



Roj: STS 3364/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3364  
Id Cendoj: 28079130042010100315  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 4403/2008  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil diez.

**VISTO** por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 9 de julio de 2008, sobre Reclamación de Responsabilidad Patrimonial formulada ante el Servicio de Salud de la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana, con motivo de la asistencia médica durante la gestación de su hijo Jose Pedro .

Se han personado en este recurso, como partes recurridas la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE, representada por el Procurador de los Tribunales D. Santos Gandarillas y Carmona, D<sup>a</sup> Soledad y D. Porfirio , representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Consuelo Rodriguez Chacón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso contencioso-administrativo número 1485/2005 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 9 de julio de 2008, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " **FALLAMOS: Primero.-** Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Soledad y D. Porfirio contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulado con motivo de la atención médica durante la gestación de su Hijo Jose Pedro . **Segundo.-** Declarar el citado acto contrario a derecho, anulándolo y dejándolo sin efecto, reconociendo como situación jurídica individualizada el derecho a que por la Generalidad Valenciana se satisfagan las siguientes indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial; a favor de Jose Pedro la cantidad de 1.500 euros mensuales revalorizables de acuerdo con el IPC, valoración a fecha de hoy, debiendo satisfacerse también la cantidad correspondientes desde la fecha de su nacimiento depreciada con el IPC, más los intereses correspondientes, y a D<sup>a</sup> Soledad y D. Porfirio la cantidad de 75.000 euros a cada uno, valoración a fecha de hoy, sin que proceda hasta este momento abono de intereses. **Tercero.-** No hacer pronunciamiento expreso en materia de costas.

**SEGUNDO.-** Con fecha 18 de junio de 2009 la Sección Primera de esta Sala, dictó auto cuya parte dispositiva literalmente dice: " **LA SALA ACUERDA:** Declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el Abogado de la Generalidad Valenciana, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 9 de julio de 2008 dictada por Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Segunda), en el recurso nº 1485/05, respecto de las indemnizaciones concedidas a los padres del menor; resolución que se declara firme; y, la admisión del recurso en relación a la indemnización otorgada al menor; remitiéndose las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, conforme establecen las normas de reparto".

**TERCERO.-** Contra la mencionada sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, interponiéndolo en base a lo siguientes motivos de casación:

*Primero.-* Con amparo procesal en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, alegamos la vulneración del artículo 33.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por incurrir la sentencia en incongruencia procesal entre lo pretendido en el suplico de la demanda y lo reconocido en el fallo de la sentencia.

*Segundo.-* Con amparo procesal en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, por entender que la sentencia recurrida incurre en una vulneración del artículo 139.1 y 2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita.

*Tercero.-* Bajo el mismo amparo procesal al entender que la sentencia incurre en la vulneración del artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al concurrir un supuesto de responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas en la producción de la lesión y pese a concurrir el supuesto legal y así haberlo reconocido ambas Administraciones demandadas, la sentencia recurrida condena únicamente a la Administración de la Generalitat Valenciana, remitiéndola en la sentencia a una acción de regreso no prevista legalmente para el supuesto de concurrencia de responsabilidad de Administraciones Públicas.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte resolución mediante la cual estime los motivos de este recurso de casación".

**CUARTO.-** La representación procesal de D<sup>a</sup> Soledad y D. Porfirio se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto, con condena en costas a la Administración recurrente".

**QUINTO.-** La representación procesal de la UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE también se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia que, en función de la posición procesal y de las alegaciones de la Universidad Miguel Hernández, acoja los pronunciamientos siguientes:

a) Respecto del Primer Motivo de Casación, en el supuesto de ser estimado y de imponer la sentencia una indemnización alzada, esta no debe superar los 327.273 euros.

b) Respecto del Tercer Motivo de Casación, la sentencia debe desestimarla, y caso de estimación e imposición de la solidaridad entre administraciones, esta solidaridad no puede alcanzar a los pronunciamiento valencianos referentes a D<sup>a</sup> Soledad y D. Porfirio, que son compensados con la cantidad de 75.000 euros para cada uno".

