



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Responsabilitat Patrimonial de l'Administració Sanitària. L'acció de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*

TREBALL FINAL DE GRAU

Departament de Dret Administratiu

Dirigit per la Dra. Mònica Navarro Michel

Curs 2017-2018 (2n Semestre)

Autora: Marina Forment Fortea

NIUB 16448891

RESUM

El present Treball de Fi de Grau es centra en l'estudi de la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració Sanitària en caràcter general, i amb caràcter especial en l'acció de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* (accions de responsabilitat contra l'Administració Sanitària pel naixement de fills sans no desitjats, com a conseqüència de la infracció de la *Lex Artis* per part dels professionals sanitaris que els han atès).

PARAULES CLAU

Responsabilitat Patrimonial Administració Sanitària, *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, *Lex Artis*, vasectomia, lligadura de trompes, dany indemnitzable.

ABSTRACT

This bachelor's thesis focuses on the study of the liability of the Health Administrations in general, and specially addresses the study of wrongful conception or wrongful pregnancy actions (actions the liability against the Health Administration for the birth of healthy children not wanted as a result of a violation of the Lex Artis by healthcare professionals).

KEY WORDS

Health Administration Liability, wrongful conception, wrongful pregnancy, Lex Artis, vasectomy, tubal ligation, recoverable damage.

SUMARI

ABREVIATURES	5
INTRODUCCIÓ	6
1. EVOLUCIÓ HISTÒRICA	8
1.1. Segle XIX	8
1.1.1. Inicis.....	8
1.1.2. El Codi Civil de 1889.....	9
1.2. Segle XX. Primera meitat	10
1.2.1. La Constitució de 1931	10
1.2.2. La Llei Municipal de 1935 i la Llei de Bases de Règim Local de 1950	11
1.3. Segle XX. Segona meitat	12
1.3.1. La Llei d'Expropiació Forçosa de 1954.....	12
1.3.2. Llei sobre Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat de 1957.....	12
1.3.3. La Constitució de 1978.....	13
1.3.4. La Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú de 1992	13
1.4. Regulació Actual. Lleis 39/2015 i 40/2015.....	14
2. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ SANITÀRIA	15
2.1. Concepte.....	15
2.2. Administració Sanitària	15
2.3. Característiques.....	16
2.4. Requisits per a què el dany sigui indemnitzable.....	17
2.4.1. Dany	18
2.4.2. Causalitat.....	19
2.4.3. Imputació	19
2.4.4. Antijuridicitat	21
2.4.5. L'absència de força major o d'altres causes d'exoneració	21
2.4.6. Termini	22
2.5. Límits a la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració Sanitària	22

3. WRONGFUL CONCEPTION O WRONGFUL PREGNANCY	26
3.1. Concepte i supòsits	26
3.2. Diferència amb altres figures semblants	28
3.3. Anàlisi de la Responsabilitat Patrimonial	31
3.3.1. Funcionament de l'Administració	31
3.3.2. Termini	38
3.3.3. Legitimació	39
3.3.4. Proves de paternitat	39
3.3.5. Disminuir el dany. Avortament	40
3.3.6. Dany Indemnitzable	41
CONCLUSIONS	46
BIBLIOGRAFIA I ALTRES FONTS	50
ANNEXOS DOCUMENTALS	59

ABREVIATURES

BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
CC	Codi Civil Espanyol
CCCat	Codi Civil de Catalunya
CE	Constitució Espanyola
DIU	Dispositiu Intrauterí
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
FJ	Fonament Jurídic
IVE	Interrupció Voluntària de l'Embaràs
LAP	Llei 41/2002, de 14 novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica
LEF	Llei de 16 de desembre de 1954 sobre Expropiació Forçosa
LJ	Llei de 27 de desembre de 1956 Reguladora de la Jurisdicció Contenciosa-Administrativa
LRJAE	Llei de 20 de juliol de 1957 sobre Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat
LRJPAC	Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú
SAP	Sentència Audiència Provincial
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia
TEDH	Tribunal Europeu de Drets Humans
TS	Tribunal Suprem

INTRODUCCIÓ

La Constitució Espanyola, en el seu article 43, reconeix el dret a la protecció de la salut. L'incompliment per part de l'administració pública de les prestacions necessàries per a garantir aquest dret farà que es pugui exercir, arribat el cas, una acció de reclamació patrimonial per exigir a l'administració competent una indemnització pel dany antijurídic sofert.

El present Treball de Fi de Grau es centra en l'estudi de la responsabilitat patrimonial de l'Administració Sanitària amb caràcter general i, amb caràcter especial, en les accions de responsabilitat exercides contra l'Administració Sanitària pel naixement d'un fill sa no desitjat com a conseqüència de la infracció de la *Lex Artis* per part dels professionals sanitaris que els han atès. Aquesta reclamació s'anomena acció de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*.

La metodologia emprada ha sigut, bàsicament, la recerca qualitativa i històrica. En primer lloc, i amb la finalitat d'anar donant cos al treball, s'ha consultat una àmplia bibliografia, principalment a nivell nacional (manuals, monografies, articles i revistes) així com també textos normatius. Una vegada centrat el tema, s'ha procedit a fer una cerca exhaustiva de tots els casos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* resolts dins del nostre ordenament jurídic. L'objectiu perseguit ha estat conèixer quines són les principals problemàtiques a les que han hagut de fer front els tribunals i estudiar les diferents postures doctrinals i jurisprudencials que existeixen sobre les qüestions plantejades. Les bases de dades utilitzades en la recerca de jurisprudència han sigut dues: Aranzadi i Cendoj.

En quant al cos, el treball s'ha estructurat en tres parts. El primer capítol recull un breu resum de l'evolució històrica de la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració, ja que s'ha considerat imprescindible conèixer quins són els orígens d'aquesta responsabilitat en el nostre ordenament jurídic per tal de comprendre'n millor la configuració actual.

En el segon capítol s'analitzen cadascun dels requisits essencials que han de concórrer per a què existeixi una responsabilitat patrimonial de l'administració sanitària. En aquest apartat es pretén donar especial èmfasi als elements correctors creats per la jurisprudència per tal d'evitar que l'administració sanitària es converteixi en una asseguradora universal davant de qualsevol dany que pugui patir un pacient.

Finalment, en el tercer i darrer capítol, s'estudia l'acció de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*. En primer lloc i per a conceptuar-la se la diferencia de les altres *wrongful actions*: la *wrongful birth* i la *wrongful life*. Seguidament es fa un anàlisi dels trets més característics de les accions de *wrongful conception*, en base, principalment, a la doctrina jurisprudencial que s'ha produït en el nostre país.

Per últim, només em queda comentar la raó per la qual he escollit aquesta línia temàtica. Com a estudiant del doble grau de Dret i Gestió i Administració Pública de la Universitat de Barcelona, el Treball de Fi de Grau ha de versar sobre una matèria comuna en ambdós graus. Una de les matèries que sempre m'ha resultat d'especial interès i en la que m'hagués agradat aprofundir és el Dret Sanitari, doncs gran part de la meva família es dedica al món de la medicina i són cada vegada més freqüents les converses que tracten sobre qüestions de responsabilitat secundàries a actes assistencials. Em va semblar que el tema de la responsabilitat patrimonial de l'Administració Sanitària era una bona elecció, doncs toca aspectes relacionats amb l'Administració i amb el Dret.

El fet de centrar-me en les accions de *wrongful conception* es deu a que em va semblar que la literatura jurídica li havia dedicat menys atenció respecte a les altres *wrongful actions*, que han estat motiu de molts més estudis.

1. EVOLUCIÓ HISTÒRICA

GARCÍA DE ENTERRÍA al descriure els orígens i l'evolució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració¹ ho fa dividint aquesta evolució històrica en dos grans períodes: la «situació anterior» a la Llei de 16 de desembre de 1954 sobre Expropiació Forçosa (a partir d'ara LEF) , i «la situació actual» a partir de la pròpia LEF, ja que aquesta Llei és l'origen de l'actual formulació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, ja que per una banda generalitza el principi de la responsabilitat patrimonial de l'Administració i per l'altra, atribueix a l'ordre contenciós-administratiu el coneixement d'aquestes pretensions (unitat jurisdiccional).

No tan sols la doctrina, sinó també la mateixa jurisprudència, s'ha referit a l'evolució històrica de la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració, com ho testimonia la STS de 22 de desembre de 1997².

A efectes expositius s'ha dividit el Segle XX en dos meitats, la primera meitat correspondria a la «situació anterior» a la LEF i la segona meitat començaria amb la promulgació de la pròpia LEF.

1.1. Segle XIX

1.1.1. Inicis

No serà fins al s. XIX que trobarem Lleis específiques que reconeixen alguna forma de responsabilitat de l'Estat pels danys produïts als ciutadans, ja que abans s'entenia que el Rei no podia causar danys en virtut del principi "*the King can do no wrong*". Així, per exemple, la Llei de 9 d'abril de 1842, en relació als danys derivats de les guerres carlistes, establí l'obligació de la nació «*de indemnizar los daños materiales causados*

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo II*, p. 367.

² «(...) la responsabilidad objetiva de la Administración, que actualmente aparece recogida en el artículo 106 de la Constitución, es creación del legislador, y a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, donde tardó en establecerse, pues por ejemplo en el Reino Unido de la Gran Bretaña surgió en el año 1947 a consecuencia del caso *Adans-Naylor* la responsabilidad objetiva, en el ámbito de la Administración, ya estaba recogida en el artículo 106 de la Constitución del mes de diciembre de 1931, en sentido análogo al apartado segundo del mismo artículo de la Constitución vigente anteriormente mencionado; en el artículo 129 de la Ley del 31 octubre 1935; en los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 1955; y en los artículos 376 y siguientes del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales; en el artículo 121 de la ley de Expropiación Forzosa; en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril; y antes de su derogación en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y actualmente en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulación efectuada bajo el principio de que no pese sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la Administración, por cuanto el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad por medio de los correspondientes impuestos». STS (Sala Social), de 22/12/1997 (recurs 1969/1997).

*así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.»*³, la Llei de Policia de Ferrocarrils de 23 de noviembre de 1877 (art. 14)⁴, la Llei d'Aigües de 13 de juny de 1879, la qual contemplava el deure d'indemnitzar als particulars pels danys soferts en les seves propietats com a conseqüència d'obres acordades per l'Administració o l'article 3 de la Llei de 7 d'agost de 1899: *«Cuando en recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones a que hubiera lugar, según el derecho común, pudiendo obtener del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos por virtud de la sentencia anulada, cuando el Tribunal o juez sentenciador haya incurrido en responsabilidad y no pueda hacerse efectiva»*.

1.1.2. El Codi Civil de 1889

La matèria de responsabilitat civil es troba regulada en els articles 1902 i 1903 del Codi Civil (a partir d'ara CC). En primer lloc, l'article 1902 del CC consagrava i consagra el principi general de que tota persona està obligada a reparar el dany que per acció o omissió causa a un altre, intervenint culpa o negligència.

El precepte següent establí que aquesta obligació de responsabilitat *“es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”* i, en l'apartat cinquè – paràgraf suprimit per la Llei 1/1991, de 7 de gener-, concretava que l'Estat *«es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior»*.

Segons la tesis doctoral de 1933 de ROYO-VILLANOVA – citada per RODRÍGUEZ LOPEZ⁵ - aquests preceptes s'havien d'interpretar en el sentit de que l'Estat havia de respondre pels actes propis, en virtut de l'article 1902 CC, quan actuava a través dels seus funcionaris (doncs el funcionari és un òrgan de l'Administració i és a través d'aquests quan ella actua) i per fets de tercers només en els casos en que actués a través d'agents especials (art. 1903 CC).

Aquesta interpretació va tenir una acollida inicial en algunes sentències civils, no obstant, la doctrina majoritària i la línia jurisprudencial seguida pel Tribunal Suprem

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 367.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 367

⁵ Pedro RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria*, p. 21.

entenia que la responsabilitat de l'Estat només era possible quan actuava a través d'un agent especial, i no quan ho feia a través de funcionaris, ja que per aplicació de la Llei de Responsabilitat Civil dels Funcionaris de 1904, era responsabilitat d'aquests i no de l'Administració⁶, « *pues tratándose de “actos ejecutados por los empleados en el desempeño de las funciones propias de su cargo no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los Servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible”* (S. de 7 de enero de 1898)»⁷.

Això va implicar que l'Estat no hagués de respondre mai en el camp civil al no existir a la pràctica cap agent especial com ho disposava l'article 1903 CC.

1.2. Segle XX. Primera meitat

Al llarg de la primera meitat del s. XX diverses Lleis reconeixen puntualment la responsabilitat de l'Estat pels danys ocasionats en la gestió de serveis públics. Entre aquestes, seguint el treball de GUERRERO⁸, cal citar la Llei de 31 de desembre de 1945 «*por la que se establece indemnización cuando las Fuerzas militares o de Orden público, con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio, produjesen la muerte o incapacidad para el Trabajo de alguna persona*» que en la seva introducció deia el següent: «*La concepción objetiva de la responsabilidad sin culpa, sobre la base de la teoría del riesgo o de la igual repartición de cargas, bien fundamentada en la doctrina moderna, va abriéndose paso difícilmente en la legislación de todos los países. El triunfo de esta concepción haría responsable al Estado en gran número de casos por la actuación de sus órganos*» o el Reglament d'Epizootias de 4 de febrer de 1955, que establí el deure d'indemnitzar als propietaris d'animals que s'obligués a sacrificar per ser sospitosos de portar malalties infeccioses.

De la primera meitat del segle XX s'han de destacar, però, la Constitució Republicana de 1931, la Llei Municipal, també republicana, de 1935 i la Llei de Bases de Règim Local de 1950, publicada sota el règim franquista.

1.2.1. La Constitució de 1931

L'article 41.3 de la Constitució de la Segona República disposava que:

⁶ José GUERRERO ZAPLANA, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, p. 93-94.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 369.

⁸ GUERRERO ZAPLANA, *op. cit.*, p. 92-93.

«Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños perjuicios consiguientes conforme determine la ley».

