTAVO.- Sobre el quantum indemnizatorio. Resulta incuestionable la exigencia de que el demandante acredite y fundamente el importe de la indemnización que reclama, a lo que constante y pacífica Jurisprudencia, que nos exime de su cita pormenorizada, se ha venido refiriendo. Conviene, no obstante, recordar, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala I) de ocho de abril de dos mil dieciséis que está admitida la utilización de las reglas del Baremo de la LSV como *criterios orientadores*, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor).

Según la parte demandante (apartado IV.11 del escrito de demanda), en este caso, (...) *el daño, resulta no sólo del hecho 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. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquél derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas (STS 6 Junio 1997). Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down. No obstante --se añade en el mismo apartado del escrito de demanda--, a juicio de la demandante, resulta imposible acogerse a los Baremos previstos para los accidentes de circulación, utilizables*

orientativamente en este ámbito, por lo que es necesario hacer una valoración global y a tanto alzado de todos estos conceptos (...), que valora en seiscientos mil euros (600.000'00 €), cantidad reclamada en este procedimiento.

Se refiere la demandada , S. A.

en el ordinal CUARTO de su escrito de contestación a la demanda, bajo el antetítulo *«sobre las acciones indemnizatorias que se ejercitan en la demanda»*, a la procedencia de la cuantía que se reclama por los demandantes afirmando que (...) *con relación al daño, la Jurisprudencia, en general, concluye que el mismo está constituido por la privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, y los efectos de esta lesión a la dignidad y autodeterminación de la mujer, muy estrechamente relacionado con el fundamento de despenalización del aborto eugenésico, concretándose en un daño moral.* Resume la parte la doctrina del Tribunal Supremo, señalando que (i) *El daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones.* (ii) *Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo.* (iii) *Si bien ciertamente resulta difícil la cuantificación del daño moral en estos casos, puede resultar de la necesaria adaptación de los padres a la nueva situación personal y familiar y a la atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos.* Cita, finalmente, la Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 que, *en un caso de agenesia de antebrazo y mano derecha, asumiendo funciones de instancia para la valoración del daño, determina una indemnización de 30.000 euros a favor de cada uno de los padres, excluyendo cualquier indemnización a favor del hijo.*

Al respecto, en el **escrito de contestación a la demanda que deduce el interviniente D.** , se sostiene que la cuantía de la indemnización que se

reclama por los demandantes *es desproporcionada*, lo que fundamenta en los siguientes argumentos, ahora sucintamente expuestos: (...) *en materia de pérdida de oportunidades de diagnóstico de malformaciones genéticas, los únicos conceptos indemnizables son el daño moral sufrido por los propios padres por el nacimiento de su hijo con síndrome de Down, y el daño patrimonial consistente en el mayor coste de criar a un hijo con síndrome de Down.* En este caso, los daños patrimoniales consistentes en el mayor coste de criar a su hijo, *no se reclaman en realidad, por lo que no pueden ser objeto de condena, en base a los principios de justicia rogada y congruencia de las sentencias* Y en cuanto a los daños morales, *en realidad la indemnización que se reclama en esta litis no se funda realmente en los módulos que se invocan en la demanda, es decir en el daño moral y patrimonial sufrido por los propios padres por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado, que nunca podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas, sino que en realidad se pretende una indemnización para el propio hijo, lo que es comprensible desde el punto de vista humano, pero que realmente no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, considerando que (...) el síndrome de Down es una malformación genética en la que los médicos no tiene participación ni responsabilidad en su aparición, sin que el nacimiento de un hijo con este síndrome pueda ser considerado un daño resarcible.* En relación al daño moral como concepto indemnizable, se pone de manifiesto que (...) *la parte actora para fundar los módulos o conceptos de la indemnización que reclama, y la cuantía de la misma, utiliza de forma literal los términos de la Sentencia nº 1002/2005, de 21 de Diciembre de 2005 de la*