**SEXTO.-** Mediante providencia de fecha 14 de mayo de 2010 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 8 de junio del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Una vez que el recurso de casación se declaró inadmisibile por insuficiencia de cuantía respecto del pronunciamiento de la sentencia de instancia que reconoce al padre y a la madre el derecho a ser indemnizados por el daño moral causado en la cantidad de 75.000 euros cada uno (auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 18 de junio de 2009, del que ya dimos cuenta en los antecedentes de hecho), queda ceñido nuestro examen de los motivos de casación y limitado el alcance del fallo que dictamos al otro pronunciamiento de aquella sentencia, que literalmente condena a la Generalidad Valenciana a satisfacer una indemnización a favor del nacido " *de 1.500 euros mensuales revalorizables de acuerdo con el IPC, valoración a fecha de hoy, debiendo satisfacerse también la cantidad correspondiente desde la fecha de su nacimiento depreciada con el IPC, más los intereses correspondientes*".

Ello, en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial cuyo supuesto de hecho se describe por la Sala de instancia en estos términos:

"[...] *El día 15 de diciembre de 2003 [la actora], nacida el 20 de junio de 1964, acudió al Hospital General de Elda a fin de someterse a una prueba de amniocentesis, y practicada la misma las muestras fueron remitida por el Hospital al Laboratorio de Genética del Departamento de Pediatría de la Facultad de Medicina de la Universidad Miguel Hernández de Elche, que informó que el cariotipo era 46, XY, normal. El 16 de mayo de 2004 dio a luz a su hijo Jose Pedro en el citado Hospital, sospechando los facultativos que*

*le atendían que pudiese padecer el síndrome de Down por el fenotipo, por lo que se remitió sangre periférica a la citada Unidad de Genética, que confirmó el cariotipo 47, XY+21, síndrome de Down. Se volvió a analizar el líquido amniótico remitido durante la gestación y almacenado a efectos de posibles verificaciones, dando como resultado trisomía del cromosoma 21, pese a haber sido informado como normal en su día. Al parecer el error se produjo en las extensiones de la muestra, al haberse hecho de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de [la actora]".*

**SEGUNDO.-** La Administración de la Comunidad Valenciana, única parte recurrente, formula un primer motivo de casación al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, en el que denuncia que la sentencia de instancia incurre en un vicio de incongruencia mixta o por desviación, pues la parte actora solicitó para sufragar los costes de los múltiples y variados controles médico-sanitarios y del auxilio asistencial asalariado que precisará el niño nacido con síndrome de Down a lo largo de su vida, una concreta y determinada cantidad indemnizatoria de 686.626,03 euros, otorgando la sentencia, en cambio, una pensión vitalicia periódica mensual por aquel importe de 1.500 euros, de suerte que falta la debida correlación entre lo pretendido en la instancia y lo fallado en la sentencia.

Sin embargo, esa diferencia o falta de correlación entre el pronunciamiento pedido y el sentenciado, cuya razón de ser y circunstancias que la aconsejan explica la Sala de instancia con todo detalle en los cuatro primeros párrafos del fundamento de derecho cuarto de su sentencia, no constituye un vicio de incongruencia. De un lado, porque la naturaleza o género del medio de reparación y el perjuicio que se repara no varían, pues tanto lo pedido como lo otorgado consisten en la entrega de una cantidad de dinero con la que sufragar las necesidades de cuidado y atención de quien padece la enfermedad, variando sólo el modo o manera en que esa cantidad se entrega o pone a disposición de quien ha de necesitarla. De otro, porque nada se alega acerca de que esa variación constituya o de lugar para la parte recurrente a un gravamen o coste de mayor entidad o más perjudicial que el que derivaría de la entrega en una sola vez del capital pretendido por los padres para aquellos fines. Y finalmente, porque ese distinto modo o manera de entrega de las cantidades necesarias a que ha acudido la Sala de instancia en su sentencia estaba en realidad pedido en el escrito de conclusiones de la parte hoy recurrente en casación, en cuya conclusión segunda, párrafo octavo, se lee que para el supuesto de que la Sala acordara que los daños lo son la asistencia y atención social futura del menor, "*bastaría con condenar a la Administración al pago de las facturas por dicha atención, según se fueran produciendo en el ámbito y necesidad del menor durante su vida*".

**TERCERO.-** El segundo de los motivos de casación se formula al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, para denunciar la infracción del art. 139.1 y 2 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia reflejada en las sentencias de 10 de febrero y 9 de marzo de 1998, 30 de junio de 2006 y 14 de marzo, 10 de mayo y 16 de octubre de 2007. Se sostiene, en suma, que en estos supuestos de enfermedades genéticas con error de diagnóstico, el único daño indemnizable es el de carácter moral de privar a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, pues en los demás, y en concreto en aquellos que indemniza la sentencia recurrida a través de aquella cantidad mensual vitalicia, falta el necesario nexo causal entre la actividad sanitaria y el síndrome con el que nace el hijo y costes o gastos anudados a ello.