Aquest precepte contemplava la possibilitat de que l'Estat o la Corporació responguessin de manera subjectiva i subsidiària només en els supòsits en els que el funcionari era insolvent.⁹ Com a conseqüència de la brevetat d'aquest període, la Llei de desenvolupament no va arribar a publicar-se mai de manera que l'eficàcia d'aquest precepte fou nul·la.

1.2.2. La Llei Municipal de 1935 i la Llei de Bases de Règim Local de 1950

La Llei Municipal de 31 de octubre de 1935 estableix en el seu article 209 que:

«Las Entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno, o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos ».

Aquest precepte va suposar un avenç en la matèria de responsabilitat, doncs malgrat que no concretava els supòsits en els quals l'Administració Municipal havia de respondre contemplava la possibilitat de que les corporacions haguessin de respondre de forma directa¹⁰.

La guerra civil va suposar una aturada en l'evolució de la responsabilitat patrimonial que es reprendrà amb el Decret de 16 de desembre de 1950, pel que s'aprova el text articulat de la Llei de Règim Local, de 17 de juliol de 1945, que en el seu article 405.1 va introduir el principi general de responsabilitat civil administrativa en l'esfera de l'Administració local, al establir que:

«Las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroque la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas».

Pel que respecte a la responsabilitat directa existirà:

«cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes» (art. 406.2).

⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 24.

1.3. Segle XX. Segona meitat

1.3.1. La Llei d'Expropiació Forçosa de 1954

L'article 121 de la LEF reconeix per primera vegada el principi general de responsabilitat de l'Administració pels danys causats als particulars en l'exercici de les seves funcions;

«Dará también derecho a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes o derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquellas sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (...)».

Així mateix, l'article 128 LEF va atribuir el coneixement d'aquestes pretensions a l'ordre contenciós administratiu. Aquesta unitat jurisdiccional fou ratificada per la Llei de 27 de desembre de 1956 Reguladora de la Jurisdicció Contenciosa-Administrativa, (a partir d'ara LJ) en el seu article 3.b), al atribuir-li *«el conocimiento de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública».*

En paraules de RODRÍGUEZ¹¹, *«el tenor literal de los preceptos referidos (...) constituyó, en su momento, una de las más avanzadas del Derecho comparado, al introducir la responsabilidad directa de los entes públicos tanto cuando se deriva de un funcionamiento normal como anormal de los Servicios públicos».*

1.3.2. Llei sobre Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat de 1957

La Llei de 20 de juliol de 1957 sobre Règim Jurídic de l'Administració de l'Estat (a partir d'ara LRJAE) recull alguna de les innovacions en matèria de responsabilitat que havien introduït Lleis posteriors a la LEF: el Reglament de la LEF de 26 d'abril de 1957 i la LJ. D'aquesta manera en el seu article segon disposa que:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza .mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa,

2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. La simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización. Ésta podrá pedirse en vía contenciosa con arreglo a la Ley de dicha Jurisdicción o en la vía administrativa prevista en el párrafo siguiente.

3. Cuando la lesión sea consecuencia de hechos o de actos administrativos no impugnables en vía contenciosa o, aún siendo impugnables, el perjudicado opte

¹¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 26.

por la vía administrativa, la reclamación de indemnización se dirigirá al Ministro respectivo, o al Consejo de Ministros si una ley especial así lo dispone, y la resolución que recaiga será susceptible de recurso contencioso-administrativo en cuanto a la procedencia y cuantía de la indemnización. En todo caso. el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización».

1.3.3. La Constitució de 1978

Al 1977, a l'inici del procés constituent, la clàusula de responsabilitat de la LEF, posteriorment depurada i ampliada per la LRJAE està plenament reconeguda i la Constitució Espanyola (CE) no farà altra cosa que ratificar-la.

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» (art. 106.2).

Entre els béns i drets dels particulars té particular importància el dret a la Salut, reconegut en la Constitució en el seu article 43.1: *«Se reconoce el derecho a la protección de la salud».*

1.3.4. La Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú de 1992

La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, – a partir d'ara, LRJPAC- en desenvolupament del mandat constitucional, regulava en el seu Títol X *«De la responsabilidad de las Administraciones Pública y de sus autoridades y demás personal a su Servicio»* i concretament en el seu Capítol I *«La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria»* (arts. 139-144).

Així, seguint l'estela de la LRJAE de 1957, els primers apartats de l'article 139 configuraven el principi de responsabilitat, reconeixent als particulars «el dret a ser indemnitzats per les Administracions Públiques corresponents, de tota lesió que pateixin en qualsevol dels seus béns i drets, menys en els casos de força major, sempre que la lesió sigui conseqüència del funcionament normal o anormal dels serveis públics». En tot cas, aquest dany reclamable ha de ser «efectiu, avaluable econòmicament i individualitzat en relació a una persona o grup de persones».

Entre les novetats de la LRJPAC hi trobem¹² la responsabilitat solidària de les administracions (art. 140), l'establiment de pautes o criteris de valoració del dany (art.

¹² RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 28.

141.2), l'inici del càlcul de la quantia del dany (art. 141.3), la possibilitat de substituir la indemnització per compensacions en espècie (art. 141.4), l'existència d'un procediment abreujat (art. 143) i especialment el retorn a la unitat jurisdiccional (art. 144).

Posteriorment, la Llei 4/1999, de 13 de gener, de reforma de la LRJPAC, introduí importants canvis en el sistema de responsabilitat de les Administracions. Entre aquests, cal esmentar la nova redacció de l'article 145.2 de la LRJPAC, que imposa a l'Administració l'obligació d'exercir l'acció de repetició contra el funcionari que hagi comès el dany, al substituir l'expressió "podrà exigir" a "exigirà d'ofici".

La redacció inicial de l'article 145.2 de la LRJPAC disposava que l'Administració corresponent, una vegada hagués indemnitzat directament als lesionats "podrà exigir" l'acció de regrés contra el personal responsable de la comissió del dany, per dol, culpa o negligència greu. La decisió d'exercir o no l'acció era purament discrecional, de manera que el funcionari només quedava obligat a pagar la indemnització si l'Administració exercia l'acció de regrés, si resultava condemnat penalment o si incorria en responsabilitat comptable¹³.

Com molt bé ha senyalat DOMÉNECH PASCUAL¹⁴, degut a les nombroses crítiques que va rebre aquest precepte, el legislador va introduir un canvi significatiu amb la Llei 4/1999, al establir l'obligació d'exercir l'acció de regrés quan concorri a la vegada les circumstàncies que contempla el mateix article. No obstant aquest canvi, l'Administració ha continuat mantenint-se reticent a exercir-la, fins a tal punt que aquesta acció és coneguda com a «*bonito florero*»¹⁵.

Per últim, la Llei 4/1999 va modificar també els articles 140 (responsabilitat concurrent de les Administracions Públiques), 141 (Indemnització) i 144 (Responsabilitat de dret privat) de la Llei 30/1992.

1.4. Regulació Actual. Lleis 39/2015 i 40/2015

Actualment, la regulació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública es troba recollida en els articles esmentats anteriorment de la Constitució de 1978 i en les Lleis 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques i 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic.

¹³ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, « Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio », p.4.

¹⁴ *Ibidem*, p. 7.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

Aquesta nova regulació el que fa bàsicament és separar en 2 la regulació anterior existent en la LRJPAC.

Per una banda la Llei 40/2015 deroga la LRJPAC i, per l'altra, la Llei 39/2015 deroga el Reial Decret 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial.

La Llei 39/2015, estableix en el seu article 91 les especialitats procedimentals en matèria de responsabilitat patrimonial. Aquesta Llei no altera cap dels requisits establerts per la nostra jurisprudència per a la exigència de la responsabilitat, a excepció de la responsabilitat per actes legislatius derivats de la inconstitucionalitat de les normes o la contravenció de normativa europea, establint-se requisits en relació a aquest últim molt exigents per a la seva determinació, i realitzant una recomanació per a la avaluació de la indemnització per mort o lesions no obligatòria en relació als barems existents en matèria de assegurances i de seguretat social¹⁶.

La Llei 40/2015 estableix en el seu article 32 els principis de la responsabilitat patrimonial que es trobaven ja recollits en la Llei 30/1992.

2. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ SANITÀRIA

2.1. Concepte

Podem definir la responsabilitat patrimonial de l'Administració Sanitària com a l'obligació que té aquesta de reparar econòmicament els danys i perjudicis que hagi pogut sofrir un pacient com a conseqüència directa del funcionament, ja sigui aquest normal o anormal, dels serveis públics sanitaris, exceptuant aquells casos de força major o d'aquells danys que el pacient tingui el deure de suportar d'acord amb la Llei.

2.2. Administració Sanitària

L'article 43 de la Constitució Espanyola estableix el dret a la protecció a la salut de la població espanyola. En base a aquest mandat, la Llei 14/1986, de 25 d'abril de 1986, General de Sanitat, crea el Sistema Nacional de Salut que és «*el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley*» (art. 44).

¹⁶ Ignacio GRAU GRAU, *La responsabilidad Patrimonial Sanitaria: Aspectos procesales*, p. 50.

Aquest Servei Nacional de Salut «*integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*» (art. 45).

2.3. Característiques

L'article 32.1 de la Llei 40/2015 disposa que:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los Servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

La primera qüestió serà determinar el que s'ha d'entendre per servei públic i el seu funcionament. En el seu FJ 5è, la STS de 22 de novembre de 1991¹⁷, que veu un cas de responsabilitat patrimonial, ens diu com s'ha d'interpretar el funcionament d'un servei públic:

*«Por lo que se refiere a la imputación de la Administración Pública hay que partir de la interpretación de cómo debe entenderse el funcionamiento del servicio según ha sido efectuada entre otras, por la Sentencia de este Tribunal de 5 de junio de 1989. A tenor de la doctrina que en ella se contiene **debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento** el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, lo que supone identificar el servicio público con toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado».*

A partir de l'article 32.1 de la Llei 40/2015 i seguint a SÁNCHEZ GARCÍA¹⁸ podem dir que les característiques més rellevants de la responsabilitat patrimonial de l'administració sanitària són les següents:

- Regeix per a totes les administracions públiques sanitàries, tan si actuen en relacions de dret públic com privat.
- Es dirigeix front l'administració titular del servei o centre on s'ha produït l'assistència i no contra els professionals que l'han efectuada.
- Pot ser per acció o omissió o per funcionament tardà.
- L'administració responsable cobreix directament el dany que hagi pogut causar.
- És una responsabilitat objectiva, amb les matisacions que veurem després¹⁹.

¹⁷ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 22 de novembre de 1991.

¹⁸ Marta María SÁNCHEZ GARCÍA, «Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria», p. 193.

2.4. Requisits per a què el dany sigui indemnitzable

El fet de l'existència d'un dany com a conseqüència del funcionament d'un servei públic no és suficient perquè l'Administració tingui el deure de reparar-lo.

Ha estat la jurisprudència del Tribunal Suprem, Sala Contenciosa Administrativa, la que ha anat definint quins són els requisits essencials per a què existeixi una responsabilitat patrimonial de l'Administració, partint de la regulació legal continguda a l'article 106.2 de la CE i els arts. 139 i següents de la Llei 30/1992²⁰.

Trobem aquests requisits, per exemple, en la Sentència del Tribunal Suprem de 30 d'octubre de 2006²¹:

«(...) sobre el objetivo y amplio alcance de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los Servicios públicos, contemplada en el art. 106.2 de la Constitución y art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, solo excluida en los casos de fuerza mayor, no ha de perderse de vista que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no exonera del cumplimiento de determinados requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación y que sustancialmente se concretan en los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (Ss. 3-10-2000, 9-112004, 9-5-2005)».

O en la posterior Sentència del Tribunal Suprem de 7 de desembre de 2015²² on hi trobem a més dels requisits abans mencionats, els d'exercir de l'acció dins del termini i

¹⁹ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 30 d'octubre de 2007 (recurs 6998/2003): «Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la "Lex Artis" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, redactado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto».

²⁰ Aquesta Llei està actualment derogada i ha estat substituïda per la Llei 40/2015.

²¹ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 30 d'octubre de 2006 (recurs 6322/2002).

²² Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 7 de desembre de 2015 (recurs 1926/2014).

el d'absència d'altres causes d'exoneració de la responsabilitat a banda de la de força major.

La STSJ de la Rioja 86/2013 (Sala Contenciosa Administrativa), d'11 d'abril de 2013 (recurs 48/2012)²³ fa una detallada exposició en el seu fonament de dret segon, dels elements constitutius de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, citant una abundant jurisprudència al respecte.

A continuació s'analitzaran aquests requisits.

2.4.1. Dany

No s'ha d'indemnitzar qualsevol dany que hagin sofert els pacients pel funcionament normal o anormal d'un servei públic sanitari sinó tan sols els que reuneixin determinats requisits:

- Que el dany sigui efectiu (art. 32.2 Llei 40/2015).
- Que el dany sigui avaluable (art. 32.2 Llei 40/2015).
- Que el dany sigui individualitzat en relació a una persona o a un grup de persones (art. 32.2 Llei 40/2015).
- Que el dany sigui antijurídic, és a dir que el pacient no tingui el deure jurídic de suportar-lo (art. 32.1 Llei 40/2015).
- Que el dany no s'hagi produït per una causa de força major (art. 32.1 Llei 40/2015).
- Que els danys no es derivin de «*de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*» (art. 34.1 Llei 40/2015). Són els anomenats *riesgos de desarrollo*.

La doctrina i la jurisprudència fan una distinció, doncs, entre el "dany antijurídic" que és el dany que el pacient no tindria el deure de suportar i el dany que el pacient sí tindria el deure de suportar: «*aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber (...) se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico (...)*»²⁴ o en el mateix sentit la STS de 28 de març de 2007²⁵: «*se infiere la*

²³ Veure Annex I.

²⁴ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 9 de desembre de 2008 (recurs 6580(2004).

demostración de la excepcionalidad de la lesión producida en el recurrente por la práctica de la litotricia, que hace que el daño resultante carezca de la condición de antijuricidad exigida por la Ley para el reconocimiento de indemnización».