Sala 1ª del Tribunal Supremo, dictada en el Recurso de Casación nº 1986/1.999; a la cita que de la referida sentencia se contiene en la demanda, se añade, como contenido de la misma resolución que «(...) fuera de esta cobertura quedan los demás que no tengan relación con la minusvalía puesto que no estamos en un supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad». Y así, aquella sentencia del Tribunal Supremo que se cita (...) tomando como base los mismos módulos indemnizatorios que se reclaman de contrario, fijó una indemnización total a favor de ambos progenitores por importe de 324.000 Euros, (...). Se destaca, finalmente, las sustanciales diferencias entre el caso objeto de la Sentencia y el caso de la presente litis que se concretarían en que (...) la edad de las gestantes que en el caso del recurso de casación que se analiza era de 40 años, mientras que en el caso objeto del presente procedimiento, era una gestante de 36 años de edad, y, constituye un hecho notorio y conocido por el común de las personas que el riesgo de síndrome de Down se multiplica exponencialmente cuanto mayor es la edad de la gestante. y que, en el caso de la Sentencia nº 1.002/2005 del Tribunal Supremo no se produjo una pérdida de oportunidad de realización de una prueba de detección prenatal, en este caso de la realización del cribado combinado del primer trimestre de carácter meramente estadístico, que es la principal o la errónea valoración de pruebas de imagen como son las ecografías, [sino que] (...) se produjo un error de valoración y de información de una prueba realmente diagnóstica, como fue en aquel caso la biopsia de corión que se realizó a la gestante; de esta forma, (...) «no cabe duda de que, tratándose de una prueba diagnóstica prenatal, la información referente a que el feto estuviera afectado del Síndrome de Down, era el objeto propio y específico de la misma y que al omitir esta información a los actores, se les privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales puesto que si hubieran sabido con el suficiente tiempo el resultado informado o explicado de las pruebas hubieran podido actuar en consecuencia al encontrarse en tiempo de abortar y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional (STS 6 de junio de 1997)». En base a estos datos, concluye la contestación del interviniente D. (...), (...) la eventual indemnización que pudiera corresponder a los demandantes (...), ni siquiera debería aproximarse a la indemnización de 324.000 Euros fijada en el recurso que se analiza, sino que debería ser aminorada de forma sustancial.

La cuestión del *quantum* indemnizatorio en casos como el enjuiciado, que, como se recuerda en las sentencias citadas por las partes, constituye una *valoración siempre difícil e insegura*, debe partir de la determinación de los conceptos indemnizables, su cuantificación parcial, para dar el resultado final, que constituiría el total por el que se concediera la indemnización, siempre con el límite de lo solicitado por los perjudicados en su demanda. Según ya más arriba se hizo constar, la Jurisprudencia admite la utilización de las reglas del Baremo de la LSV como *criterios orientadores*, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor); ahora bien, en casos como el que nos ocupa, y no obstante contener la citada LSV definiciones que pudieran resultar aplicables [*pérdida de autonomía personal* (Artículo 50); *pérdida de desarrollo personal* (artículo 53) Actividades específicas de desarrollo personal (artículo 54); *perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados* (artículo 110), no resulta posible la utilización analógica de los baremos de tráfico, por cuanto no se conocen --al no alegarse ni practicarse prueba al respecto-- ni la expectativa de vida de las personas que

padecen, asociado al síndrome por cromosomopatía, patologías) cardíacas, o de afectación general (que, según se ha dicho, constituyen en muchos casos indicadores de la posibilidad de una trisomía 21'), ni, en particular, la que, al menos con criterios estadísticos, pudiera preverse para el hijo de los demandantes; tampoco, por la razón ya apuntada, se conocen (aun aproximada e indiciariamente, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda [15/02/2019] el niño solo contaba con tres años y medio de edad) las condiciones del menor sobre las que fundamentar un cálculo [complementado con el dato anterior sobre expectativa de vida] de las necesidades que para sus cuidados, educación, e integración fueran previsibles.