El motivo tampoco puede prosperar, pues la concreta cuestión que plantea ha sido resuelta en sentido contrario al que defiende en nuestra sentencia de fecha 4 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4936/2004. En ella, que se refiere también a un supuesto de nacimiento de una niña con síndrome de Down, en el que la sentencia de instancia indemnizó aquel daño moral y además "otros perjuicios materiales, como la necesidad de una atención fija permanente hacia el hijo", dijimos que la doctrina básica de esta Sala se halla recogida en la sentencia de 28 de septiembre de 2000, de la que transcribimos su fundamento de derecho quinto, seguida después en las de 4 de noviembre de 2005, 30 de junio de 2006 y 16 de octubre de 2007. Y concluimos afirmando que además del daño moral "*procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización*". Y que "*los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria,*

*de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida".*

**CUARTO.-** El tercero y último de los motivos de casación, formulado también al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del art. 140 de la Ley 30/1992. Sostiene en suma que la sentencia recurrida debió condenar con carácter solidario a la Administración sanitaria y a la Universidad Miguel Hernández de Elche, y no, como hace, sólo a aquélla, a la que meramente reconoce la posibilidad de que ejercite frente a la segunda las acciones o reclamaciones que crea oportunas. Es así, a su juicio, tanto por razón de que la condena solidaria se solicitó por la parte actora en su demanda, sin que ninguna de las dos Administraciones implicadas se opusiera a ello; como por razón de que concurre el supuesto que prevé el núm. 1 de aquel art. 140, esto es, uno de responsabilidad derivada de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones, pues la prueba de amniocentesis fue realizada por la Unidad Genética perteneciente a la Facultad de Medicina de aquella Universidad, en virtud de un convenio de colaboración suscrito el 18 de junio de 2003 entre ésta y la Consellería de Sanidad para el desarrollo de los programas de Metabolopatías, Consulta Genética y Cariotipos, que contiene una cláusula séptima en cuyo párrafo segundo se lee que las Administraciones que intervienen reconocen encontrarse ante una fórmula colegiada de actuación según lo establecido en aquel art. 140 y a efectos de lo dispuesto en el art. 18 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El motivo debe ser estimado, aunque nuestro pronunciamiento, como ya adelantamos, sólo despliegue efectos para el único de la sentencia recurrida que era susceptible de recurso de casación: esto es, para el relativo al abono de la cantidad mensual vitalicia de 1.500 euros.

Debe serlo por ser ciertas las alegaciones en que se sustenta. Siendo de destacar, en efecto, que la representación procesal de la citada Universidad reconoció en su escrito de conclusiones que la responsabilidad, si existiera, " *es de naturaleza solidaria, dada la fórmula conjunta de actuación de la Administración Autónoma y de la Administración Universitaria, y dado el Convenio de Colaboración de 18 junio 2003*" (así, en el párrafo final del folio 19 de aquel escrito); añadió después que " *la responsabilidad solidaria no puede rechazarse, por cuanto deviene de un convenio ajustado a Derecho, que nadie ha impugnado, que ha devenido firme por consentimiento, y que por lo que respecta al presente caso ha sido observado*" (párrafo primero del folio 20); y solicitó finalmente, para el caso de que no procediera la desestimación del recurso contencioso-administrativo, que la Sala dictara sentencia en la que condenara solidariamente a la Administración Autónoma y a la Universidad Miguel Hernández [así, en la letra b) del suplico del repetido escrito de conclusiones].

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJ, no procede imponer las costas causadas en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

**HA LUGAR**, sólo por estimación del tercer motivo de casación, al recurso que interpone la Administración de la Comunidad Valenciana contra la sentencia de 9 de julio de 2008, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso núm. 1485/2005.

**SE TIENE POR FIRME**, pues así lo declaró el auto de la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 2009, el pronunciamiento de aquella sentencia que condenó a la Generalidad Valenciana a que abonara a cada uno de los actores la cantidad de 75.000 euros.

**SE CASA** el pronunciamiento de la sentencia recurrida relativo al abono de la cantidad mensual de 1.500 euros, que se modifica sólo en el particular de que a su pago quedan condenadas con carácter solidario la Administración Autónoma Valenciana y la Universidad Miguel Hernández de Elche; manteniendo como mantenemos inalterado ese pronunciamiento en todos sus restantes extremos. Y

**NO IMPONEMOS** las costas causadas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos,



mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