2.4.2. Causalitat

És condició necessària que hi hagi una relació directa de causa-efecte entre l'actuació que s'imputa a l'Administració Sanitària i el dany produït al pacient. És a dir que sense aquesta causa el dany no s'hagués produït. En l'àmbit sanitari serà necessària la concurrència d'una relació causal entre l'actuació assistencial defectuosa (ja sigui per acció o omissió) i el dany. L'actuació correcta de l'equip sanitari, és a dir, ajustada a la *Lex Artis*, trencaria aquest nexa causal entre l'assistència i el suposat dany.

També trencaria el nexa causal la intencionalitat de la víctima en la producció del dany, la negligència de la mateixa i la intervenció de tercers com a agents actius, sempre que aquestes circumstàncies hagin estat determinants de la existència de la lesió (entre altres: SAN de 24 de maig 2000²⁶, STSJ de la Rioja d'11 d'abril de 2013²⁷, (que cita la STS de 27 d'octubre de 1998).

2.4.3. Imputació

A l'Administració sanitària se li pot imputar un dany ja sigui per un funcionament normal o anormal dels seus serveis públics segons allò que disposa l'article 32.1 de la Llei 40/2015.

La responsabilitat de l'Administració pel funcionament normal dels seus serveis públics és excepcional. Molt citada és en aquest sentit la STS de 14 de juny de 1991²⁸ que condemna a l'INSALUD malgrat que es reconeix en la mateixa que el metge va actuar d'acord amb la *Lex Artis*. La STS de 28 de juny de 1999²⁹ també reconeix el dret d'una pacient a ser indemnitzada per la pèrdua de la mobilitat d'un braç com a conseqüència d'una intervenció per a extirpar-li un quist sebaci que es va realitzar també d'acord amb la *Lex Artis*.

²⁵ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 28 de març de 2007 (recurs 89/2003).

²⁶ Sentència de l'Audiència Nacional (Sala Contenciosa Administrativa), de 24 de maig de 2000 (recurs 145/1998).

²⁷ Veure Annex I.

²⁸ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 14 de juny 1991 (recurs 512/1987).

²⁹ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 28 de juny de 1999 (recurs 3740/1995).

PANTALEÓN PRIETO, partint de la STS de 14 de juny de 2001, fa una revisió crítica de la doctrina dominant sobre la responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques: «*Nuestro régimen legal de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, (...), está a mi juicio mal concebido, tanto de la perspectiva dogmática –no hay base alguna jurídico-dogmática para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar ha de ser indemnizado por quien lo causa, ni siquiera cuando se trata de los daños consecuencia de lesiones de derechos subjetivos absolutos-, como desde un punto de vista de política jurídica (...)*»³⁰.

Per aquest autor és erroni: «*(...) parificar a efectos de responsabilidad de la Administración “funcionamiento normal” y funcionamiento anormal” de los Servicios Públicos, en el sentido de que tanto el uno como el otro reclamen con carácter general la indemnización de los daños que ocasionan (...)*»³¹.

Per a PANTALEÓN PRIETO la responsabilitat de l'Administració pel funcionament normal s'hauria de limitar als que ell anomena «*daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio*»³², per contra haurien d'estar exclosos de l'àmbit de la responsabilitat de l'Administració per funcionament normal de la mateixa el que ell anomena «*daños producidos por accidentes*»³³. Aquests «*daños producidos por accidentes*» sí que haurien d'estar inclosos si aquests haguessin estat produïts per un funcionament anormal de l'Administració.

En definitiva, i seguint al mateix autor³⁴:

«Las Administraciones públicas responderán en todo caso de los aquí denominados “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio”, que son las lesiones “consecuencia del funcionamiento normal de los Servicios públicos” del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

Y por lo que respecta a los que aquí hemos llamado “daños producidos por accidentes”, las Administraciones públicas responderán de los daños derivados de “fautes de service” que son las lesiones “consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos” del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

³⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», p. 245.

³¹ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 247.

³² «*(...) entendiendo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas ilícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión, siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar*». PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p.247-248.

³³ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 248.

³⁴ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 250-251.

Y cuando así lo dispongan leyes especiales, responderán también, sin necesidad de "faute", de los daños que sean realización de determinados riesgos típicos del giro o tráfico administrativo; de las que cabe llamar "lesiones consecuencia del funcionamiento de servicios públicos típicamente peligrosos", cuya resarcibilidad no excluye ni impone el tan citado artículo 139.1».

El funcionament anormal del servei públic és la font d'imputació principal en la responsabilitat patrimonial sanitària. Aquest funcionament anormal, en l'àmbit sanitari, pot ser degut a:

- Un funcionament defectuós.
- L'omissió en el deure d'actuar.
- Un funcionament tardà. L'exemple clàssic serien els possibles danys causats per les llistes d'espera.

2.4.4. Antijuridicitat

Per a què neixi responsabilitat patrimonial de l'Administració, el dany sofert pel pacient ha de ser antijurídic. El seu caràcter antijurídic s'ha d'entendre no en el sentit de la seva adequació o no al dret, sinó en el sentit de què el pacient no està obligat a suportar-lo.

És l'antijuridicitat del dany sofert el que converteix a aquest en indemnitzable.

2.4.5. L'absència de força major o d'altres causes d'exoneració

Com a causes d'exoneració de la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració Pública podem citar aquells danys que són produïts o bé per una causa de força major o per la conducta negligent de la pròpia víctima o per la intervenció de tercers.

D'acord amb l'article 32.1 de la Llei 40/2015, les Administracions respondran per les lesions causades als particulars a excepció dels casos de força major. Per això és important distingir les causes de força major del casos fortuïts, en els que l'Administració si que hauria de respondre pels danys causats als particulars.

«Precisamente el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace que solo se excluya en los supuestos de fuerza mayor y no en los de caso fortuito, lo que implica, como se recuerda en la STS 1 de diciembre de 1989 que "el carácter fortuito del hecho causante de una lesión no excluye la responsabilidad patrimonial»³⁵.

³⁵ Sentència Audiència Nacional (Sala Contenciosa Administrativa), de 24 de maig de 2000 (recurs 145/1998).

A la STS de 31 de maig de 1999³⁶ hi trobem definits els conceptes de força major i de cas fortuït:

«(...) –importa recordar- y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia – que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el **caso fortuito** hay indeterminación e interioridad: indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.

b) En la **fuerza mayor**, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; determinación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que les es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992)».

2.4.6. Termini

L'article 67.1 de la Llei 39/2015 diu textualment:

«Los interesados solo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. **En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas**».

En les *wrongful actions* es considera que els *dies a quo* per a exercitar l'acció han de ser el moment en el què l'embaràs s'interromp o en el moment en què té lloc el naixement i no des del moment en què es té coneixement de l'embaràs³⁷.

2.5. Límits a la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració

Sanitària

Si bé, d'acord amb la normativa vigent, la responsabilitat patrimonial és de tipus objectiu o de resultat -per totes la Sentència del Tribunal Suprem de 13 de març de 2012³⁸-:

³⁶ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 31 de maig de 1999 (recurs 2132/1995).

³⁷ Vid. apartat 3.3.2.

«La actual configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas se encuentra regulada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC. Concretamente en sus arts. 139 y siguientes que la configuran como objetiva o de resultado de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño o lesión».

El fet, és que la pràctica jurídica ha introduït molts matisos que fan que no es pugui predicar que en tots els casos que hi hagi un dany hagi d'haver-hi aquesta responsabilitat objectiva o de resultat³⁹.

MIR PUIGPELAT⁴⁰ considera ambigua la posició de la Sala 3^a del TS al respecte de si la responsabilitat en l'assistència sanitària pública és de tipus objectiu o per contra, sorgeix tan sols – o amb caràcter general- en els supòsits de funcionament anormal del servei públic, «(...) es *flagrantemente contradictorio afirmar que la responsabilidad es objetiva y, al mismo tiempo, que solo habrá que responder cuando se vulnere la "Lex Artis"*»⁴¹.

Per a aquest autor, si entenem que la responsabilitat en l'àmbit sanitari és de tipus objectiu això implicaria que l'Administració hauria de respondre inclòs en els supòsits que no s'hagués vulnerat la *Lex Artis*, el que suposaria portar «*la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable*»⁴².

Així per MIR PUIGPELAT⁴³, l'Administració tan sols hauria de respondre, com a regla general, pels danys derivats del seu funcionament anormal i considera que fora convenient que existissin uns estàndards normatius de diligència que haurien de conviure amb una clàusula general de diligència, facilitant així la tasca dels tribunals. Per a ell: «*En el ámbito sanitario, la cláusula general de diligencia es la "Lex Artis", y los estándares normativos vendrían a ser los protocolos y guías médicos y, en parte también, las garantías de seguridad y calidad exigidas para la apertura y funcionamiento de los centros sanitarios (...)*».

³⁸ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 13 de març de 2012 (recurs 4294/2010).

³⁹ «*El principio de responsabilidad objetiva de la Administración no puede entenderse en materia sanitaria en términos tendentes a justificar, en cualquier caso, la necesidad de obtener resarcimiento indemnizatorio de cualquier resultado producto de la Administración Sanitaria*». Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 4 de juliol de 2007 (recurs 8368/2003).

⁴⁰ Oriol MIR PUIGPELAT, «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)» p. 632

⁴¹ *Ibidem*, p. 634.

⁴² Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 30 d'octubre de 2007 (recurs 6998/2003)

⁴³ MIR PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 640.

Aquest autor considera admissible, però, que l'Administració hagi de respondre també en determinats supòsits encara que el funcionament de la mateixa hagi estat normal, com per exemple en els danys derivats de: la importació o fabricació de productes defectuosos, les infeccions nosocomials, les vacunacions obligatòries o mitjans terapèutics nous i de conseqüències poc conegudes⁴⁴.

En aquest sentit de limitar la indemnització per tots els danys que pugui patir un pacient i seguint a SÁNCHEZ GARCÍA⁴⁵, la jurisprudència ha considerat que:

- L'Administració sanitària no és una asseguradora universal de tots els riscos: «*la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias de la Sala Tercera de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001, 26 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2002)*». STS de 14 de març de 2005⁴⁶.
- En la medicina curativa⁴⁷ l'obligació és de mitjans i no de resultat (per totes Sentència del Tribunal Suprem de 2 d'octubre de 2012⁴⁸).
- El compliment de la *Lex Artis* per part dels professionals sanitaris fa que el dany fruit d'un acte assistencial no es pugui considerar antijurídic⁴⁹. L'anàlisi de la normalitat o de l'anormalitat del funcionament del servei es basaria, doncs, en l'anàlisi del compliment o no de la *Lex Artis* en el cas concret:

«*Porque es sabido que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria es también causa de exclusión de la misma la observancia de la "lex artis", según es de ver, por todas, en nuestra reciente sentencia de 4 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 3536/2007*». STS de 22 de noviembre de 2011⁵⁰.

«*En definitiva, la actuación conforme con la "lex artis" -es decir, con la aplicación correcta de los conocimientos profesionales al caso analizado, según el estado actual de la ciencia y de la técnica –elimina cualquier reproche de antijuricidad de la lesión acaecida*» Dictamen del "Consejo de Navarra" núm. 50/2005 de 14 de noviembre.

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 644.

⁴⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 195-204.

⁴⁶ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 14 de març de 2005 (recurso 8107/2000)

⁴⁷ A diferència de la medicina satisfactiva, com per exemple la cirurgia estètica, en què la obligació és de resultats.

⁴⁸ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 2 d'octubre de 2012 (recurso 1895/2011).

⁴⁹ Entre d'altres: SSTS Sala 3a, de 25 d'abril, 3 i 13 de juliol, de 30 d'octubre de 2007, 9 de desembre de 2008 i 29 de juny 2010.

⁵⁰ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 22 de novembre de 2011 (recurso 4823/2009).

Podríem definir la *Lex Artis* com el criteri valoratiu « *para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS 23 de mayo de 2006)*»⁵¹

- L'Administració no respon pel funcionament normal⁵²

Fora de comptades ocasions⁵³ l'Administració tan sols respon, com a regla general per les lesions derivades pel seu funcionament anormal.

- La càrrega de la prova

El fet de què, com a regla general, l'Administració Sanitària tan sols respon per les lesions derivades del seu funcionament anormal es comprova també en el fet que correspon al perjudicat, d'acord amb allò que disposa l'article 217.2 de la Llei d'Enjudiciament Civil⁵⁴, provar que el funcionament del servei ha estat irregular⁵⁵

Com diu GRAU GRAU⁵⁶ fent-se ressò de diversa jurisprudència al respecte: «*En consecuencia es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuricidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como el sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la administración*».

En aquest sentit és molt explícita la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 7 de juny de 2017⁵⁷: «*Conviene recordar que la carga de la prueba, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial corresponde al reclamante, numerosa jurisprudencia avala lo anterior, entre otras destacar la Sentencia núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que señala: "corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la*

⁵¹ Sentència del Tribunal Suprem 1342/2006 (Sala Civil), de 18 de desembre de 2006 (recurs 59/2000).

⁵² Vid. apartat 2.4.3. Imputació

⁵³ p. ex. Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 14 de juny de 1991 (recurs 512/1987).

⁵⁴ «*Corresponde al actor y al demandado reconviniendo 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*».

⁵⁵ Antonio Luis RIVAS LÓPEZ. *Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, p. 75.

⁵⁶ GRAU GRAU, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁷ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 357/2017 (Sala Contenciosa Administrativa), de 7 de juny de 2017 (recurs 410/2015).

obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”».

Encara que en determinats supòsits i en base a la facilitat probatòria hi ha una inversió de la càrrega de la prova i ha de ser l'Administració la que ha de demostrar que va actuar amb la suficient diligència⁵⁸, entre d'altres: pèrdua de la història clínica, infeccions nosocomials, dany desproporcionat, estat de la ciència, ruptura del nexa causal, força major i informació facilitada al pacient.