Resulta así, en este caso, que lo que se indemniza es el padecimiento de un daño; ahora bien, tal menoscabo no puede estimarse aquí como meramente patrimonial, ni se pide ni acredita cuál sería el *daño emergente* o, en su caso, el *lucro cesante*, que dieran lugar a la *restitutio in integrum*. El nacimiento del hijo de los demandantes –aun con las patologías que presenta–, no constituye, como tal, un concepto indemnizable, aunque sí se puede considerar, por las razones ya antedichas, un daño moral, que daría lugar a la indemnización. No obstante, la parte demandante no ha propuesto, ni a su instancia se ha practicado, pruebas que podrían resultar esenciales para la determinación de las bases sobre las que efectuar el cálculo del *quantum* indemnizatorio. es por ello que parece lo más prudente indagar en la casuística que puedan presentar analogía con los hechos enjuiciados. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) condenó al Servicio de Salud Madrileño al pago de una indemnización de 280.000 euros por mala praxis por no detectar un síndrome de Down durante una gestación, considerando que en el periodo adecuado no se le solicitó el Triple Screening ni la amniocentesis; la paciente dio a luz a su hijo mediante cesárea, a las 35 semanas de gestación, confirmándose que el nacido presentaba *Síndrome de Down con cardiopatía aparejada y diversos problemas*. El mismo TSJM, Sección 8ª, estimó en su Sentencia de siete de mayo de dos mil diez que se había producido una mala praxis e indemnizó por ello a los demandantes por daños morales, otorgándoles una compensación de 80.000 euros, al haber estimado únicamente un daño moral sin tener en cuenta la responsabilidad patrimonial de la demandada; el Tribunal Supremo elevó el *quantum* indemnizatorio hasta los 280.000 €, afirmando el Alto Tribunal que no se puede tener en cuenta sólo el daño moral y por eso también condena a indemnizar a la demandante con otros 200.000 € más por responsabilidad patrimonial, afirmando que la Sala ha venido estableciendo (...) *que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down*". Y, añade el Supremo en su sentencia, *"inexcusablemente ambos - daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño*. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Sevilla condenó al Servicio Andaluz de Salud (SAS) a indemnizar con 280.000 euros a unos padres por el nacimiento de su hijo con Síndrome de Down; el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) condenó a la Junta de Andalucía a pagar 150.000 euros a unos padres que tuvieron una hija con síndrome de Down. En el caso a que se refiere la S. 21/07/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, Sección Tercera), se indemniza a los progenitores con 80.000 €, pero se añade --según lo solicitado en la demanda-- una indemnización al menor [...] *con una pensión mensual vitalicia de 1.100 € (actualizable anualmente con arreglo al IPC), que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad*. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 4/09/2010, reconoce explícitamente el

daño patrimonial derivado de un diagnóstico prenatal erróneo que privó a la madre de un niño con síndrome de Down de la oportunidad de valorar si abortar o no, concediendo a cada uno de los progenitores una indemnización de 75.000 euros y, como en el caso anterior, el niño tendrá una *pensión vitalicia de 1.500 mensuales*. Siguiendo los anteriores criterios, se estima oportuno señalar como indemnización a abonar por la demandada a los demandantes la cantidad total, como principal, de doscientos setenta y cinco mil euros (275.000 €), abarcando el daño moral y el daño patrimonial que, sin lugar a dudas, se sigue de las necesidades del menor, y su condición de dependiente absolutos, de forma vitalicia, o durante importantes periodos de su vida.