3. WRONGFUL CONCEPTION O WRONGFUL PREGNANCY

3.1. Concepte i supòsits

L'acció de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* – naixement no desitjat - fa referència a «*las reclamaciones interpuestas por los progenitores con motivo de los daños irogados de la concepción y nacimiento no deseados de un hijo sano, al fallar las medidas anticonceptivas adoptadas por el médico demandado (v. gr., vasectomías y ligaduras de trompas fallidas, colocación de dispositivos intrauterinos defectuosos o ineficaces; cfr. SSTS de 25 de abril de 1994, 10 de octubre de 1995, 31 de enero de 1996, 11 de febrero de 1997, 27 de junio 1997, 5 de junio de 1998, 24 de septiembre de 1999 y 11 de mayo de 2001)*»⁵⁹.

L'origen⁶⁰ d'aquesta figura es troba en la jurisprudència americana, concretament en la sentència de la Cort Suprema de Minnesota en el cas *Christensen vs. Thornby*, de 22 de juny 1934. Després de les dificultats del naixement del primer fill de la Sra. Christensen, el Dr. Thornby li va advertir que podria ser extremadament perillós per la seva salut tornar a quedar embarassada. Per aquest motiu va recomanar al Sr. Christensen que es fes una operació de vasectomia. Seguint les indicacions del metge, el marit va decidir operar-se. No obstant, mesos després de realitzar l'operació, la Sra. Christensen va tornar a quedar embarassada. Tot i que ella va sobreviure i el nen va néixer sa, el marit va interposar demanda contra el Dr. Thornby basada en la fallida de la vasectomia. La Cort Suprema de Minnesota no va estimar les seves

⁵⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 199-204.

⁵⁹ Sentència de l'Audiència Provincial de Salamanca 485/2006 (Sala Civil), de 29 de novembre de 2006 (recurs 441/2006).

⁶⁰ David J. BURKE, «Wrongful Pregnancy: Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration», p. 315-316.

pretensions bàsicament per dos motius. En primer lloc, va considerar que l'operació practicada no havia sigut il·legal, sinó que havia estat correctament practicada. En segon lloc, va subratllar que la finalitat de la vasectomia no havia sigut evitar el naixement d'un fill, sinó procurar per la salut de la seva dona. Amb paraules literals va dir que «*The wife has survived. Instead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child*».⁶¹

Partint del treball de MARTÍN CASALS i SOLÉ FELIU⁶², els supòsits de *wrongful conception* o «d'anticoncepcions fallides», utilitzant la terminologia emprada per aquests autors, es poden agrupar bàsicament en les següents categories:

- a. Operacions d'esterilització. Aquest primer grup estaria format per aquells supòsits de realització de vasectomies, lligadures de trompa, salpingectomia o inserció de dispositius "essure", negligentment practicades o practicades correctament en les que s'omet l'oportuna informació relativa als riscos de fracàs de la intervenció o sobre el tractament o les precaucions posteriors a la intervenció.
- b. Intervencions per a portar a terme la interrupció de l'embaràs i que han fracassat i no han impedit la continuació del mateix.
- c. Utilització de mètodes anticonceptius. Dins d'aquest grup trobaríem:
 - Posada en circulació o comercialització d'un mecanisme anticonceptiu ineficaç (producte defectuós).
 - Supòsits de col·locació negligent d'un mecanisme anticonceptiu en el cos: Dispositiu intrauterí (DIU) o implant subcutani (Implanon).
 - Prescripció d'un anticonceptiu inadequat a una pacient que no impedeix el seu embaràs.
 - No prescripció de cap mètode anticonceptiu per considerar que la pacient no té risc de quedar embarassada i aquesta hi queda.

De tots aquests possibles supòsits els Tribunals Espanyols s'han pronunciat principalment en casos d'operacions de vasectomies i de lligadures de trompes, essent ocasionals els pronunciaments sobre col·locació de DIU (STS 24 de setembre de 1999⁶³ i STSJ de Madrid de 15 de juliol de 2008⁶⁴), implant subcutani –Implanon-

⁶¹ «La dona ha sobreviscut. En lloc de perdre a la seva esposa, el demandant ha sigut beneït amb la paternitat d'un altre fill».

⁶² Miquel MARTÍN CASALS i Josep SOLÉ FELIU, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», p.3.

⁶³ Sentència del Tribunal Suprem 766/1999 (Sala Civil), de 24 de setembre de 1999 (recurs 3543/1995).

(STS de 19 de maig de 2015⁶⁵), interrupcions de l'embaràs fracassades (STSJ d'Andalusia de 15 de novembre de 2017⁶⁶ i Sentència de l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca de 15 de febrer de 2013⁶⁷) i salpingectomia (STS de 2 d'octubre de 2007⁶⁸). No havent resolucions sobre prescripció d'anticonceptius inadequats o de "no prescripció d'anticonceptius".

3.2. Diferència amb altres figures semblants

L'acció de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* s'ha de diferenciar de dues figures semblants, d'origen americà, que poden donar lloc a la confusió: l'acció de *wrongful birth* i l'acció de *wrongful life* (anglicismes que podrien traduir-se per «naixement erroni» i «vida errònia» respectivament⁶⁹).

El Tribunal Suprem en el fonament sisè de la seva sentència d'11 de maig de 2001⁷⁰, que veu un cas d'embaràs posterior a una intervenció de vasectomia de l'home recull ja aquesta distinció entre *wrongful conception*, *wrongful birth* i *wrongful life*⁷¹.

La SAP de Salamanca de 29 de novembre de 2006⁷², que veu el cas del naixement d'una nena amb greus malformacions, fa una clara, extensa i detallada exposició de les anomenades «*wrongful Actions*»: *wrongful conception*, *wrongful birth* i *wrongful life*.

- ***Wrongful birth***

«(...) las acciones de "wrongful birth" (...) se refieren a las reclamaciones interpuestas por la madre o por ambos padres en nombre y derecho propio (...) con motivo de los

⁶⁴ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 1346/2008 (Sala Contenciosa Administrativa), de 15 de juliol de 2008 (recurs 881/2005).

⁶⁵ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 19 de maig de 2015 (recurs 4397/2010).

⁶⁶ Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 1077/2017 (Sala Contenciosa Administrativa), de 15 de novembre de 2017 (recurs 398/2015).

⁶⁷ Sentència de l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca 59/2013 (Sala Civil), de 15 de febrer de 2013 (recurs 503/2012).

⁶⁸ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 2 d'octubre de 2007 (recurs 9208/2003).

⁶⁹ Alba PAÑOS PÉREZ, «Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life», p. 3.

⁷⁰ Sentència del Tribunal Suprem 447/2001 (Sala Civil), d'11 de maig de 2001 (recurs 1044/1996).

⁷¹ En primer lloc el TS explica que els supòsits coneguts amb l'expressió anglesa "*wrongful conception*" o "*wrongful pregnancy*" fan referència a «*aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas*». Per altra banda, diferencia aquestes accions dels «*casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de wrongful birth, y de wrongful life, si quien lo hace es el propio hijo*».

⁷² Sentència de l'Audiència Provincial de Salamanca 485/2006 (Sala Civil), de 29 de novembre de 2006 (recurs 441/2006).

daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian por lo general, no a un error médico en sentido estricto, sino a la negligencia omisiva del facultativo por no realizar las pruebas que hubieran podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación que conlleva la privación de la facultad u opción de abortar en plazo legal» (SAP Salamanca 29-11-2006).

L'origen d'aquesta figura es troba en la jurisprudència americana, en el cas *Gleitman vs. Cosgrove* de la Cort de Nova Jersey (1967). Una dona embarassada es va contagiar de rubèola i en conseqüència el seu fill va néixer amb greus problemes de salut. Com que en cap moment de l'embaràs se la va informar de l'efecte que la malaltia podria tenir sobre el fetus, i per tant, no se li va donar l'oportunitat d'interrompre l'embaràs, va promoure la primera acció judicial en aquesta matèria. No obstant, el Tribunal va considerar que el dany que s'invocava era abstracte i no quantificable.⁷³

En el nostre ordenament jurídic no serà fins l'any 1997 que trobarem la primera resolució dictada sobre l'acció de *wrongful birth*⁷⁴, concretament en la sentència del Tribunal Suprem de 6 de juny de 1997⁷⁵. Es tracta del cas d'un embaràs d'alt risc, motiu pel qual se li va practicar a la mare una amniocentesi en el termini que era legalment possible la interrupció voluntària de l'embaràs. Aquesta amniocentesi va fracassar i, quan se li va notificar a la mare el fracàs de l'operació, ja havia transcorregut el termini legal per a interrompre l'embaràs. La gestant va tenir un fill amb síndrome de Down. Davant d'aquesta situació, va decidir interposar demanda de responsabilitat civil contra el metge que havia practicat la prova i contra el centre sanitari. El Jutjat de Primera Instància i l'Audiència Provincial no van estimar la demanada, però finalment el TS sí que va acollir la pretensió.

- ***Wrongful life***

Per altra banda, l'acció de *wrongful life* és l'exercitada pel propi fill discapacitat o amb malformacions o pels seus pares actuant en el seu nom i representació, amb l'objectiu de reclamar els danys que està patint per haver nascut, ja que si no hagués existit

⁷³ VICANDI MARTÍNEZ, *op. cit.*, p.42.

⁷⁴ PAÑOS PÉREZ, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁵ Sentència del Tribunal Suprem 495/1997 (Sala Civil), de 6 de juny de 1997 (recurs 165/1993).

error mèdic els seus progenitors haurien interromput l'embaràs i en conseqüència, ell no estaria vivint una vida no desitjada.

Així doncs, seguint la jurisprudència anteriorment citada (STS d'11 de maig de 2001) i a ELIZARI URTASUN ⁷⁶, els pressupostos de les *wrongful life actions* són els mateixos que els exigits per a les accions de *wrongful birth*, simplement varia que la reclamació és plantejada pel fill nascut discapacitat o pels seus pares actuant en el seu nom i representació.

Aquesta figura, a diferència del *wrongful conception* i del *wrongful birth*, no ha tingut tanta acceptació en la majoria de països del nostre entorn, doncs tal i com senyala VICANDI MARTÍNEZ⁷⁷, si la figura del *wrongful birth* és polèmica, el grau de controvèrsia s'incrementa quan es pretén fer valer el dret d'algú a no haver nascut.

En el nostre ordenament jurídic els tribunals tampoc es mostren favorables a aquesta classe d'accions, encara que existeixen algunes sentències, com la STS de 18 de desembre de 2003⁷⁸ i la STS de 18 de maig de 2006⁷⁹ en les que s'han estimat les demandes de *wrongful birth* presentades pels pares en el seu propi nom i en representació del seu fill, concedint-se indemnització a ambdós encara que tals resolucions no contenen argumentacions concretes sobre el concepte de *wrongful life*.⁸⁰

Un dels casos més coneguts i polèmics en aquesta matèria és el cas de Nicolás Perruche que va ser enjudiciat davant la Cort Civil de Cassació francesa. La mare de Nicolás Perruche durant l'embaràs es va contagiar de rubèola. Després de sotmetre's a nombroses proves per comprovar l'estat del fetus i procedir o no a la interrupció de l'embaràs, se li va comunicar que el nadó estava sa tot i que ella n'estigués contagiada. No obstant, en Nicolás va néixer greument malalt i en conseqüència els seus pares van exercitar l'acció de *wrongful birth* per error de diagnòstic, que es va veure estimada. Anys després, amb la finalitat d'assegurar que en Nicolás fos atès durant tota la seva vida, els seus pares van decidir iniciar una acció judicial en el seu

⁷⁶ Leyre ELIZARI URTASUN. «El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life», p.158-159.

⁷⁷ VICANDI MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁸ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Civil), de 18 de desembre de 2003 (recurs 766/1998).

⁷⁹ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Civil), de 18 de maig de 2006 (recurs 3337/1999).

⁸⁰ Eugenio LLAMAS POMBO, *Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, p. 289.

nom (*wrongful life*). La petició va ser estimada, i en data 17 de novembre de 2000⁸¹ es va dictar sentència reconeixent-li el dret a ser indemnitzat pel fet d'haver nascut.

Com a resposta a aquesta polèmica decisió que donava peu a una nova doctrina, el legislador francès va anul·lar i prohibir l'exercici d'aquesta acció amb l'aprovació de la Llei Kouchner, de 4 de març de 2002⁸². Aquesta Llei establia, amb efectes retroactius, que el naixement no pot, en cap cas, ser invocat com a font de perjudicis, de manera que el reconeixement dels danys morals només podia ser invocat pels progenitors.

La legalitat d'aquesta Llei va ser impugnada davant el Tribunal Europeu de Drets Humans – TEDH- que, el 2005⁸³, va emetre sentència donant la raó als recurrents. En conseqüència, la Cort Civil de Cassació francesa en data 24 de gener de 2006⁸⁴ va emetre nova sentència reconeixent també al nascut amb discapacitat el dret a ser indemnitzat.

3.3. Anàlisi de la Responsabilitat Patrimonial

3.3.1. Funcionament de l'Administració

A. Funcionament Normal

La SAP de Salamanca de 29 de novembre de 2006, abans citada, fa en el seu plantejament una clara exposició sobre les *wrongful actions* i diu que un tret comú d'aquest grup d'accions és que el fet causant de la responsabilitat es centra en una infracció de la *Lex Artis ad hoc* ja sigui per «*mala praxis médica o impericia profesional, ya por incumplimiento de deberes básicos de prudencia, o ya por una infracción del deber básico de información al paciente*». És a dir, la regla general de què l'Administració Sanitària no respon pel seu funcionament normal és d'aplicació també en els supòsits de *wrongful conception*, si bé la STSJ de Canàries de 29 de maig de 2015⁸⁵ i que veu un cas d'embaràs posterior a una intervenció de vasectomia sembla contradir aquesta regla general.

⁸¹ Cour de Cassation, Assemblée plénière. Audience publique, du 17 novembre 2000, N° de pourvoi 99_13701.

⁸² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits de malades et a la qualité du système de santé.

⁸³ CEDH, Grande Chambre, 6 octobre 2005. Affaire Draon c. France (Requête 1513/03).

⁸⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 janvier 2006, 02-13.775.

⁸⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Canàries 119/2015 (Sala Contenciosa Administrativa), de 29 de maig de 2015 (recurs 274/2015).

B. Funcionament Anormal

a. Pràctica negligent

Com s'ha dit en l'apartat 3.1 els supòsits d'accions de *wrongful conception* es poden agrupar en tres grans apartats: operacions d'esterilització fallides, intervencions voluntàries de l'embaràs fallides i utilització de mecanismes anticonceptius que no impedeixen l'embaràs.

Tots aquests supòsits de concepció no desitjada poden ser deguts a la pràctica negligent dels professionals sanitaris que han atès a aquests pacients.

Pel que fa als supòsits d'esterilització fallida ens hem de referir en primer lloc a les intervencions de vasectomia, si bé la majoria dels casos els tribunals no han observat negligència en l'actuació mèdica, en els casos que l'han contemplada aquesta negligència ha pogut estar provocada, entre d'altres, per la falta de precaucions abans de donar l'alta definitiva al pacient fet que va motivar el fracàs de l'operació d'esterilització STSJ de Murcia, de 30 de juny de 2016⁸⁶ o l'oblit per part del servei de salut del seguiment d'un pacient a partir dels 6 mesos de la seva intervenció, quan persistent un espermograma patològic no se'l va derivar a serveis especialitzats per al diagnòstic i tractament (STSJ d'Aragó, de 12 de juliol de 2012)⁸⁷.

Pel que fa a les sentències que veuen accions de *wrongful conception* com a conseqüència d'intervencions de lligadures de trompes fallides, és poc freqüent que els tribunals apreciïn manca de diligència dels professionals sanitaris. Entre les que si que aprecien una actuació negligent dels professionals sanitaris trobem la SAP de Barcelona, de 20 de desembre de 1999⁸⁸, que veu un cas en el que l'operació d'esterilització només s'havia practicat sobre la trompa dreta deixant intacta la trompa esquerra, fet que va comportar l'embaràs no desitjat de l'actora. Un cas semblant el trobem a la STS de 5 de juny de 1998⁸⁹, en la que el metge només va lligar la trompa dreta pensant-se que l'ovari esquerre el tenia extirpat.

El segon grup de supòsits es refereix a les intervencions per a portar a terme la interrupció voluntària de l'embaràs que han fracassat i no han impedit conseqüentment

⁸⁶ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Murcia 543/2016 (Sala Contenciosa Administrativa), de 30 de juny de 2016 (recurs 93/2015).

⁸⁷ Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Aragó 419/2012 (Sala Contenciosa-Administrativa), de 12 de juliol de 2012 (recurs 296/2009).

⁸⁸ Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Sala Civil), de 20 de desembre de 1999 (recurs 508/1999).

⁸⁹ Sentència del Tribunal Suprem 531/1998 (Sala Civil), de 5 de juny de 1998 (recurs 878/1994).

la continuació de l'embaràs. Dintre aquest grup hem recopilat dues sentències, abans citades: la STSJ d'Andalusia de 15 de novembre de 2017 i la Sentència del Jutjat de 1a instància de Palma de Mallorca de 10 de maig de 2012. En el primer cas el Tribunal argumenta que quan es va advertir a la pacient de la ineficàcia de la IVE aquesta estava encara dins el termini per sotmetre's a una nova IVE amb el què la continuïtat del mateix va ser consentit per la mare motiu pel qual el Tribunal li denega la indemnització sol·licitada. El segon cas va ser vist per l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca que en la seva sentència de 15 de febrer de 2013⁹⁰ si que va apreciar l'existència d'una pràctica negligent per part dels professionals sanitaris.

Un tercer i últim grup de supòsits està format per la utilització de mètodes anticonceptius de forma negligent, tals com la posada en circulació o comercialització d'un mecanisme anticonceptiu ineficaç; supòsits de col·locació negligent d'un mecanisme anticonceptiu en el cos; prescripció d'un anticonceptiu inadequat o no prescripció de cap mètode anticonceptiu per considerar que la pacient no té risc de quedar embarassada i aquesta hi queda.

Pel que fa les sentències relatives a la posada en circulació d'un mecanisme anticonceptiu ineficaç, pocs són els casos existents que indemnitzin com a conseqüència de pràctica negligent. La STS de 24 de setembre de 1999⁹¹ però, n'és una excepció. Es tracta d'un cas d'implantació de DIU defectuós que, com a conseqüència de la seva ineficàcia no va impedir la concepció d'un fill. El tribunal va condemnar solidàriament al fabricant i a la Diputació Provincial a pagar una indemnització a la demandant. El motiu pel qual es condemna també a la Diputació és perquè es considera que va portar a terme una actuació negligent pròpia al subministrar i disposar pel Centre d'anticonceptius el DIU amb deficiències en la seva fabricació, ja que no va acreditar haver portat a terme cap actuació o informació adequada per comprovar que aquests dispositius resultaven aptes.

Entre les sentències de col·locació negligent d'un DIU, la STSJ de Madrid, de 15 de juliol de 2008⁹² arriba a la conclusió de que els metges no han actuat conforme a la *Lex Artis* ni han utilitzat els mètodes tècnics adequats, doncs en el moment de la col·locació del DIU no havien detectat que la pacient patia una anomalia patològica

⁹⁰ Sentència de l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca 59/2013 (Sala Civil), de 15 de febrer de 2013 (recurs 503/2012).

⁹¹ Sentència del Tribunal Suprem 766/1999 (Sala Civil), de 24 de setembre de 1999 (recurs 3543/1995).

⁹² Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 1346/2008 (Sala Contenciosa Administrativa), de 15 de juliol de 2008 (recurs 881/2005).

(úter bicorn), fet que comportava que la probabilitat de funcionament del dispositiu fos nul·la.

En un cas d'implant subcutani (Implanon), el tribunal aprecia que hi ha hagut un funcionament anormal del servei sanitari per negligència en la implementació del mètode anticonceptiu, fet que va derivar en un embaràs no desitjat i en el posterior naixement de la seva filla amb una greu malaltia de caràcter hereditari (la STS de 19 de maig de 2015⁹³). Per a determinar que hi ha hagut una mala praxis la Sala es basa en la prova practicada.

El dispositiu anticonceptiu no va ser trobat en el braç de la pacient després de nombroses proves realitzades. Aquest fet considera que pot ser explicable per diversos motius, tals com una col·locació negligent, una col·locació massa profunda que va provocar la migració de l'implant o un possible defecte del producte. Per tal d'aclarir aquesta incertesa considera que és rellevant prestar declaració al facultatiu que havia practicat l'implant. No obstant, aquest facultatiu no va poder ser identificat, de manera que cap metge va poder prestar declaració. Aquest últim fet resulta d'especial transcendència per al tribunal, doncs la manca d'identificació no fou possible per exclusiva responsabilitat del centre mèdic. Per aquest motiu, considera constatada la relació de causalitat entre el funcionament anormal del servei i l'embaràs no desitjat, tot condemnant a l'Institut Català de la Salut per negligència en la prestació del servei sanitari.

Menció especial mereix el vot particular formulat per dos dels magistrats discrepant amb la resolució dictada. Consideren que en aquestes condicions d'incertesa no es pot acreditar la mala praxis de l'Administració sanitària, ja que afirmar una mala praxis té conseqüències negatives per al bon nom de l'Administració sanitària i dels seus facultatius. Recorden que, segons jurisprudència reiterada, sobre l'Administració sanitària no recau un deure d'èxit en totes les seves actuacions.

b. Omissió del deure d'informar

El dret a la informació en matèria sanitària el trobem actualment regulat a nivell Estatal a la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica⁹⁴ (a partir d'ara

⁹³ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 19 de maig de 2015 (recurs 4397/2010).

⁹⁴ «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general

LAP), i a nivell de Catalunya, a la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica⁹⁵.

Aquest dret a la informació ja es trobava recollit a l'article 10.5 de la Llei 14/1986, de 25 d'abril, General de Sanitat⁹⁶ que disposava que els usuaris tenen dret a que se'ls hi doni: « (...) en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento».

Aquesta informació és condició necessària per a què el pacient pugui donar posteriorment el seu consentiment informat lliure i voluntari: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso» (art. 8.1 de la LAP).

Seguint RIVAS LÓPEZ⁹⁷ els trets característics del consentiment informat són els següents:

- a) És un acte voluntari de la persona en l'exercici del seu dret d'autodeterminació.
- b) És un acte previ a l'actuació sobre la seva salut.
- c) És un dret personalíssim que comporta totes les característiques d'aquest fet «imprescriptibilidad, inalienabilidad e incluso intransmisibilidad por afectar a la esencia y dignidad de la persona considerada en cuanto tal».
- d) És un dret revocable en qualsevol moment⁹⁸.

Hi ha un debat sobre si al pacient se l'ha d'informar, en motiu d'una actuació sanitària, de tots els possibles riscos que pot patir o de tan sols aquells que siguin més probables⁹⁹.

La LAP disposa en el seu article 10.1 que el facultatiu proporcionarà al pacient, abans de recollir el seu consentiment la informació bàsica següent:

se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». Art. 4.1.

⁹⁵ «La informació ha de formar part de totes les actuacions assistencials, ha d'ésser verídica, i s'ha de donar de manera comprensible i adequada a les necessitats i els requeriments del pacient, per ajudar-lo a prendre decisions de manera autònoma». Art. 2.2.

⁹⁶ Derogat per la disposició derogatòria única de la Llei 41/2002, de 14 de novembre.

⁹⁷ RIVAS LÓPEZ, *op. cit.*, p. 119-120.

⁹⁸ «El paciente puede revocar libremente por su escrito su consentimiento en cualquier momento». art. 85. LAP.

⁹⁹ Mónica NAVARRO MICHEL, «Sentencia de 21 de Diciembre de 2005: Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de Síndrome de Down. Deber de Información. Relación de causalidad. Daño. Wrongful birth» p. 1647.

- a. *Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- b. *Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*
- c. *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*
- d. *Las contraindicaciones.*

En els països del *Common Law*, segons NAVARRO MICHEL¹⁰⁰, per a determinar l'abast de la informació que s'ha de donar es fan servir uns criteris partint del punt de vista o bé del metge o bé del pacient. El criteri mèdic implicaria que s'ha de donar tota aquella informació que un «metge raonable» donaria en el seu cas, per contra el criteri del «pacient raonable» considera que s'ha de donar informació d'aquells riscos crítics que una persona normal voldria conèixer abans de prendre una decisió.

La nostra jurisprudència s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre la informació que cal donar, així a la STS de 13 d'abril de 1999¹⁰¹ es diu que: « (...) *no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue a priori todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría, como mínimo y, en sustancia, por un lado la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del post-operatorio e incluso, en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención (...)*»¹⁰².

La jurisprudència ha considerat que en els casos de l'anomenada “medicina satisfactiva”¹⁰³ s'ha de donar més informació que en els casos de “medicina curativa”: « (...) *la doctrina de esta Sala es clara en cuanto a la **especial intensidad del deber de información** para las intervenciones no estrictamente curativas o necesarias,*

¹⁰⁰ NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 1648.

¹⁰¹ Sentència del Tribunal Suprem 313/1999 (Sala Civil), de 13 d'abril de 1999 (recurs 2955/1994).

¹⁰² A la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Civil) de 23 d'octubre de 2008 hi trobarem abundant doctrina jurisprudencial relativa a la informació al pacient (Annex II).

¹⁰³ «(...) *es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo, en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención*». STS de 29.03.2006.

precisamente por el mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias (SSTS 25-4-94, 11-5-01 y 23-5-07, esta última con cita de otras muchas),(...)». -STS de 19 de noviembre de 2007¹⁰⁴-.

És evident que les operacions d'esterilització voluntària, com poden ser les de vasectomia, lligadures de trompes o les d'implantació del dispositiu *essure*, així com determinats casos d'interrupció voluntària de l'embaràs el que busquen és un resultat determinat més que una curació, és per aquest motiu que s'ha de donar al pacient més informació al respecte que si no fos el cas i es tractessin de supòsits de medicina curativa. La jurisprudència, en aquest sentit, ha considerat a les operacions de vasectomia o bé com operacions de medicina satisfactiva o bé com a operacions híbrides¹⁰⁵, és a dir, intervencions a mig camí entre les de medicina curativa i les de medicina satisfactiva i per tan tributàries de rebre els pacients que s'hi sotmeten una informació més detallada (per totes la STS de 25 d'abril de 1994¹⁰⁶).

La jurisprudència ha considerat que la manca d'informació o una informació deficient i consegüentment una absència de consentiment o defectes del mateix constitueixen un incompliment de la *Lex Artis* i manifesten un funcionament anormal del servei sanitari i consegüentment les lesions que hagi pogut patir el pacient derivades d'aquestes actuacions mèdiques realitzades amb un consentiment informat defectuós o absent seran indemnitzables ja que el dany produït es considera antijurídic.

La majoria dels supòsits de vasectomia en què s'ha indemnitzat al pacient han estat intervencions en què no hi hagut mala praxis però en les que no s'ha informat al pacient de les precaucions que aquest havia de prendre en el postoperatori per evitar l'embaràs de la parella o en la possibilitat de recanalització precoç o tardana dels conductes deferents, fet aquest que faria que l'home tornés a ser fèrtil, entre d'altres STS de 7 d'abril de 2004¹⁰⁷, STSJ de València de 28 de juny de 2012¹⁰⁸, STSJ

¹⁰⁴ Sentència del Tribunal Suprem 1195/2007 (Sala Civil), de 19 de novembre de 2007 (recurs 4311/2000).

¹⁰⁵ Domingo BELLO JANEIRO, «La prueba de la responsabilidad civil médica», p. 114.

¹⁰⁶ Sentència del Tribunal Suprem 349/1994 (Sala Civil), de 25 d'abril de 1994 (recurs 1876/1991).

¹⁰⁷ Sentència del Tribunal Suprem 286/2004 (Sala Civil), de 7 d'abril de 2004 (recurs 821/1998).

¹⁰⁸ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana 615/2012 (Sala Contenciosa Administrativa), de 28 de juny de 2012 (recurs 2260/2008).

d'Andalusia de 12 de setembre de 2014¹⁰⁹, SAP d'Àvila de 25 de setembre de 2014¹¹⁰ i SAP de Barcelona de 25 de setembre de 2014¹¹¹.