NOVENO. - *Intereses.* En cuanto a los *intereses a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro*, producido el siniestro objeto de cobertura, nace la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar el daño producido, dentro de los límites de la cobertura obligación indemnizatoria que nace del propio contrato de seguro y de la ley 50/1980, de 8 de Octubre reguladora del Contrato de Seguro, tanto para los que son parte de la relación contractual como para el tercer perjudicado o el beneficiario. Cuando la compañía aseguradora incumple su obligación de indemnizar y el plazo para el pago nace una responsabilidad por mora, prevista legalmente en el apartado tercero del ya citado artículo 20 de la LCS, teniendo el asegurado, el tomador, el tercer perjudicado o beneficiario, no solo la facultad de exigirle el pago de la indemnización derivada del siniestro, sino también el derecho a solicitarle una indemnización por morosidad en concepto de intereses. El Tribunal Supremo viene conceptuando la indemnización por intereses de demora del artículo 20 de la LCS exigible a las compañías aseguradoras de carácter netamente sancionador, determinando que se trata de unos intereses punitivos, correctivos, de castigo, en base a distintos argumentos jurisprudenciales: « (...) *la indemnización establecida en el artículo 20 de la LCS tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado*» (STS, Sala 1ª, de 14-03-2018); el propósito del artículo 20, LCS es «*sancionar la falta de pago de la indemnización o de ofrecimiento de una indemnización adecuada*» (STS, Sala 1ª, de 702-2018); o «*impedir que se utilice el proceso como instrumento para dificultar o retrasar el cumplimiento de la obligación de pago al perjudicado*» (STS, Sala 1ª, 19-12-2017). Estamos, finalmente, en presencia de unos intereses de demora *ope legis*.

Por otra parte, el apartado 8 del art. 20 LCS establece que (...) *no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable*. Entre otros, los criterios jurisprudenciales para excluirlos de la aplicación de la norma, resultarían: **(i) *la mera existencia de un proceso***, es decir, el hecho de acudir al proceso no justifica por sí sólo el retraso. Para que así sea, debe de apreciarse una auténtica necesidad de acudir al órgano judicial para resolver si debe o no nacer la obligación de indemnizar: bien porque existen serias dudas a la vista de las circunstancias del siniestro sobre su realidad, o porque de la mera lectura del condicionado contractual hay dudas sobre la cobertura, siempre que la discusión judicial en torno a la cobertura no sea consecuencia de la oscuridad de las cláusulas de la póliza, en cuyo caso, el hecho de acudir al proceso para aclararlo no excusará a la aseguradora del pago de los intereses de demora, al serle *ope legis* perjudicial la confusa redacción dada a la póliza (STS, Sala 1ª, de 05-04-2016); **(ii) *cuando el hecho controvertido del***

proceso judicial sea la culpa, bien por negarla completamente o discrepar sobre el grado de responsabilidad que es atribuible en casos de concurrencia de culpas; (iii) *cuando la discrepancia del proceso se centre en la cuantía de la indemnización reclamada*, por cuanto en estos casos en la aseguradora la que desatiende su deber de tasación del daño causado, teniendo la obligación legal de pagar o de consignar lo que a podría corresponder al reclamante, sin perjuicio de que luego y en el caso de prosperar su oposición al pago de la indemnización reclamada tenga derecho a reclamar la restitución de lo abonado; y (iv) *la iliquidez inicial de la indemnización* aunque sea cuantificada en la resolución judicial, considerando la Jurisprudencia que «(...) *la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla «in illiquidis non fit mora», y atender al carácter razonable de la para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del «dies a quo» (día inicial) del devengo, habida cuenta de que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado»* (STS, Sala 1ª, 08-02-2017).