També trobem casos en què la pacient ha quedat embarassada posteriorment a una intervenció de Lligadura de Trompes i en què se l'ha indemnitzat no per una intervenció negligent sinó per no donar-li la informació suficient¹¹²: *«(...) no consta en autos en la intervenció del año dos mil once, en la que se llevó a cabo la primera de las ligaduras de trompa a la actora que se le advirtiese de un porcentaje, pequeño, pero efectivo, de casos en que el sistema aplicado fallaba y podía darse lugar a nuevos embarazos (...) Tal falta de información determinó que la actora no pudiese formarse un juicio correcto sobre las posibilidades de autodeterminarse y, (...) quedarse nuevamente embarazada, lo que le tuvo, necesariamente, que afectarse moralmente con quebrantos, especialmente de temor e inseguridad, (...)»* STSJ de Castilla i Lleó de 14 d'octubre de 2016¹¹³.

La prova d'haver donat la informació necessària al respecte correspon al facultatiu (aquest és un dels supòsits d'inversió de la càrrega de la prova), així entre d'altres SSTS 25 d'abril de 1994, 31 de juliol de 1996, 28 de desembre de 1998, 19 d'abril de 1999, 26 de setembre de 2000, 12 de gener de 2001, 7 d'abril de 2004 i 20 d'abril de 2007¹¹⁴ *«La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración»*.

3.3.2. Termini

D'acord amb la STS de 23 de febrer de 2005¹¹⁵, dictada en el recurs per a la unificació de la doctrina de 145/2004 interposat contra la Sentència del TSJ de la Comunitat

¹⁰⁹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 749/2014 (Sala Contenciosa Administrativa), de 12 de setembre de 2014 (recurs 400/2013).

¹¹⁰ Sentència de l'Audiència Provincial d'Àvila 94/2014 (Sala Civil), de 25 de setembre de 2014 (recurs 117/2014).

¹¹¹ Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 440/2014 (Sala Civil), de 25 de setembre de 2014 (recurs 133/2013).

¹¹² *Vid.* entre d'altres STS de 23 de febrer de 2005, SAP de Barcelona de 20 de setembre de 1999.

¹¹³ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castilla i Lleó 1393/2016 (Sala Contenciosa Administrativa), de 14 d'octubre de 2016 (recurs 431/2015).

¹¹⁴ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 20/04/2007 (recurs 2519/2007).

¹¹⁵ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 23 de febrer de 2005 (recurs 145/2004).

Valenciana d'1 d'octubre de 2003, que denegava la reclamació de responsabilitat patrimonial pels danys i perjudicis que havia patit l'actora a conseqüència de la falta d'informació sobre la possibilitat de quedar embarassada després de practicar-li una lligadura de trompes bilateral, es considera que: «*el momento al que para los supuestos semejantes a los que analizamos deberá referirse el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad debe ser aquel en que el embarazo se interrumpe o en el que tiene lugar el nacimiento, con la consiguiente repercusión en el quantum indemnizatorio*” i no des del moment en què es té coneixement de l'embaràs.

3.3.3. Legitimació

A diferència de les accions de *Wrongful Birth* en què l'acció únicament pot ser exercitada o bé per la mare o bé pels dos progenitors conjuntament, però mai pel pare en solitari¹¹⁶, qüestió aquesta sobre la que s'ha pronunciat la Sala Contenciosa del Tribunal Suprem en la seva sentència de 5 de desembre de 2007¹¹⁷ en els següents termes: «*(...) el daño moral, (...), está directamente conectado con el derecho a la información reconocido en el artículo 14.5 de la Ley General de Sanidad y en la Ley 41/2002 y con la consiguiente facultad de optar por la interrupción del embarazo, que, en situaciones normales, constituye un derecho personal e intransferible de la madre (...) circunstancia esta que constituye un obstáculo a la reclamación exclusiva del padre (...)*», en les accions de *wrongful conception* estan legitimats per exercir-la els progenitors ja sigui de manera conjunta o individualment cada un d'ells ja que en aquests casos el dany moral es relaciona amb la vulneració a la llibertat de procrear (autodeterminació) dels pares.

3.3.4. Proves de paternitat

En les supòsits que els homes s'han sotmès a una intervenció de vasectomia i la seva parella queda embarassada posteriorment, s'ha de determinar si realment ell és el pare de la criatura.

En condicions de normalitat, el règim de presumpcions de paternitat del CC (art. 116) i del CCCat (art. 89 i 94), són suficients per atribuir-la, però davant de casos de vasectomia, en els que en principi no hauria de ser possible aquesta paternitat, aquestes presumpcions resulten insuficients per a poder fonamentar l'acció d'indemnització.

¹¹⁶ VICANDI MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 46

¹¹⁷ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 5 de desembre de 2007 (recurs 92/2007).

Així ho va establir ja la STS d'11 de febrer de 1997¹¹⁸ «*Al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presupuestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos casos, indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima. En consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten exige en buena hermenéutica una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo la pretensión de paternidad* ».

La càrrega de la prova de la paternitat correspon al demandant, si és el cas que aquest no l'aporta, aquesta falta de prova, és a dir, del fet base de la indemnització, implica que l'acció exercitada pel pacient operat de vasectomia no pugui prosperar (STS 29 d'octubre de 2004¹¹⁹).

3.3.5. Disminuir el dany. Avortament

MARTÍN CASALS i SOLÉ FELIU¹²⁰ es fan ressò del fet que alguns tribunals Nord Americans han especulat que en els supòsits de *wrongful conception* la negativa a avortar es podria considerar una infracció del deure de disminuir el dany. Aquesta obligació de disminuir el dany no ha estat, però, admesa per cap Tribunal. Aquests mateixos autors citen que a Espanya la SAP de Barcelona de 20 de setembre de 1999¹²¹ en què es jutjava el cas d'una pacient que va quedar embarassada malgrat haver estat intervinguda d'una operació de lligadura de trompes, es va pronunciar, sobre aquest assumpte, en el seu fonament jurídic 4, en el sentit de no acceptar la negativa a l'avortament com una infracció del deure de disminuir el dany: «*(...) y que a su precaria situación económica le amenazaban los gastos que supone la presencia de un nuevo hijo, **sin que sea admisible, ni tan siquiera pensar, como sugirieron los codemandados en el acto de la vista, que al rechazar la posibilidad de abortar que le fue ofrecida asumiera los daños que con dicho cuadro se le irrogaban** pues, amén de constituir un mal mayor que el que su causación se trataba de evitar, su sola postulación atenta contra los más elementales principios de la ética, haciendo abstracción, incluso, de los religiosos que la demandante aseguró poseer*».

¹¹⁸ Sentència del Tribunal Suprem 83/1997 (Sala Civil), d'11 de febrer de 1997 (recurs 83/1997)

¹¹⁹ Sentència del Tribunal Suprem 1052/2004 (Sala Civil), de 29 d'octubre de 2004 (recurs 2883/1998).

¹²⁰ MARTÍN CASALS i SOLÉ FELIU, *op. cit.*, p. 6-7.

¹²¹ Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Sala Civil), de 20 de setembre de 1999, (recurs 491/1997).

3.3.6. Dany Indemnitzable

En els supòsits de responsabilitat patrimonial de l'Administració aquesta ha de respondre de tots els danys i perjudicis que hagi ocasionat al perjudicat (STS de 20 de gener de 2003¹²²). Els danys poden ser patrimonials (materials), personals, i/o morals.

En els supòsits de *wrongful conception* podria semblar que el dany indemnitzable seria el propi fill, però fer-ho així implicaria considerar la vida d'aquest com un dany en si mateixa, cosa que aniria en contra de la dignitat d'aquesta vida humana. En aquest afany d'identificar el dany indemnitzable en aquests supòsits, es va postular a Alemanya l'anomenada teoria de la separació (*Trennungslehre*)¹²³. Aquesta teoria el que feia era distingir entre el nen que havia nascut i les despeses que aquest podia generar. El que seria indemnitzable serien, doncs, les despeses que el nen ocasionaria als seus pares i que aquests no tenien intenció d'assumir ja que havien actuat prèviament per a no tenir fills (*wrongful conception*), i el que no seria indemnitzable seria el propi fill. Han aparegut posteriorment altres teories que complementen aquesta, com la de què el dany indemnitzable, en els supòsits de *wrongful conception*, es trobaria en el dany moral ocasionat als progenitors per lesió a la seva llibertat de procrear «(...) y le produjo un inevitable estado de preocupación **atentatorio a su libertad por causa de la gestación no deseada, generando efectivas daños morales, que se presentan como los más intensos y decisivos y justifican por sí mismos la indemnización que otorga la sentencia recurrida, (...)**» (STS de 24 de setembre de 1999).

A la STS de 19 de maig de 2015¹²⁴, que veu un cas d'implantació d'un dispositiu anticonceptiu subcutani (implanon), es fa un repàs de la doctrina jurisprudencial en «*relación con el carácter resarcible del daño consistente en el embarazo no deseado*» i es considera que el dany indemnitzable, en els supòsits en els que el naixement es produeix com a conseqüència d'un embaràs que els progenitors havien volgut evitar i que no han pogut fer-ho per un mal funcionament del serveis sanitaris, és per una banda de tipus patrimonial i per altra de tipus moral.

¹²² Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 20 de gener de 2003 (recurs 7499/1998)

¹²³ Trobem una referència a aquesta teoria en la SAP de Salamanca 485/2006, de 29 de novembre de 2006 (recurs 441/2006) que veu un cas *wrongful birth*.

¹²⁴ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 19 de maig de 2015 (recurs 4397/2010).

3.3.6.1. Dany Patrimonial

«La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes». Art. 1106 CC.

A.- Dany emergent

Els tribunals han considerat com a danys emergents: les despeses necessàries per a la comprovació de la paternitat, les despeses mèdiques originades per l'assistència a l'embaràs i el part i altres despeses mèdiques (cas de l'implanon).

B.- Lucre Cessant

La jurisprudència ha considerat com indemnitzable la pèrdua econòmica si com a conseqüència de l'embaràs la mare ha hagut de fer repòs (STS de 24 de setembre de 1999) o en els supòsits en què la mare ha hagut de deixar el treball ja sigui de forma temporal o de manera definitiva (STS 5 de juny de 1998)¹²⁵.

Respecte a les despeses per al manteniment del fill no desitjat aquesta ha estat una qüestió més problemàtica, així la STS de 4 de novembre de 2008 (que veia un cas de *wrongful birth*) considerava que les despeses derivades de la criança d'un fill no constituïen un dany, ja que «son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres». La STS de 19 de maig de 2015 abans citada, matisa aquesta afirmació i considera que *prima facie* no són indemnitzables a excepció d'aquells supòsits en què hi hagin perjudicis efectius «como consecuencia de la necesidad 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**».

Tot i així, trobem Sentències de les Audiències Provincials que consideren del tot indemnitzables les despeses generades per a la manutenció del fill: «Por otro lado es patente que el nacimiento de un hijo produce responsabilidades y sacrificios –sin desconocer las satisfacciones que su existencia comporta-, amén de generar gestos

¹²⁵ «La sentencia de primera instancia incluye entre los conceptos indemnizables el daño moral a la actora, producido, dice, por los embarazos no deseados. No puede esta Sala compartir tal punto de vista, porque la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, ni siquiera cuando, como ocurre en el presente caso, los nacidos carecen de tara o enfermedad que pudiera servir de excusa para sostener lo contrario de lo anteriormente afirmado. Otra cosa es que el patrimonio de los progenitores tenga que afrontar mayores gastos o dejar de obtener ingresos por la suspensión del trabajo ante la contingencia inesperada del embarazo y parto, y en este sentido es admisible una compensación económica, (...)».

de crianza y educación notables, y que dependen de numerosos factores de todo orden» SAP d'Àvila de 25 de setembre de 2015¹²⁶ o la SAP de Barcelona de 25 de setembre de 2014¹²⁷ «El perjuicio no es el nacimiento en sí, sino las dificultades económicas de la familia ligadas a ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación».

3.3.6.2. Dany Moral

Els danys morals, per oposició als danys materials són els derivats de les lesions de drets immaterials (SSTS 13-04-2005 i 6-04-2006)¹²⁸.

«La reparació dels danys morals troba el seu fonament darrer en el principi de la reparació integral del dany»¹²⁹

Per a què un dany moral sigui indemnitzat, a l'igual que succeeix amb el dany material, serà necessari que reuneixi els requisits determinats per la legislació (art. 32 i ss de la Llei 40/2015)¹³⁰ –*vid.* Apartat 2.4.1.-.

La STS de 31 de maig de 2000¹³¹ considera que per a què es pugui indemnitzar un dany moral hi ha d'haver-hi un « (...) sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 septiembre 1999)». Aquest dany moral, però, per a ser indemnitzat, ha d'haver ocasionat una repercussió psicofísica greu - *vid.* SSTS 29-03-2006, 3-10-2000-.

Al fonament de Dret 3r de la SAP de Saragossa de 13 de febrero 2014¹³², que veu un cas d'embaràs no desitjat després d'haver-se sotmès a una intervenció de lligadura de trompes, hi trobem la referència a diferents sentències que han intentat definir en què pot consistir aquest dany moral¹³³.

Seguidament veurem la posició de la jurisprudència sobre què es pot considerar o no dany moral en els supòsits de *wrongful conception*:

¹²⁶ Sentència Audiència Provincial d'Àvila (Sala Civil), de 25 de setembre de 2014 (recurs 117/2014).

¹²⁷ Sentència Audiència Provincial de Barcelona (Sala Civil), de 25 de setembre de 2014 (recurs 133/2014).

¹²⁸ RIVAS LÓPEZ, *op. cit.*, p. 104.

¹²⁹ Roberto Mayor Gómez, «Los daños Morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: Análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas», p. 9.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹³¹ Sentència del Tribunal Suprem 533/2000 (Sala Civil), de 31 de maig de 2000 (recurs 2332/1995).

¹³² Sentència de l'Audiència Provincial de Zaragoza 34/2014 (Sala Civil), de 13 de febrer de 2014 (recurs 13/2014).

¹³³ *Vid.* Annex III

A.- Naixement d'un fill no desitjat

D'acord amb la STS de 19 de maig de 2015, abans citada, no es pot considerar l'existència d'un dany moral derivat del naixement d'un fill inesperat doncs *«nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad»*. En el mateix sentit la STS de 5 de juny de 1998¹³⁴ que veu un cas de responsabilitat patrimonial per una operació de lligadures de trompes i a on es diu que *«no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, (...)»*.

B.- Llibertat de procrear (dret a la lliure autodeterminació)

En el fonament jurídic 5è de la Sentència del Tribunal Suprem de 3 d'octubre de 2000, atribuït per error en moltes sentències a la STS de 28 de setembre de 2000¹³⁵, i que veu un cas d'embaràs posterior a una intervenció de vasectomia es considera que el dany avaluable a efectes de determinar la responsabilitat de l'Administració inclou també el dany moral.

Segons aquesta STS el dany moral podria existir: *«si concurren los requisitos necesarios, **en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse**, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr., FJ8 “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona (...)”. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)”*.

*(...) y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, **ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación** derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al **mínimum ético constitucionalmente establecido**, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución)»*.

¹³⁴ Sentència del Tribunal Suprem 531/1998 (Sala Civil), de 5 de juny de 1998 (Recurs 531/1998).

¹³⁵ P. ex. STS de 4 de novembre de 2011, STSJ d'Andalusia de 15 de novembre de 2017.

C.- Pèrdua d'oportunitat

Segons la jurisprudència, la pèrdua d'oportunitat es caracteritza per la «*incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo, (...)*»¹³⁶.

Els supòsits d'aplicació d'aquesta doctrina en matèria sanitària han estat substancialment els supòsits d'error o retard en el diagnòstic, els errors o retard en el tractament, les llistes d'espera, l'omissió del deure d'informació i l'absència o error en els diagnòstics prenatals¹³⁷.

En els supòsits d'absència o error en els diagnòstics prenatals estaríem davant els casos de *wrongful birth* i la pèrdua d'oportunitat es deuria al fet d'haver privat als pares de l'opció de decidir interrompre voluntàriament l'embaràs (dret d'autodeterminació).

A diferència dels supòsits de *wrongful birth* en els què alguns tribunals si que han contemplat la indemnització del dany moral per la pèrdua d'oportunitat: « (...) *puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad*» STS de 4 de novembre de 2008¹³⁸, en els supòsits de *wrongful conception* no cabria aplicar aquesta doctrina en tan i quan en aquests supòsits no hi ha dubte sobre la relació directa i immediata entre l'actuació negligent de l'Administració (professional sanitari) i el dany ocasionat al pacient¹³⁹.

¹³⁶ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 19 d'octubre de 2011 (recurs 5893/2006).

¹³⁷ LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 220-227.

¹³⁸ Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa), de 4 de novembre de 2008 (recurs 4936/2004).

¹³⁹ LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 220.

CONCLUSIONS

L'objectiu d'aquest treball era fer un estudi de la configuració actual de la Responsabilitat Patrimonial de l'Administració Sanitària amb caràcter general i amb caràcter especial, l'estudi de les accions de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, que són aquelles reclamacions de responsabilitat que exerciten els progenitors amb motiu dels danys que han sofert pel naixement d'un fill no desitjat, degut a la vulneració de la *Lex Artis* per part dels professionals sanitaris que els han atès, ja sigui per mala praxis mèdica, imperícia professional, incompliment dels deures bàsics de prudència o omissió del deure d'informació al pacient.

D'aquest treball es poden extreure les següents conclusions:

- I. La configuració actual de la responsabilitat patrimonial de l'Administració neix amb la Llei de 16 desembre de 1954 sobre Expropiació Forçosa ja que en el seu article 121 generalitza el principi de responsabilitat patrimonial de l'Administració i en el seu article 128 atribueix a l'ordre contenciós-administratiu el coneixement d'aquestes pretensions (unitat jurisdiccional).
- II. Tan sols són susceptibles d'indemnitzar els danys que hagin sofert els pacients que reuneixin els requisits estipulats en els art. 32 i ss de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic. Aquests requisits són també exigibles si el dany sofert és de tipus moral, això implica que aquest dany moral, entre d'altres requisits, ha de ser avaluable econòmicament per a poder ser indemnitzat, qüestió aquesta que no em sembla ben resolta i on veus que els tribunals es guien bàsicament pel "*quantum indemnizator*" que han aplicat sentències anteriors i sense una valoració en profunditat del cas en concret que estan jutjant.
- III. La jurisprudència ha modulat el caràcter objectiu de la responsabilitat patrimonial de l'Administració Sanitària en el sentit de què és necessari acudir al criteri de la *Lex Artis* com a mitjà per a determinar quina era l'actuació mèdica correcta independentment del resultat produït en la salut o en la vida del malalt, ja que no li és possible a la ciència ni a l'Administració garantir, en tot moment, la salut d'aquest. D'aquesta manera l'Administració Sanitària, amb caràcter general, tan sols ha de respondre en els supòsits dels danys ocasionats als pacients per vulneració de la *Lex Artis ad hoc*. No fer-ho així, implicaria que l'Administració Sanitària es

convertiria en una asseguradora universal de tots els riscos que pogués patir els pacients, el que podria comportar un augment de despesa el suficientment important per a posar en dificultats la pròpia supervivència dels Sistema Públic de Salut i en darrera instància condicionant negativament el dret constitucional a la protecció de la Salut.

- IV. La Responsabilitat Patrimonial Sanitària és una responsabilitat que no s'imputa al metge o al professional sanitari, sinó que es tracta d'una responsabilitat de l'Administració. Si bé la Llei 40/2015 contempla en el seu article 36.2 que l'Administració pot exigir, una vegada indemnitzats els lesionats, responsabilitats al personal al seu servei si aquests han actuat amb dol, culpa o negligència greus, el fet és que a la pràctica això no es fa. Al meu entendre l'Administració hauria de demanar responsabilitats als professionals sanitaris quan aquests s'han comportat d'una manera absolutament despreocupada envers als seus pacients i com a conseqüència d'aquesta actitud aquests han sofert un dany.
- V. En la *wrongful conception*, a diferència de la *wrongful birth* i *wrongful life*, els progenitors no tenien voluntat de tenir un fill i aquest és un nen sa. Em sembla del tot adient no contemplar l'acció de *wrongful life* en l'ordenament jurídic espanyol, ja que comparteixo la idea de què no es pot considerar com un dany la vida d'un mateix.
- VI. Els supòsits més freqüents de *wrongful conception* són els secundaris a intervencions d'esterilització -vasectomies i de lligadura de trompes-fallides, essent els altres supòsits testimonials.
- VII. En els supòsits de medicina satisfactiva, com poden ser els d'esterilització voluntària, en els que l'obligació és de resultats, la jurisprudència ha entès que s'ha de donar més informació al pacient que en els supòsits de medicina curativa en què l'obligació és de mitjans. Si partim del punt de vista que la medicina satisfactiva és voluntària, és a dir, no és en absolut necessària per la salut del pacient, té lògica que aquest se l'informi el màxim possible abans de pugui prendre una decisió, pel contrari en els supòsits de medicina curativa, en què és necessari actuar per mantenir la salut del pacient, entenc que no és necessari informar d'aquells riscos que no tenen caràcter típic o que són altament improbables ja que en aquests

supòsits una informació excessiva podria provocar un patiment innecessari al propi pacient.

- VIII. La manca d'informació o una informació deficient i consegüentment una absència de consentiment o defectes del mateix es considera una infracció de la *Lex Artis* i per tan susceptible de generar responsabilitat de l'Administració.
- IX. Els supòsits de *wrongful conception* posteriors a intervencions de vasectomia i en els què hi ha hagut responsabilitat de l'Administració han estat majoritàriament ocasionats per omissió del deure d'informació i no per pràctica negligent.
- X. En els supòsits de *wrongful conception* els tribunals han considerat que el dany indemnitzable pot ser de tipus patrimonial (emergent i lucre cessant) i moral (per vulneració del dret a la llibertat de procrear –autodeterminació-). Per a què existeixi un Dany Moral és necessari que hi hagi una repercussió psicofísica greu i no tan sols una sensació de malestar o incertesa. Considerar per part del Tribunals que, en aquestes situacions de naixement d'un fill no desitjat, hi pugui haver un dany moral, a banda del patrimonial, susceptible de ser indemnitzat, és, al meu parer, un gran encert de la jurisprudència.
- XI. No es considera al nadó com un dany moral, ja que no s'admet que el naixement d'un fill no previst sigui un mal per als seus progenitors. Comparteixo la idea de què un fill no es pot considerar "*per se*" un dany per als seus progenitors i per tant no susceptible de ser indemnitzat.
- XII. Existeixen sentències contradictòries en el sentit de considerar les despeses de manutenció del fill com a dany indemnitzable o no. Partint de la teoria de separació de danys, al meu entendre, les despeses de manutenció del fill no desitjat, encara que es tracti d'un fill sa, són susceptibles de ser indemnitzades, encara que el "quantum" s'hauria de modular cas per cas, depenent de l'impacte econòmic que representi per a cada família la existència d'aquest fill, ja que per algunes famílies la manutenció d'aquest fill no els hi representarà un perjudici econòmic rellevant, però, per contra, en determinades famílies amb ingressos limitats,

haver-se de fer càrrec d'un nou membre els hi pot representar una gran dificultat. Amb el què, al meu parer, no pot haver una resposta homogènia i en tot cas s'ha de garantir que la indemnització per a la manutenció del nou fill es destini realment a aquest fi i no a altres.

Després de l'estudi de la responsabilitat patrimonial de l'Administració Sanitària i en concret de les accions de *wrongful conception* es fa patent la necessitat d'establir un barem específic de danys sanitaris que eviti l'arbitrarietat judicial en aquest àmbit.

BIBLIOGRAFIA I ALTRES FONTS

A. Bibliografia

ASUA GONZÁLEZ, Clara I., «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario» [en línia]. *Revista CESCO de derecho de consumo*, 2013, núm. 8, pàg. 147-161.

<<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/411>> [Consulta: 7 de maig de 2018].

BELLO JANEIRO, Domingo. «La prueba de la responsabilidad civil médica» [en línia]. *Derecho y salud*, 2012, vol. 22, núm. 2, pàg 79-118.

<<http://www.ajs.es/descarga/attach/455>> [Consulta: 13 d'abril de 2018].

BURKE, David J., «Wrongful Pregnancy: Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration» [en línia]. *Pace Law Review*, 1988, vol. 8, núm. 4, pàg. 315-316.

<<https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=plr>>

[Consulta: 13 abril de 2018].

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. « Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio» [en línia]. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2008, núm. 2, pàg. 1-20. <http://www.indret.com/pdf/545_es.pdf> [Consulta: 25 de febrer de 2018].

ELIZARI URTASUN, Leyre. «El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life» [en línia]. *Diario la Ley*, 2009, vol. 19, núm. extraordinario, pàg.139-163.

<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3177249.pdf>> [Consulta: 1 abril de 2018].

GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 9ª edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004. 748 pàg.

GRAU GRAU, Ignacio. *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*. 6ª edición. Madrid: Wolters Kluwer España S.A., 2017. 434 pàg.

GUERRERO ZAPLANA, José. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Formularios*. 4ª edición. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004. 656 pàg.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Estudios sobre la Responsabilidad Sanitaria. Un análisis interdisciplinar*. 1ª edición. Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer España, S.A., 2014. 477 pàg.

MARTIN CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep. «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos». *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2001, núm. 3, pàg. 1-16. <http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf> [Consulta: 5 abril de 2018].

MARTIN CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep. «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth. Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003)» [en línia]. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2004, núm. 2, pàg. 1-12. <http://www.indret.com/pdf/217_es.pdf> [Consulta: 5 abril de 2018].

MAYOR GÓMEZ, Roberto. «Los daños Morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas» [en línia]. *Gabilex*, 2015, núm. 2, pàg. 7-38. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5362936.pdf>> [Consulta: 18 de maig de 2018].

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. 1ª edición. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2000. 340 pàg.

MIR PUIGPELAT, Oriol. «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)» [en línia]. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2008, núm.140, pàg. 629-652. <http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Responsabilidad_objetivasanitaria.pdf> [Consulta: 24 de febrer de 2018].

MUÑOZ GUIJOSA, M^a Astrid. «sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo» [en línia]. *Revista de Derecho Administrativo*, 2012, núm. 187, pàg. 97-139. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3922031.pdf>> [Consulta: 18 de febrer de 2018].

NAVARRO MICHEL, Mónica. «Sentencia de 21 de Diciembre de 2005: Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de Síndrome de Down. Deber de Información. Relación de causalidad. Daño. Wrongful birth». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, núm. 72, marginal 1939, pàg. 1637-1658.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» [en línia]. *Revista de Documentación Administrativa*, 1994, núm. 237-238, pàg. 239-253. <<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5354&path%5B%5D=5408>> [Consulta: 6 de maig de 2018].

PAÑOS PÉREZ, Alba. «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*» [en línia]. *Diario la Ley*, 2014, núm. 8396, pàg. 1-15. <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin62/Articulos_62/Panos-Perez.pdf> [Consulta: 12 de maig de 2018].

RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*. Málaga: Fundación Asesores Locales, 2012, 151 pàg. (El Derecho Práctico; 5).

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad patrimonial en la administración en materia sanitaria*. Barcelona: Atelier, 2007. 169 pàg. (Derecho sanitario; 3).

SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María. «Evolución Jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria» [en línia]. *Derecho y salud*, 2013, vol. 23, núm. Extra 1, pàg. 189-205. <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5072397.pdf>> [Consulta: 24 de febrer de 2018].

VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu. «El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática» [en línia]. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 2013, núm. 3, pàg. 40-59. <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4764224.pdf>> [Consulta: 6 de maig de 2018].

B. Legislació

Espanya. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE [en línia], núm. 206, 25-07-1889, pàg. 249-259). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>>. [Consulta: 17 de febrer de 2018].

Espanya. Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa. (BOE [en línia], núm. 351, 17-12-1954, pàg. 8261-8278). <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1954/351/A08261-08278.pdf>>. [Consulta: 17 de febrer de 2018].