En relación al «*dies a quo*» y «*dies ad quem*» para el cómputo del pago de los **intereses** de demora, la propia Ley de Contrato de Seguro determina en los apartados 6º y 7º del artículo 20 ambos extremos, señalando como término final del cómputo el día en que la aseguradora efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición al asegurado, beneficiario o perjudicado; y señalando como inicio del cómputo, con carácter general, la *fecha del siniestro*, salvo que el asegurado o beneficiario incumpla con su obligación de comunicar el riesgo dentro del plazo de 7 días, en este caso, el día de inicio será *el de la comunicación*, y respecto del tercero perjudicado o herederos, salvo cuando la aseguradora pueda probar que no tuvo conocimiento del siniestro hasta que no le fue formulada la reclamación, en cuyo caso el día del cómputo será la *fecha de la reclamación*. La Jurisprudencia ha resuelto la controversia bajo **criterios de unificación de doctrina establecidos por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 21-12-2016** señalando como «*dies a quo*» *la fecha del accidente por cuanto la existencia de la incapacidad no concurre únicamente desde que se declara sino que se origina en el accidente y es consecuencia inherente al mismo, sin que el acaecimiento real del evento pueda confundirse con la declaración formal de sus consecuencias*. No obstante, como recuerda la **STS 681/2019, de 17 de diciembre**, en atención a dicha doctrina, que reiteradamente viene siendo aplicada a las compañías aseguradoras de responsabilidad civil en casos de responsabilidad médica (**SSTS 948/2011, de 16 de enero de 2012**), **314/2012, de 9 de mayo**, **336/2012, de 24 de mayo**, **776/2013, de 16 de diciembre**, **71/2014, de 25 de febrero**, **336/2015, de 9 de junio**, entre otras), y (...) *dado que en este caso no consta la consignación o pago de un importe mínimo al demandante no obstante el tiempo transcurrido desde la reclamación que le fue realizada por el mismo y que la discrepancia que las partes hubiesen podido tener en orden a la cuantía de la indemnización no puede justificar la no imposición de los intereses de demora del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, procede su imposición de acuerdo a lo solicitado desde la fecha de la reclamación, (...), hasta que se proceda a la íntegra satisfacción de la indemnización* concedida a los perjudicados.

La demandante solicita, en relación de subsidiariedad, para el cálculo del *dies a quo* de los intereses legales, incluidos los que venimos refiriendo previstos en el artículo 20,

LCS, (...) desde la fecha del siniestro el 18/9/2015, subsidiariamente desde la presentación de diligencias preliminares en fecha 3/1/2018 y subsidiariamente desde la presentación de la demanda; y subsidiariamente a los intereses legales desde la presentación de diligencias preliminares y subsidiariamente desde la presentación de la demanda. Considerando que las diligencias preliminares incoadas a instancia de la aquí parte demandante, no fueron dirigidas contra la aseguradora, a la postre única demandada, sino frente a la CLÍNICA y al Dr. . Por ello, no constando fecha de efectiva notificación a la aseguradora, el *dies a quo* del cómputo de los intereses se ha de fijar en la fecha de emplazamiento de la demandada para contestación a la demanda, según conste en autos.

DÉCIMO.- De conformidad con el artículo 394.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede especial pronunciamiento sobre las costas procesales, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia, siendo por mitad las comunes, por cuanto se estima en parte la demandada deducida.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que debo **estimar** y **ESTIMO en parte** la demanda deducida por el **Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña** en nombre y representación de **D.**

y de **D^a.**, contra **, S. A.**, representada por la **Procuradora D^a.**, y en su virtud **condeno** a la demandada a abonar a los demandantes **D. J** y **D^a.**

la cantidad de **doscientos setenta y cinco mil euros (275.000'00 €)**, con más los **intereses a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro**, computados desde la fecha de emplazamiento a la demandada **, S. A.**, para que contestara la demanda, hasta el efectivo pago total, y los **moratorios legales que correspondan sobre el referido importe**, que serán sustituidos por los de la **mora procesal**, desde la fecha de esta sentencia y hasta el completo pago de la indemnización. Sin expresa imposición de las costas procesales de esta instancia.

Así por esta mi Sentencia juzgando en primera instancia lo pronuncio y firmo
EI MAGISTRADO

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes haciéndoles saber que **no es firme** y contra la que cabe **RECURSO DE APELACIÓN**, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en los plazos y forma legalmente establecidos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública de lo que yo, **Letrado de la Administración de Justicia** , doy fe.

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.