Espanya. Ley de 20 de julio de 1957 sobre régimen jurídico de la Administración del Estado. (BOE [en línia], núm. 187, 22-07-1957, pàg. 603-607). <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1957/187/A00603-00607.pdf>>. [Consulta: 24 de febrer de 2018].

Espanya. Constitución Española. (BOE [en línia], 311, 29-12-1978, pàg. 2931-29424). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. [Consulta: 17 de febrer de 2018].

Espanya. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE [en línia], núm. 102, 25-04-1986, pàg. 15207-15224). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-10499>>. [Consulta: 18 de febrer de 2018].

Espanya. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE [en línia], núm. 285, 27-11-1992, pàg. 40300-40319). <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-26318>>. [Consulta: 18 de febrer de 2018].

Espanya. Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE [en línia], núm. 12, 14-01-1999, pàg. 1739-1755). <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-847>>. [Consulta: 25 de febrer de 2018].

Espanya. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE [en línia], núm. 274, 15-11-2002, pàg. 40126-40132). <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>>. [Consulta: 6 de maig de 2018].

Espanya. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE [en línia], núm. 236, 02-10-2015, pàg.89343-89410). <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10565>>. [Consulta: 7 d'abril de 2018].

Espanya. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (BOE [en línia], núm. 236, 02-10-2015, pàg. 89411-89530). <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10566>>. [Consulta: 7 d'abril de 2018].

Catalunya. Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica. (DOGC [en línia], núm. 3353, 22-03-2001, pàg. 464-466.

<http://dogc.gencat.cat/ca/pdogc_canals_interns/pdogc_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=246194>. [Consulta: 6 de maig de 2018].

França. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et a la qualité du système de santé. (JORF [en línia], 05-03-2002, pàg. 4118) <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2002/3/4/MESX0100092L/jo/texte>>. [Consulta: 18 de maig de 2018].

C. Jurisprudència

I. Tribunal Suprem. Sala Civil

Sentència del Tribunal Suprem 349/1994 (Sala Civil, secció 1a), de 25 d'abril de 1994 (recurs 1876/1991).

Sentència del Tribunal Suprem 495/1997 (Sala Civil, secció 1a), de 6 de juny de 1997 (recurs 165/1993).

Sentència del Tribunal Suprem 495/1997 (Sala Civil, secció 1a), de 6 de juny de 1997 (recurs 495/1997).

Sentència del Tribunal Suprem 531/1998 (Sala Civil, secció 1a), de 5 de juny de 1998 (recurs 878/1994).

Sentència del Tribunal Suprem 313/1999 (Sala Civil), de 13 d'abril de 1999 (recurs 2955/1994).

Sentència del Tribunal Suprem 766/1999 (Sala Civil, secció 1a), de 24 de setembre de 1999 (recurs 3543/1995).

Sentència del Tribunal Suprem 533/2000 (Sala Civil, secció 1a), de 31 de maig de 2000 (recurs 2332/1995).

Sentència del Tribunal Suprem 447/2001 (Sala Civil, secció 1a), d'11 de maig de 2001 (recurs 1044/1996).

Sentència del Tribunal Suprem 1184/2003 (Sala Civil, secció 1a), de 18 de desembre de 2003 (recurs 766/1998).

Sentència del Tribunal Suprem 286/2004 (Sala Civil, secció 1a), de 7 d'abril de 2004 (recurs 821/1998).

Sentència del Tribunal Suprem 1052/2004 (Sala Civil, secció 1a), de 29 d'octubre de 2004 (recurs 2883/1998).

Sentència del Tribunal Suprem 481/2006 (Sala Civil, secció 1a), de 18 de maig de 2006 (recurs 3337/1999).

Sentència del Tribunal Suprem 1342/2006 (Sala Civil, secció 1a), de 18 de desembre de 2006 (recurs 59/2000).

Sentència del Tribunal Suprem 1195/2007 (Sala Civil, secció 1a), de 19 de novembre de 2007 (recurs 4311/2000).

II. Tribunal Suprem. Sala Contenciosa Administrativa

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 14 de juny de 1991 (recurs 512/1987).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 1a), de 22 de novembre de 1991 (Roj. STS 12210/1991).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 27 d'octubre de 1998 (recurs 7269/1992).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 31 de maig de 1999 (recurs 2132/1995).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 28 de juny de 1999 (recurs 3740/1995).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 3 d'octubre de 2000 (recurs 3905/1996).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 20 de gener de 2003 (recurs 7499/1998).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 23 de febrer de 2005 (recurs per a la unificació de la doctrina 145/2004).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 14 de març de 2005 (recurs 8107/2000).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 29 de març de 2002 (recurs 271/2002).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 20 de gener de 2003 (recurs 7499/1998).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 30 d'octubre de 2006 (recurs 6322/2002).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 28 de març de 2007 (recurs 89/2003).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 20 d'abril de 2007 (recurs 2519/2003).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 4 de juliol de 2007 (recurs 8368/2003).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 2 d'octubre de 2007 (recurs 9208/2003).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 30 d'octubre de 2007 (recurs 6998/2007).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 4 de novembre de 2008 (recurs 4936/2004).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 9 de desembre de 2008 (recurs 6580/2004).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 19 d'octubre de 2011 (recurs 5893/2006).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 22 de novembre de 2011 (recurs 4823/2009).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 13 de març de 2012 (recurs 4294/2010).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 9 d'octubre de 2012 (recurs 1895/2011).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 19 de maig de 2015 (recurs 4397/2010).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 5 de desembre de 2007 (recurs 92/2007).

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, secció 6a), de 7 de desembre de 2015 (recurs 1926/2014).

III. Tribunal Suprem. Sala Social

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Social), de 22 de desembre de 1997 (recurs de cassació per a la unificació de la doctrina 1969/1997).

IV. Audiència Nacional

Sentència de l'Audiència Nacional (Sala Contenciosa Administrativa, secció 4a), de 24 de maig de 2000 (recurs 145/1998).

V. Tribunals Superiors de Justícia. Sala Contenciosa Administrativa

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 1346/2008 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 8a), de 15 de juliol de 2008 (recurs 881/2005).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana 615/2012 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 2a), de 28 de juny de 2012 (recurs 2260/2008)

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Rioja 86/2013 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 1a), de 11 d'abril de 2013 (recurs 48/2012).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 749/2014 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 2a), de 12 de setembre de 2014 (recurs 400/2013).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Canàries 119/2015 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 1a), de 39 de maig de 2015 (recurs 274/2014).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó 1393/2016 (Sala Contenciosa Administrativa), de 14 d'octubre de 2016 (recurs 431/2015).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid 357/2017 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 10a), de 7 de juny de 2017 (recurs 410/2015).

Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia 1077/2017 (Sala Contenciosa Administrativa, secció 3a), de 15 de novembre de 2017 (recurs 398/2015).

VI. Audiències Provincials

Sentència Audiència Provincial de Barcelona (Sala Civil, secció 15a), de 20 de setembre de 1999 (recurs 491/1997).

Sentència Audiència Provincial de Barcelona (Sala Civil, secció 17a), de 20 de desembre de 1999 (recurs 508/1999).

Sentència Audiència Provincial de Salamanca 485/2006 (Sala Civil, secció 1a), de 29 de novembre de 2006 (recurs 441/2006).

Sentència Audiència Provincial de Palma de Mallorca 59/2013 (Sala Civil), de 15 de febrer de 2013 (recurs 503/2012).

Sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa 34/2014 (Sala Civil, secció 5a), de 13 de febrer de 2014 (recurs 13/2014).

Sentència de l'Audiència Provincial d'Àvila 94/2014 (Sala Civil, secció 1a), de 25 de setembre de 2014 (recurs 117/2014).

Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 440/2014 (Sala Civil, secció 16a), de 25 de setembre de 2014 (recurs 133/2013).

ANNEXOS DOCUMENTALS

ANNEX I

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Rioja 86/2013 (Sala Contenciosa Administrativa), d'11 d'abril de 2013 (recurs 48/2012)

Fonament de Dret segon:

«La acción jurídica de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se corresponde con el ejercicio del derecho conferido a los ciudadanos por el artículo 106.2 de la Constitución para verse resarcidos de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

En el momento de dictado de la resolución administrativa que ahora se sujeta a control jurisdiccional, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aparece regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS_3ª_29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del **resultado dañoso** –“en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”-.

B) **La antijuricidad** de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuricidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio, se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

“El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley [...]. Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo”

C) **La imputabilidad** a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (recurso de apelación núm. 7269), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración:

- a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.
- b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.
- d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex artis* como “la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión”.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de **fuerza mayor**. A este efecto, es doctrina jurisprudencial la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

- a) En el **caso fortuito** hay indeterminación e interioridad: indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.

b) En la **fuerza mayor**, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; determinación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que les es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992). Y

E) La sujeción del ejercicio del derecho al **requisito temporal** de que la reclamación se cause antes del trascurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Criterios de **distribución de la carga de la prueba**. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 julio, rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (“semper necesitas probando incumbit illi qui agit”) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (“ei incumbit probatio quei dicit non qui negat”) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (“notoria non egent probtione”) y los hechos negativos (“negativa non sunt probanda”). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias TS (3ª) de 29 enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

ANNEX II

Sentència del Tribunal Suprem (Sala Civil), de 23 d'octubre de 2008

La doctrina jurisprudencial sobre la informació mèdica, en lo que aquí pueda interesar, **cabe resumirla en los siguientes apartados:**

1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (SS., entre otras, 23 de noviembre de 2.007, núm. 1.197; 4 de diciembre de 2.007, núm. 1.251; 18 de junio de 2.008, núm. 618). Es indispensable, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza;

2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (SS. 28 de junio de 2.007, núm. 1.215; 29 de julio de 2.008, núm. 743); revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SS., entre otras, 29 de octubre de 2.004; 26 de abril de 2.007, núm. 467; 22 de noviembre de 2.007, núm. 1.194);

3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SS. 17 de abril de 2.007; 30 de abril de 2.007; 28 de noviembre de 2.007, núm. 1.215; 29 de julio de 2.008, núm. 743). La Ley de Autonomía del Paciente 41/2.002 señala como información básica (art. 10.1) "los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgo probables y las contraindicaciones". Y en relación con los embarazos de riesgo esta Sala (SS. 7 de julio de 2.002; 19 de junio y 23 de noviembre de 2.007, núm. 1.197) ha hecho hincapié en la exigencia de informar de modo especial respecto a las circunstancias de dicho embarazo; es decir sobre los riesgos del mismo;

4. En la medicina satisfactiva (dice la Sentencia de 22 de noviembre de 2.007, núm. 1.194, con cita de las de 12 de febrero y de 23 de mayo del mismo año) la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria - prescindible- o de una necesidad relativa; y,

5. La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (SS., entre otras, 21 de diciembre de 2.006, núm. 1.367, y 14 de mayo de 2.008, núm. 407).

ANNEX III

Sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa de 13 de febrer de 2014

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO.- En una **aproximación al concepto de "Daño moral"**, (...), se han de citar las resoluciones que a continuación se transcriben, en cuanto que aquel tienen por principal objeto e intentan definirlo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2004 explica que: "El daño moral, por otra parte, puede considerarse como el sufrimiento psíquico, espiritual o afectivo que en las personas pueden producir ciertas conductas o resultados...". las Sentencias de 9 de diciembre de 2003 y 31 de mayo de 2000 : "Les hizo pasar por un estado de notoria intranquilidad y desasosiego... Sobresalto y hasta pesadilla que no deja de producir impactos psicológicos y afectar a la armonía familiar". La de 19 de octubre de 2000: "Pesar, desasosiego". La de 22 de febrero de 2001, el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento psíquico o espiritual, tristeza, angustia, trastorno de ansiedad, desazón, impacto emocional, zozobra o inquietud que afecta a la persona que lo padece, o, en general, el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro"; etc. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011 se refiere también al concepto del daño moral, cuando dice que "...Pues de ninguno resulta una realidad especialmente grave que permita apreciar una situación de molestia, disgusto, aflicción o perturbación de alguna entidad determinante de una indemnización..." . En orden al daño moral las Sentencias del Tribunal Supremo han reconocido que constituye una noción dificultosa [STS de 22 de mayo de 1995), relativa e imprecisa (SSTS de 14 de diciembre de 1996 y 5 de octubre de 1998); incluso lo han calificado como «vaporoso y discutible daño» (STS de 22 de febrero de 2001). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, de 29 de diciembre de 1999 , Recurso 508-1999, pondera las dificultades que existen cuando se intenta precisar el contenido del daño moral que se produce como consecuencia del advenimiento inesperado de un nuevo hijo cuando argumenta que "Ciertos los sacrificios, gastos, responsabilidad y restricciones de la libertad que comportan los hijos, pero no pueden olvidarse las satisfacciones y compensaciones que su existencia comporta, y la imposibilidad de cuantificar los gastos que supone la crianza de un nuevo ser y los que pueda exigir su educación y desarrollo hasta la mayoría de edad, que dependen de circunstancias absolutamente imponderables (categoría social de los padres a lo largo de su minoría de edad, estudios que pueda realizar, su grado de salud e inteligencia, su carácter, el mismo desarrollo político y social con su indudable trascendencia a la hora de fijar las posibilidades de estudios y educación, etc.). ...".En todo caso, como como declara de igual modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2006 , "Aunque el daño moral no se encuentra específicamente nominado en el Código Civil , tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo "reparar el daño causado", que emplea el artículo 1.902 ; pecando hoy de anticuada y habiendo sido superada tanto por la doctrina de los autores como por la Jurisprudencia la construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, de modo que actualmente predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque

afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.); de ahí que, ante, frente, o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del lucro cesante y/o del daño emergente, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado; consistiendo la situación básica que puede dar lugar a un daño moral indemnizable en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que la reciente jurisprudencia refiere a diversas situaciones, como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, la impotencia, zozobra, ansiedad o angustia, la zozobra como sensación anímica de pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, o el impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico (en similares términos las sentencias del Alto Tribunal de 31 de mayo de 2000 , 11 de noviembre y 9 de diciembre de 2003 y 2 de abril de 2004)"..."

